



Organización
Internacional
del Trabajo

► Derecho a la seguridad social en las constituciones del mundo

Ampliando el espacio moral y legal
para la justicia social



2 Estudio Global
de la OIT
Volumen América
Latina

► **Derecho a la seguridad social en las constituciones del mundo**

Ampliando el espacio moral y legal
para la justicia social

Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y República Bolivariana de Venezuela

Maya Stern Plaza, Editora general

Luisa Carmona Llano, Editora del volumen

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2023
Primera edición 2023



Esta es una obra de acceso abierto distribuida bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>). Los usuarios pueden reproducir, distribuir, adaptar y desarrollar el contenido de la obra original, conforme a los términos de la licencia mencionada. La OIT debe ser claramente reconocida como titular de la obra original. Los usuarios no están autorizados a reproducir el logo de la OIT en sus obras.

Atribución de la titularidad – La obra debe citarse como sigue: Derecho a la seguridad social en las constituciones del mundo: Ampliando el espacio moral y legal para la justicia social, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2023.

Traducciones - En caso de que se traduzca la presente obra, deberá añadirse, además de la atribución de la titularidad, el siguiente descargo de responsabilidad: *La presente traducción no es obra de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ni debe considerarse una traducción oficial de la OIT. La OIT no se hace responsable del contenido ni de la exactitud de la traducción.*

Adaptaciones - En caso de que se adapte la presente obra, deberá añadirse, además de la atribución de la titularidad, el siguiente descargo de responsabilidad: *La presente publicación es una adaptación de una obra original de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Las opiniones y los puntos de vista expresados en esta adaptación son responsabilidad exclusiva de su autor o autores, y en ningún caso de la OIT.*

Esta licencia CC no se aplica a los materiales protegidos por derechos de autor incluidos en esta publicación que no pertenecen a la OIT. Si el material se atribuye a una tercera parte, la parte que utilice dicho material será la única responsable de obtener las autorizaciones necesarias por parte del titular de los derechos.

Todo litigio que resulte de la presente licencia o en relación con esta que no pueda ser resuelto de manera amistosa será sometido a arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Las partes quedarán vinculadas por cualquier laudo arbitral resultante de dicho arbitraje, el cual constituirá la resolución definitiva de dicho litigio.

Todas las consultas sobre derechos y licencias deberán dirigirse a la Unidad de Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), CH-1211 Ginebra 22 (Suiza), o por correo electrónico a rights@ilo.org.

9789220392164 (impreso)

9789220392171 (PDF web)

Las denominaciones empleadas en las publicaciones de la OIT, que están en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos no implican juicio alguno por parte de la OIT sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las suscriba.

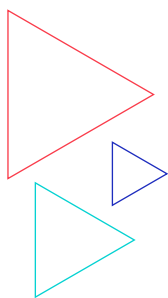
Las referencias a firmas, procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la OIT, y el hecho de que no se mencionen firmas, procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Para más información sobre las publicaciones y los productos digitales de la OIT, visite nuestro sitio web: www.ilo.org/publns.

Advertencia

El uso de un lenguaje que no discrimine ni marque diferencias entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de nuestra Organización.

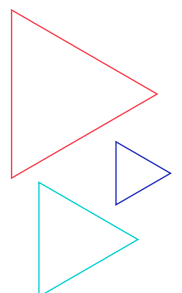
Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de hacerlo en nuestro idioma. En tal sentido y con el fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español "o/a" para marcar la existencia de ambos sexos, hemos optado por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a mujeres y hombres.

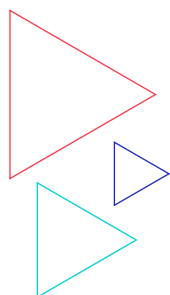


Índice

Siglas y acrónimos	x
Agradecimientos	xii
Prefacio	xiii
I. Introducción	2
1. La consagración constitucional al derecho de seguridad social	3
2. La aplicación del derecho internacional: los sistemas monistas y dualistas	4
3. Tipología de disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho a la seguridad social y aspectos destacados en América Latina	12
4. La aplicación y el impacto del compromiso constitucional con la seguridad social	30
5. Conclusiones	40
6. Bibliografía	41
II. La seguridad social en Argentina. Marco constitucional y alcance federal	44
Resumen	44
1. Introducción	44
2. La Constitución Nacional y su contexto histórico-político	46
3. La seguridad social en la Constitución Nacional	54
4. Alcance de la seguridad social en Argentina	55
5. Conclusiones	68
6. Bibliografía	70
III. La seguridad social en la Constitución boliviana	76
Resumen	76
1. Introducción	76
2. Antecedentes	77
3. Eficacia de los derechos de la seguridad social	82
4. Responsabilidades del Estado	84
5. Mecanismos para garantizar los derechos de la seguridad social	88
6. Conclusiones	89
7. Bibliografía	90
IV. El derecho a la seguridad social en la Constitución brasileña de 1988	94
Resumen	94
1. Introducción	94
2. El derecho a la seguridad social bajo la Constitución brasileña de 1988	96

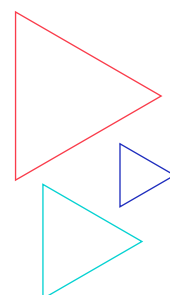
3. La materialización del derecho a la seguridad social en Brasil	111
4. Las dificultades para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social en Brasil	116
5. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social en el sistema brasileño	118
6. Conclusiones	124
7. Bibliografía	126
V. El derecho a la seguridad social en Chile	130
<hr/>	
Resumen	130
1. Introducción	130
2. El derecho a la seguridad social en la Constitución vigente	132
3. Exigibilidad del derecho a la seguridad social	136
4. Legislación infraconstitucional para la concreción del derecho a la seguridad social	143
5. El derecho a la seguridad social en el contexto de la crisis de la COVID-19	151
6. Conclusiones	155
7. Bibliografía	157
VI. Derecho a la seguridad social en los textos y en las distinciones analíticas de la práctica constitucional en Colombia	162
<hr/>	
Resumen	162
1. Introducción	162
2. Primera parte: exposición de las normas constitucionales	164
3. Segunda parte: los DESC en acción. Consideraciones y distinciones analíticas de la jurisprudencia constitucional	188
4. Conclusiones	193
5. Bibliografía	195
VII. Del derecho a la seguridad social al concepto de justicia social en la Constitución Política de Costa Rica	202
<hr/>	
Resumen	202
1. Introducción	202
2. El concepto de justicia social en la Constitución Política	203
3. El desarrollo normativo del modelo constitucional de la seguridad social	208
4. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la seguridad social	215
5. Desafíos de la seguridad social	222
6. Conclusiones	228
7. Bibliografía	230
VIII. El derecho a la seguridad social y el principio de justicia social en la Constitución ecuatoriana	234
<hr/>	
Resumen	234
1. Introducción	234

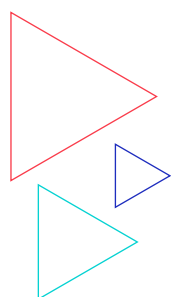




2. El derecho a la seguridad social y la justicia social en la Constitución ecuatoriana	237
3. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	247
4. Desafíos para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social	253
5. Conclusiones	259
6. Bibliografía	260
IX. La seguridad social en la Constitución salvadoreña	266
Resumen	266
1. Introducción	266
2. Contexto constitucional y reconocimiento normativo de la seguridad social	267
3. La justicia social y la dignidad humana: su relación con el derecho a la seguridad social en la Constitución salvadoreña	274
4. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	280
5. Desafíos y/o amenazas para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social	284
6. Conclusiones	286
7. Bibliografía	287
X. La seguridad social en la Constitución de Guatemala y su relación con el concepto de justicia social	292
Resumen	292
1. Introducción	292
2. Antecedentes y evolución del reconocimiento del derecho a la seguridad social en la Constitución de Guatemala	293
3. La seguridad social y su relación con los valores, principios y otros derechos constitucionales	300
4. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	303
5. Desafíos y amenazas para la realización de la seguridad social	308
6. Conclusiones	308
7. Bibliografía	310
XI. Seguridad y protección social en la Constitución de Honduras	314
Resumen	314
1. Introducción	314
2. La justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución	323
3. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	325
4. Desafíos/amenazas para la realización de la seguridad social	328
5. Conclusiones	329
6. Bibliografía	330
XII. El derecho a la seguridad social en México. Una construcción progresiva	334
Resumen	334
1. Panorama normativo del derecho a la seguridad social	334
2. Sobre la justiciabilidad del derecho a la seguridad social	345

3. Conclusiones	353
4. Bibliografía	355
XIII. La seguridad social en la Constitución de Nicaragua	358
Resumen	358
1. Introducción	358
2. Evolución del derecho a la seguridad social en el derecho positivo	359
3. La justicia social y la dignidad y su relación con el derecho a la seguridad social en la Constitución	367
4. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	371
5. Desafíos/amenazas para la realización del derecho a la seguridad social	375
6. Conclusiones	376
7. Bibliografía	377
XIV. El desarrollo del derecho a la seguridad social en la Constitución de Panamá	382
Resumen	382
1. Introducción	382
2. Contexto y desarrollo de la Constitución Política actual	383
3. La justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución de Panamá	390
4. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	397
5. Legislación infraconstitucional (o políticas públicas) para la concreción del derecho a la seguridad social y la materialización de la justicia social	406
6. Conclusiones	410
7. Bibliografía	411
XV. Derecho constitucional de la seguridad social en Paraguay (1870-1992)	414
Resumen	414
1. Antecedentes constitucionales de la seguridad social	414
2. La consolidación del Estado social de derecho	421
3. Mecanismos de control constitucional y la justiciabilidad del derecho a la seguridad social	429
4. Principales conclusiones y desafíos del sistema de seguridad social a la luz del derecho constitucional	432
5. Bibliografía	434
XVI. Evolución y prospectiva del derecho a la seguridad social en el Perú	440
Resumen	440
1. Introducción	440
2. La justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución peruana	441
3. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	448
4. Legislación infraconstitucional para la concreción del derecho a la seguridad social	455
5. Desafíos y/o amenazas para la realización del derecho a la seguridad social	463





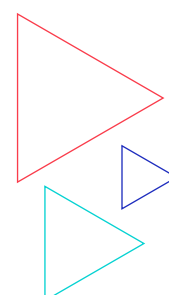
6. Conclusiones	468
7. Bibliografía	470
XVII. El derecho a la seguridad social y el principio de justicia social en la Constitución de la República Dominicana	474
<hr/>	
Resumen	474
1. Introducción	474
2. La justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución dominicana	478
3. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	480
4. Legislación infraconstitucional para la concreción del derecho a la seguridad social y la materialización de la justicia social	484
5. Desafíos y/o amenazas para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social	496
6. Conclusiones	497
7. Bibliografía	498
XVIII. La seguridad social en la Constitución uruguaya	502
<hr/>	
Resumen	502
1. Introducción	502
2. Contexto y desarrollo en la Constitución actual. La Constitución de 1967	504
3. Evolución del derecho a la seguridad social en el derecho positivo uruguayo	509
4. El papel del diálogo social en las reformas del siglo XXI	515
5. El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. Su recepción en la Constitución uruguaya	517
6. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social de fuente constitucional	519
7. Derechos de seguridad social y derechos conexos incluidos a texto expreso en la Constitución uruguaya, aplicados en forma directa por los tribunales	521
8. Conclusiones	524
9. Bibliografía	525
XIX. Desarrollo del derecho a la seguridad social en la Constitución venezolana de 1999	528
<hr/>	
Resumen	528
1. La Constitución vigente de 1999 y el Estado social de derecho y de justicia	528
2. Jerarquía de las convenciones sobre derechos humanos en la Constitución de 1999	533
3. Evolución de la seguridad social en el derecho positivo	537
4. Otros cuerpos legales que desarrollan el derecho a la seguridad social	541
5. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social	541
6. Desafíos para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social	548
7. Conclusiones	550
8. Bibliografía	551

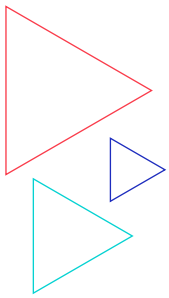
Anexo 1. Recuento de disposiciones constitucionales relativas a la seguridad social

556

Cuadros y gráficos

Cuadro I.1	Contingencias protegidas por las disposiciones constitucionales de América Latina	22
Cuadro I.2	Principios estructurales de la seguridad social reconocidos en las constituciones nacionales de América Latina	29
Cuadro IV.1	Comparación entre los programas Bolsa Familia y Auxilio Brasil	116
Cuadro VI.1	Derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Constitución colombiana	166
Cuadro VI.2	Participación de acciones de tutela que invocan el derecho a la salud entre 1999 y 2019 en Colombia	183
Cuadro XI.1	Modalidades de aseguramiento y beneficiarios del sistema contributivo en Honduras	319
Cuadro XIII.1	Modalidades de aseguramiento y beneficiarios del sistema contributivo en Nicaragua	363
Cuadro XVI.1	Contenido constitucional del derecho fundamental a la pensión en el Perú	453
Cuadro XVI.2	Vía constitucional y vía judicial ordinaria sobre reclamaciones relacionadas con el derecho a la pensión en el Perú	454
Cuadro XVI.3	Comisiones y primas de seguro del SPP por empresa administradora en el Perú, enero de 2022	458
Cuadro XVI.4	Afiliados y cotizantes por empresa administradora en el Perú, julio 2020-julio 2021	459
Cuadro XVI.5	Principales subsistemas de pensiones, cobertura, aportes y beneficios en el Perú	461
Cuadro XVI.6	Regímenes de seguridad social en salud en el Perú	462
Cuadro XVI.7	Afiliados a EsSalud en el Perú, 2017-2020	463
Gráfico XV.1	Esquema de jubilaciones y pensiones en el Paraguay	426
Gráfico XVI.1	Evolución de aportantes (obligatorios y facultativos) al SNP en el Perú, enero 2016-junio 2021	456
Gráfico XVI.2	SPP: Índice de cotizantes ajustado en el Perú, enero 2016-abril 2021	459

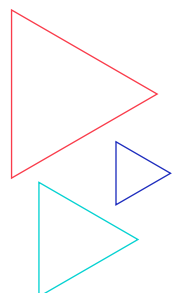


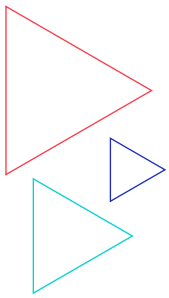


Siglas y acrónimos

AFP	Administradoras de Fondos de Pensiones
ANSES	Administración Nacional de la Seguridad Social
ARS	Administradoras de Riesgos de Salud
AUH	Asignación Universal por Hijo
BPC	Beneficio de Prestación Continuada
CCSS	Caja Costarricense del Seguro Social
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CIC	Cuenta Individual de Capitalización
CIT	Conferencia Internacional del Trabajo
CN	Constitución Nacional
CNSS	Consejo Nacional de la Seguridad Social
CPE	Constitución Política del Estado
CPol	Constitución Política
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CT	Código de Trabajo
CTS	Compensación por Tiempo de Servicio
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
EPS	Entidades Prestadoras de Salud (Perú)
EPS	Entidades Promotoras de Salud (Colombia)
EsSalud	Seguro Social de Salud del Perú
FMI	Fondo Monetario Internacional
IESS	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
IFE	Ingreso Familiar de Emergencia
IGSS	Instituto Guatemalteco de Seguridad Social
IHSS	Instituto Hondureño de Seguridad Social
INPEP	Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos
INSS	Instituto Nicaragüense de Seguridad Social
IPS	Instituto de Previsión Social del Paraguay
IPSFA	Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada
IPSS	Instituto Peruano de Seguridad Social

ISSS	Instituto Salvadoreño del Seguro Social
IVSS	Instituto Venezolano de los Seguros Sociales
LCCSS	Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social
LJC	Ley de la Jurisdicción Constitucional
LOIGSS	Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social
LPT	Ley de Protección al Trabajador
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONP	Oficina de Normalización Previsional
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PEA	población económicamente activa
PIB	producto interno bruto
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PSS	Proveedoras de Servicios de Salud
RAP	Régimen de Aportaciones Privadas
RAVM	Reglamento de Aseguramiento Voluntario y Aseguramiento de Migrantes de la Caja Costarricense del Seguro Social
RIVM	Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social
RNCP	Reglamento del Programa del Régimen no Contributivo de Pensiones de la Caja Costarricense del Seguro Social
RSS	Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social
SAP	Sistema de Ahorro para Pensiones
SCO	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
SDSS	Sistema Dominicano de Seguridad Social
SIJP	Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones
SIPA	Sistema Integrado Previsional Argentino
SIS	Seguro Integral de Salud
SNP	Sistema Nacional de Pensiones
SPP	Sistema Privado de Pensiones
SUS	Sistema Único de Salud
TAP	Tribunal Administrativo Previsional
TC	Tribunal Constitucional
TIDH	tratados internacionales de derechos humanos





Agradecimientos

El segundo volumen de la publicación *el Derecho a la seguridad social en las constituciones del mundo. Ampliando el espacio moral y legal para la justicia social* fue elaborado por el Departamento de Protección Social (SOCPRO) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con contribuciones de otros colegas de la OIT en Ginebra y en la región.

El volumen fue coordinado y editado por Maya Stern Plaza, funcionaria encargada de normas y legislación sobre protección social, y Luisa Carmona Llano, oficial jurídica de SOCPRO. Asimismo, su elaboración no hubiese sido posible sin las valiosas contribuciones de los autores de los artículos: Laura C. Pautassi (Argentina), Ritha Sandoval Peña (Estado Plurinacional de Bolivia), Luiz Carlos de Andrade Júnior y Leonardo David Quintiliano (Brasil), Luis Lizama Portal (Chile), Andrés Felipe Succar (Colombia), Alexander Godínez Vargas e Isabel Cristina Jaramillo Arango (Costa Rica), Mónica Vinueza Flores (Ecuador), Ena Lilian Nuñez O'Brien (El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua), Héctor Orduña Sosa y Pablo Raúl García Reyes (México), Vasco Torres De León (Panamá), Mónica Recalde De Giacomi e Ignacio González Bozzolasco (Paraguay), Alfredo Villavicencio Ríos y Luis Enrique Mendoza Choque (Perú), Gianna D'Oleo Maldonado (República Dominicana), Gabriel Salsamendi (Uruguay) y Luis Eduardo Díaz (República Bolivariana de Venezuela).

Se agradecen el apoyo y las valiosas contribuciones de los siguientes colegas, en orden alfabético: Pablo Casalí, Fabio Durán Valverde, Alexander Egorov, Marialaura Fino, Carlos García Guzmán, María Herranz Calleja, David Jaramillo, Kroum Markov, Guillermo Montt, Helmut Schwarzer, Fabián Vallejo y Joana Zghaib.

Por último, agradecer su trabajo a Victoria Giroud-Castiella (SOCPRO) y a Vanessa Irus (Oficina de la OIT en Lima) por la coordinación de la edición, producción y publicación del volumen, a Ruth Solero por la corrección de estilo y a Romy Kanashiro por el diseño y la diagramación.

Prefacio

Desde el final de la Primera Guerra Mundial, los derechos sociales, incluido el derecho a la seguridad social, han adquirido cada vez más importancia en las constituciones nacionales. En la actualidad, es posible observar disposiciones relativas al derecho a la seguridad social en casi todas las constituciones del mundo, sea a través de declaraciones generales que reconocen el derecho de todas las personas, o de determinados grupos, a acceder a la seguridad social, o a partir de disposiciones programáticas que delimitan el contenido de este derecho. La forma y el alcance de este segundo tipo de disposiciones, sobre todo en las constituciones modernas, varían significativamente de un país a otro. Así, es posible encontrar disposiciones que van desde el reconocimiento del derecho a la seguridad social como un derecho individual, la enumeración de sus principios fundacionales y las contingencias cubiertas, el establecimiento de lineamientos para su organización y regulación en la legislación ordinaria, hasta el reconocimiento expreso de la responsabilidad general del Estado en la provisión de las prestaciones y/o la supervisión de las instituciones de la seguridad social.

Así, las constituciones nacionales son una importante fuente de derecho, no solo de la seguridad social, sino también de otros derechos humanos. Estas normas superiores constituyen el fundamento jurídico del sistema normativo de cada país, proporcionan lineamientos para la interpretación de la legislación infraconstitucional, influyen en la organización de los servicios públicos y establecen mecanismos de justiciabilidad para que las personas puedan hacer exigibles sus derechos. No obstante, la materialización práctica de las disposiciones constitucionales y, por consiguiente, la realización efectiva del derecho a la seguridad social dependen, entre otras cosas, del trabajo juicioso de las autoridades legislativas y ejecutivas para la expedición y puesta en marcha del marco normativo y la institucionalidad necesarias para dar efecto a dichas garantías.

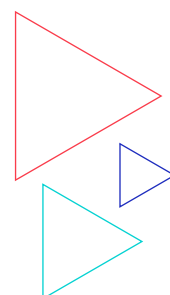
En este contexto, el estudio global *Derecho a la seguridad social en las constituciones del mundo. Ampliando el espacio moral y legal para la justicia social* tiene por objetivo discutir el tratamiento dispensado al derecho a la seguridad social en las constituciones nacionales de los 187 países miembros de la OIT¹. El presente volumen de la publicación se enfoca en la región de América Latina y analiza la incorporación de este derecho humano en las constituciones de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela. Este segundo volumen reúne valiosas contribuciones de académicos, funcionarios públicos y expertos en seguridad social de la región plasmadas en 18 artículos que analizan el tratamiento del derecho a la seguridad social en el marco de los derechos humanos y civiles de cada país, así como los avances en su materialización y los desafíos para lograr la plena efectividad y el alcance progresivo de este derecho humano.



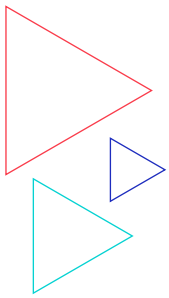
Shahra Razavi

Directora, Departamento de Protección Social
Organización Internacional del Trabajo

¹ El primer volumen de la publicación aborda el tratamiento del derecho a la seguridad social en las constituciones de Bélgica, Bulgaria, Chequia, Estonia, Federación de Rusia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Ucrania, y el Reino Unido. Para más información, consulte: <https://www.social-protection.org/gimi/RessourcePDF.action?id=56943>



▶ I. Introducción



I. Introducción

Luisa Carmona Llano ²

Maya Stern Plaza

Las constituciones son herramientas cruciales de las sociedades democráticas que establecen las reglas del juego en la esfera política, proporcionan un orden para el desarrollo y la aplicación de los marcos jurídicos nacionales. También reflejan los valores de las sociedades en referencia a los derechos civiles, políticos, económicos y sociales consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales.

En este contexto, y tras las devastadoras consecuencias de la pandemia mundial de la COVID-19 que han puesto de manifiesto tanto la importancia de las medidas de seguridad social como las lagunas generalizadas en la cobertura en todo el mundo, ha resurgido el interés por la capacidad de los sistemas de protección social para contener y reducir la desigualdad y la pobreza. Así, los artículos de país contenidos en este volumen discuten el modo en que las garantías constitucionales relacionadas con la atención médica y la seguridad de los ingresos han proporcionado una base para proteger estos derechos en tiempos de crisis, salvaguardar el gasto y la financiación de la protección social de medidas de austeridad contraproducentes y avanzar hacia la igualdad y la inclusión mientras las economías se recuperan.

Un estudio realizado en 2020 encontró que las constituciones nacionales desempeñaron un papel importante en la manera en que los países hicieron frente a la pandemia, especialmente a través de la acción de los órganos judiciales, para asegurar el acceso a servicios de salud y las prestaciones, por ejemplo, a través de la universalización de las prestaciones familiares y el reconocimiento del derecho de las familias migrantes a recibirlas (Sprague, Raub y Heymann 2020). Al respecto, puede señalarse que en la mayoría de los países de la región, incluyendo Argentina y México, las acciones llevadas a cabo por los Gobiernos para prevenir, mitigar, atender y controlar los efectos de la pandemia estuvieron enmarcadas en garantías reconocidas en las constituciones nacionales. Por ejemplo, las intervenciones orientadas a reforzar el sistema de salud, mejorar la capacidad de la atención médica y limitar el número de contagios en México se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 4, párrafo cuarto constitucional, que establece que *toda persona tiene derecho a la protección de la salud, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar y establecer los mecanismos necesarios para que toda persona goce de este derecho*.

Si bien algunas posturas han considerado que solo los derechos civiles y políticos, también denominados “derechos de primera generación”, son derechos exigibles, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son ideales sociales utópicos, en la actualidad, la universalidad e indivisibilidad de estos dos grupos de derechos humanos no se ponen en duda. El origen de los DESC puede remontarse a la creación de la OIT en 1919, que fue fundada para garantizar condiciones laborales justas y humanas. En consecuencia, la OIT ha adoptado varias normas internacionales para garantizar, entre otras cosas, el derecho a la seguridad social. El enfoque de estas normas se convertiría en gran medida en la categoría de los DESC incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en 1948 estableció el documento de referencia sobre derechos humanos equiparando ambos conjuntos de derechos (Mapulanga-Hulston 2022).

2 La información contenida en la presente introducción representa las opiniones personales de las autoras y no necesariamente reflejan la posición ni están avaladas por la Organización Internacional del Trabajo.

Denominados a veces “derechos de segunda generación”, entre otras cosas porque su materialización requiere la intervención o acción positiva del Estado –por ejemplo, a través de la erogación de recursos y el establecimiento de políticas para su aplicación–, los derechos sociales y económicos están cada vez más presentes en las constituciones nacionales de todo el mundo, siendo el derecho a la seguridad social uno de los más extendidos (Jung, Hirschl y Rosevear 2014). Comparativamente, la región de América Latina ³ se destaca por el afianzamiento de los derechos económicos y sociales a nivel constitucional, incluido el derecho a la seguridad social específicamente.

1. La consagración constitucional al derecho de seguridad social

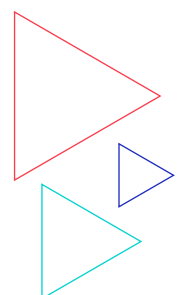
La seguridad social ha ido adquiriendo cada vez más importancia en las constituciones nacionales, especialmente desde el final de la Primera Guerra Mundial, periodo en el que, con los devastadores efectos de la guerra aún presentes, los derechos sociales se establecieron por primera vez en las constituciones de México, Rusia y la República alemana de Weimar, y en el que se fundó la OIT. Este organismo se creó bajo la premisa de que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social, que a su vez requiere la puesta en marcha de sistemas de seguridad social basados en los principios de equidad y solidaridad (OIT 2011; Markov y Stern Plaza, de próxima publicación; Pennings y Vonk 2015). Dos décadas después, los derechos sociales se integraron en el orden mundial instituido tras la Segunda Guerra Mundial. Su inclusión en la Carta del Atlántico de 1941, la Declaración de Filadelfia de 1944 ⁴, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 tuvo tales efectos que ciertas disposiciones sobre la seguridad social y la protección social pueden hallarse en prácticamente todas las constituciones nacionales adoptadas con posterioridad (OIT 2011).

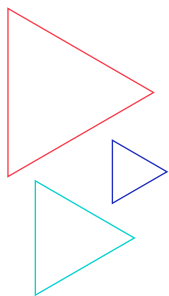
Existe una correlación entre el año de adopción de las constituciones y el alcance de las garantías sociales y económicas. A nivel mundial, las disposiciones constitucionales relacionadas con la seguridad de los ingresos alcanzaron su punto álgido después de la década de 1970, cuando casi dos tercios de las constituciones incluyeron una disposición al respecto. Sin embargo, numerosas constituciones de la región consagraron este derecho bastante antes de esta década, como las de Argentina (1949), Bolivia (1938), Brasil (1934), Chile (1925), Costa Rica (1943), El Salvador (1886), a través de una enmienda constitucional realizada en 1945, Guatemala (1945), Nicaragua (1948), República Dominicana (1955) y Venezuela (1947). Este temprano reconocimiento del derecho a la seguridad social en las constituciones de la región ha sido atribuido, en cierta medida, a la influencia de las constituciones mexicana y americana (Jung, Hirschl y Rosevear 2014).

Cabe subrayar que la Constitución de México de 1917 es considerada la carta magna pionera en el reconocimiento de los derechos económicos y sociales, al ser la primera en incluir un título completo dedicado a los derechos laborales y el bienestar social. Concretamente, el texto original del artículo 123 constitucional reconocía como de utilidad social el establecimiento de cajas de seguros populares de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo y de accidentes. Esta visión precursora de la seguridad social como un mecanismo clave para garantizar la seguridad de los ingresos de los trabajadores durante determinadas contingencias fue reproducida en

³ A efectos de esta publicación, la referencia a América Latina incluye los siguientes países: Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela.

⁴ Anexa a la Constitución de la OIT desde 1946.





casi todas las constituciones latinoamericanas y en el constitucionalismo europeo posterior a la Primera Guerra Mundial (Carozza 2003, 281).

Sin embargo, la tendencia constitucional hacia la justicia social, evidenciada en el temprano reconocimiento de los DESC en las cartas magnas de varios países de la región, se vio temporalmente ralentizada por el surgimiento de regímenes autoritarios y gobiernos dictatoriales durante el siglo XX en un número importante de países de la región, incluyendo Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana. Al respecto, cabe señalar que algunas de las constituciones actuales fueron adoptadas bajo gobiernos militares o redactadas por asambleas constituyentes convocadas y controladas por las dictaduras, incluyendo la de Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985) y Honduras (1982) (Villabella Armengol 2017). No obstante, en la mayoría de los países de la región, la transición a sistemas democráticos y multipartidistas y las transformaciones sociales, políticas y culturales que acompañaron estos procesos se vieron plasmadas en disposiciones constitucionales renovadas, caracterizadas por el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos humanos, la jerarquización de los pactos y tratados internacionales y la ampliación de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales. Es el caso, por ejemplo, de las constituciones de Argentina (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992) y República Dominicana (2010).

Como se detalla en los artículos de país contenidos en esta publicación, el compromiso de las constituciones nacionales con los DESC y otras garantías reconocidas en el derecho internacional ha sido invariablemente afectado por el contexto histórico, económico y social en que las cartas magnas han sido adoptadas y reformadas. Así, la alta actividad constitucional que ha caracterizado a la región de América Latina durante los últimos cincuenta años, reflejada no solo en la aprobación de importantes enmiendas constitucionales en la mayoría de los países de la región, sino también en la adopción de nuevas constituciones⁵, ha permitido que la región se destaque por tener algunos de los textos constitucionales más avanzados y detallados en materia de seguridad social. Al respecto, debe señalarse que las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Ecuador (2008) y la República Bolivariana de Venezuela (1999) sobresalen por reconocer de manera explícita los derechos de las comunidades y los pueblos indígenas y las minorías étnicas y culturales. Además, contienen cláusulas detalladas sobre la responsabilidad general del Estado en la protección de los derechos de las personas, en particular de los grupos vulnerables, y la dirección, administración, supervisión y desarrollo del derecho a la seguridad social.

2. La aplicación del derecho internacional: los sistemas monistas y dualistas

2.1 El origen del derecho internacional a la seguridad social

La adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966 se consideran unánimemente hitos en el reconocimiento formal del derecho irrenunciable de todo ser humano a la seguridad social como derecho fundamental. Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo tuvo un papel considerable, por no decir precursor, en el desarrollo conceptual del derecho humano a la seguridad social y los medios para hacerlo efectivo.

5 En los últimos quince años se han promulgado nuevas constituciones nacionales en Ecuador (2008), el Estado Plurinacional de Bolivia (2009) y República Dominicana (2010).

Ya en 1944, la Declaración de Filadelfia ⁶, declaración que tenía por objeto reafirmar el mandato de la OIT en el nuevo mundo de posguerra, encomendó a la OIT que ayudara a las “naciones del mundo” a aplicar programas para “extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa”. Ese mismo año, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó dos recomendaciones fundamentales que sentaron las bases para el desarrollo de los sistemas nacionales de seguridad social: la Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, 1944 (núm. 67) y la Recomendación sobre la asistencia médica, 1944 (núm. 69).

A partir de ese momento, los enfoques seguidos en los marcos jurídicos nacionales en materia de seguridad social y el enfoque acogido en las normas técnicas de la OIT han evolucionado en paralelo. En ambos ámbitos se persigue, de maneras distintas pero complementarias, el mismo objetivo: garantizar el derecho de todo ser humano a beneficiarse de la seguridad social mediante mecanismos que aseguren la protección de los medios de vida y la asistencia médica.

Muy pronto, esta consagración internacional del derecho universal a la seguridad social fue reafirmada también por una multitud de tratados internacionales relativos a los derechos humanos, a menudo en relación con la protección especial que debe proporcionarse a las personas vulnerables (Markov 2013). Además, este derecho también fue reconocido a nivel regional por instrumentos de valor tanto declarativo como vinculante. Así, el derecho a la protección social fue reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVI, y luego explicitado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (1989), en su artículo 9. En conjunto, estos instrumentos dan fe de la riqueza de los textos normativos internacionales que consagran el derecho a la seguridad social junto con otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Estas múltiples reafirmaciones a escala internacional y regional han tenido como efecto reforzar la posición del derecho a la seguridad social junto a la de otros derechos fundamentales, al tiempo que la OIT ha adoptado normas técnicas para proporcionar el marco en el que puede aplicarse este derecho fundamental.

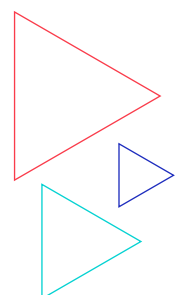
Con 31 convenios en forma de tratados internacionales y 24 recomendaciones que no son jurídicamente vinculantes pero que proporcionan directrices sobre cómo pueden aplicarse o incluso superarse las disposiciones de los convenios, el cuerpo normativo desarrollado por los mandantes tripartitos de la OIT en el ámbito de la seguridad social ha dado lugar progresivamente a una nueva rama del derecho internacional del trabajo –la del derecho internacional de la seguridad social– que se orienta decididamente hacia la efectividad del derecho humano a la seguridad social ⁷. En conjunto, estas normas han contribuido a la aplicación del derecho universal a la seguridad social garantizando y organizando la protección de este derecho fundamental a partir de un régimen jurídico que contiene los principios fundamentales que lo sustentan y fija los parámetros que determinan su contorno.

En el centro de este marco normativo, se encuentra el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), que no solo precisó el contenido del concepto de seguridad social, sino que también estableció las diferentes ramas y fijó unos estándares mínimos para cada una. Esta norma clave reúne en un solo texto las nueve contingencias ⁸ que deberían ser

6 La Declaración se convirtió posteriormente en parte integrante de la Constitución de la OIT a partir de 1948, el mismo año de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

7 Las distintas normas internacionales relativas a la seguridad social se recogen en [Construir sistemas de protección social: Normas internacionales e instrumentos de derechos humanos](#) (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2021).

8 La asistencia médica, las prestaciones de enfermedad, las prestaciones de desempleo, las prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, las prestaciones familiares, las prestaciones de maternidad y las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes.





protegidas por los sistemas de seguridad social, al tiempo que determina principios comunes de organización, financiación y administración necesarios para garantizar su sostenibilidad y buena gobernanza, incluyendo el principio de responsabilidad general del Estado. El Convenio núm. 102 también definió por primera vez normas cuantitativas y cualitativas para una protección mínima que garantice “condiciones de vida sanas y adecuadas”, con requisitos estadísticos precisos sobre la cobertura mínima de la población (al tiempo que aboga por la extensión progresiva de la cobertura hasta alcanzar la cobertura universal) y las tasas mínimas de las prestaciones, calculadas de acuerdo a una selección de metodologías que tienen en cuenta las circunstancias y realidades nacionales. Por estas razones, el Convenio núm. 102 sigue siendo la piedra angular del marco normativo de la OIT en materia de seguridad social. Además, su pertinencia fue reafirmada explícitamente por la comunidad internacional con ocasión de la adopción de la norma más reciente de la OIT: la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)⁹. La influencia de este emblemático convenio en el desarrollo de la seguridad social en la región se ve reflejada en su amplia ratificación. De hecho, todos los países de América Latina, excepto Chile, Colombia, Guatemala, Nicaragua y Panamá, son Estados parte de esta norma internacional.

La adopción casi por consenso¹⁰ de la Recomendación núm. 202 de la OIT reorientó su acción normativa para subsanar las considerables brechas de cobertura mediante la introducción del concepto de “pisos de protección social”, que garanticen, durante todo el ciclo de vida, que todas las personas tengan acceso a una atención de salud esencial y una seguridad básica del ingreso, que les permitan vivir con dignidad.

El objetivo de la OIT al adoptar la Recomendación núm. 202 era dar una respuesta normativa para orientar a los Estados Miembros, en particular a los países de bajos y medianos ingresos, en el desarrollo y la extensión progresiva de la seguridad social. Asimismo, el establecimiento de pisos nacionales de protección social sirve como contención de las posibles consecuencias negativas en periodos de crisis económicas y sociales y de los efectos de la informalidad y el declive del modelo de desarrollo industrial en los países en desarrollo, que se traducen en la exclusión de la gran mayoría de los miembros más pobres y vulnerables de la población. Paralelamente al establecimiento de pisos de protección social universales (dimensión horizontal de la extensión de la seguridad social), la Recomendación núm. 202 aboga por la extensión de la protección al mayor número de personas posible y lo más rápido que se pueda, en consonancia con las disposiciones del Convenio núm. 102 y las normas más avanzadas (dimensión vertical de la extensión de la seguridad social). Esta visión bidimensional de la extensión tiene la ventaja de proporcionar una hoja de ruta para el diseño y desarrollo de sistemas integrales de protección social, incluidos los pisos de protección social como elemento fundamental. Por lo tanto, la Recomendación núm. 202 proporciona orientaciones flexibles para la extensión de la protección social, con miras a garantizar la protección social universal de forma progresiva y sostenible, de acuerdo con las circunstancias y los niveles de desarrollo de cada país.

⁹ Asimismo, su marco representa la base de las normas avanzadas que se adoptaron a continuación y, en particular, el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121), el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128) y el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130), así como las Recomendaciones que los acompañan núms. 121, 131 y 134. Estas establecen requisitos más elevados para las diversas contingencias de la seguridad social cubiertas por el Convenio núm. 102 y, en particular, en lo que respecta al ámbito de aplicación personal y a los niveles mínimos de las prestaciones que deben concederse, al tiempo que tienen el mismo enfoque y estructura que este último.

¹⁰ Con una sola abstención.

2.2 La integración del derecho internacional en el derecho nacional

La relación entre el derecho internacional y el derecho nacional depende en gran parte de la manera en la que los tratados internacionales se integran al entramado jurídico nacional. En términos generales, los países se circunscriben a modelos dualistas o monistas. El modelo dualista se basa en la idea que existe una separación, o bien dualidad, entre el derecho internacional y el derecho interno; por su parte, el modelo monista defiende una concepción unitaria. Así, la teoría monista, frecuente en las constituciones de los países europeos y de los países africanos de lengua francesa, introduce automáticamente las disposiciones establecidas en los tratados internacionales en el sistema jurídico nacional, sin que se requiera la transposición de estas normas internacionales en una ley nacional.

La suscripción de convenios y tratados internacionales tiene el efecto de crear obligaciones para el Estado, por ejemplo, de garantizar que los marcos normativos nacionales estén armonizados con las disposiciones contenidas en los instrumentos ratificados. Como consecuencia de esto, las leyes nacionales que nieguen los derechos ahí reconocidos, incluyendo el derecho a la seguridad social, podrían declararse inconstitucionales.

Adicionalmente, las obligaciones del Estado en relación con la seguridad social pueden dimanar indirectamente de las disposiciones constitucionales que atribuyen fuerza legal a los tratados internacionales, o a una autoridad superior a la legislación nacional, tras su publicación o ratificación.

En la mayoría de los países de América Latina, incluyendo Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Perú, la incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho interno se realiza bajo el sistema monista, por lo que los tratados y pactos internacionales se convierten en fuente formal de derecho junto con la Constitución y demás leyes nacionales. Así, en virtud de su reconocimiento como derecho humano esencial inherente a la condición y naturaleza humanas, el derecho a la seguridad social es inalienable, irrenunciable e inextinguible.

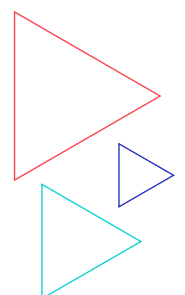
Por su parte, la Constitución de Paraguay se adscribe al sistema dualista, ya que las normas de derecho internacional solo se aplican y pueden ser sujeto de reivindicación ante un tribunal en virtud de su recepción. Es decir que se requiere la sanción de una ley que adopte las disposiciones del tratado internacional en el ordenamiento interno.

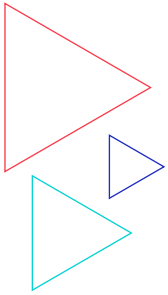
Puede señalarse además que ni la Constitución ni la jurisprudencia chilenas se decantan por el monismo o el dualismo. De hecho, en el país se recogen ambas teorías sin inclinarse por ninguna en específico. Así, los tratados sobre derechos humanos se acogen de manera directa, sin necesidad de ninguna actuación previa, mientras que el resto de los tratados internacionales necesitarían de un acto de transformación que los incorpore al derecho interno (Acosta Alvarado 2016, 15-60).

La revisión de las disposiciones constitucionales de los países incluidos en este estudio global permite identificar que, además de la ratificación de tratados internacionales, la incorporación del derecho internacional al derecho interno puede darse a partir de dos mecanismos, a saber:

- *Cláusulas de apertura al derecho internacional:* por medio de las cuales el catálogo de derechos constitucionales se encuentra abierto a otros derechos que no figuran dentro de su articulado pero que se reconocen en tratados internacionales ratificados, son inherentes a la persona humana o nacen del principio de la soberanía, de la forma de gobierno, o del principio de justicia social.

De hecho, 17 de las 18 constituciones nacionales incluidas en este estudio contemplan cláusulas de apertura al derecho internacional, por lo que puede afirmarse que, en América





Latina, estas cláusulas han tenido un papel preponderante en la ampliación del catálogo de derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la seguridad social.

Por ejemplo, en Uruguay, la Suprema Corte de Justicia ha reiterado que “Todos los seres humanos son libres y son iguales en dignidad y derechos desde que nacen. La dignidad no es pues un derecho que se conquista como una suerte de patrimonio moral sino que se sustancia de individualidad” (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 88 de 8 de diciembre 1993). Asimismo, en la sentencia N° 365/2009 afirmó que “(...) las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos (...)”.

- **Cláusulas interpretativas:** disposiciones que consagran que la Constitución debe ser interpretada de conformidad con los tratados internacionales ratificados y/o con los derechos humanos. Este tipo de cláusulas se observan, por ejemplo, en las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (arts. 13 (IV) y 256 (II)), Colombia (art. 93), México (art. 1) y Perú (Disposición Final y Transitoria cuarta).

En el caso del Perú, la Disposición Final y Transitoria cuarta de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En consecuencia, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que

(...) el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador (...) ¹¹.

Además, aunque la Constitución de Honduras no contiene una cláusula interpretativa, puede señalarse que la Ley sobre Justicia Constitucional especifica que

Las disposiciones de esta ley se interpretarán y aplicarán siempre de manera que aseguren una eficaz protección de los derechos humanos y el adecuado funcionamiento de las defensas del orden jurídico constitucional. Se interpretarán y aplicarán de conformidad con los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en la República de Honduras, tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los tribunales Internacionales (artículo 2).

Como se ha expuesto, la mayoría de las constituciones de los países incluidos en este estudio global incorporan los tratados internacionales ratificados de manera directa en su derecho interno, sin que sea necesario la adopción de leyes nacionales que los recepten. Adicionalmente, las cláusulas de apertura al derecho internacional y las cláusulas interpretativas han permitido la ampliación del catálogo de derechos reconocidos en las constituciones nacionales, resultando en marcos más amplios de protección de los derechos humanos.

Así, puede afirmarse que el derecho internacional, el surgimiento de nuevas realidades sociales y la sistemática interpretación de los marcos jurídicos nacionales a la luz de las disposiciones constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos han favorecido la ampliación del alcance y contenido de los derechos sociales, incluyendo el derecho a la seguridad social en la mayoría de los países de la región. Como se verá más adelante, tal evolución se

11 Sentencia recaída en los Expedientes acumulados N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC (Fundamentos 25 y 26).

debe, en gran medida, a la labor interpretativa de los tribunales constitucionales nacionales que han desarrollado criterios jurisprudenciales sofisticados sobre el derecho a la seguridad social y la salud a partir de los principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación, y solidaridad. De hecho, puede afirmarse que la labor interpretativa y analítica de los operadores de justicia constitucional de América Latina, en particular los tribunales de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México, han realizado importantes contribuciones conceptuales sobre los derechos sociales en general y la seguridad social en particular, que trascienden las fronteras nacionales¹². De esta manera, se observa que los tribunales constitucionales nacionales no solo han expandido sus criterios jurisprudenciales sobre temas sustantivos de derechos humanos y sobre las obligaciones de los Estados a través de la incorporación de los desarrollos normativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también a partir del derecho comparado (Antoniazzi 2017).

2.3 Jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento interno

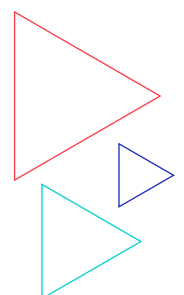
En paralelo a la expansión progresiva del contenido constitucional hacia los derechos enumerados en los tratados internacionales, las constituciones de América Latina se destacan por la jerarquía que otorgan a los tratados internacionales en sus sistemas jurídicos.

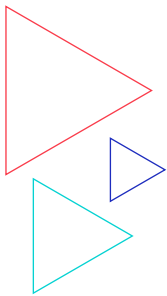
Las constituciones de los 18 países que hacen parte de esta publicación reconocen que los tratados, pactos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos debidamente ratificados hacen parte del ordenamiento interno y, por consiguiente, son fuente de derecho. Sin embargo, del estudio de las disposiciones constitucionales relevantes puede apreciarse que solo en algunos casos las constituciones especifican la jerarquía de los instrumentos internacionales, en particular aquellos que versan sobre derechos humanos, en el derecho interno, tal es el caso de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, República Dominicana y la República Bolivariana de Venezuela. En otros casos, incluyendo en El Salvador, Perú y Panamá, la Constitución no otorga expresamente un valor jurídico a los instrumentos internacionales, por lo que para establecer su jerarquía es necesario recurrir a la jurisprudencia constitucional del país.

El análisis de las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia constitucional permite observar que la jerarquía de los instrumentos internacionales en el derecho interno puede clasificarse en cuatro grupos:

- El primero corresponde al concepto de “supraconstitucionalidad”, donde todos o determinados tratados de derechos humanos ratificados prevalecen o tienen aplicación preferente sobre la Constitución. En Paraguay, por ejemplo, aunque el artículo 137 de la Constitución consagra la supremacía de la carta magna, el artículo 145 admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.
- En el segundo grupo, la Constitución otorga a todos o a determinados tratados internacionales, en particular en materia de derechos humanos, rango constitucional. Esta configuración se observa en Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica (en lo concerniente a derechos de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre

¹² Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de seguridad social, incluyendo en lo relativo a la finalidad de la pensión de viudez y el principio de protección reforzada, ha sido utilizada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (sentencias número 4808-2010), el Tribunal Constitucional del Perú y el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (Sentencia del Tribunal Constitucional N° TC/0405/19 del 1.º de octubre del 2019).





derechos humanos, aplicables a la República), Ecuador, Guatemala, Honduras, México, República Dominicana, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela. En otros países como Panamá¹³ y Perú¹⁴ el rango constitucional de los tratados internacionales ha sido establecido en la jurisprudencia de la Corte o el Tribunal Constitucional.

Con base en el artículo 46 de la Constitución de Guatemala, que dispone la "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno", algunos autores han interpretado que este tipo de tratados tienen rango supraconstitucional. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha aclarado que

► (...) con fundamento en las consideraciones expresadas en el fallo de mérito, y con base en los mandatos recogidos en los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado de Guatemala es parte, conforman el bloque de constitucionalidad, sirviendo de parámetros para ejercer el control constitucional pretendido (Corte de Constitucionalidad. Expediente 1732-2014. Fecha de sentencia: 13/08/2015).

- El tercer grupo comprende a los países en los que la Constitución o la jurisprudencia constitucional confieren a todos o a determinados tratados internacionales debidamente ratificados un rango de superioridad frente a las demás leyes que integran el ordenamiento jurídico nacional. Es el caso de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Colombia (en lo que respecta a los convenios internacionales de trabajo), Costa Rica, Honduras y Paraguay.

Por ejemplo, el artículo 75 (22) de la Constitución argentina establece que

► (...) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso,

13 Para más información sobre la posición de los convenios internacionales en el sistema de fuentes del derecho panameño, véase en este mismo documento el capítulo XIV: "El desarrollo del derecho a la seguridad social en la Constitución de Panamá".

14 El artículo 55 de la Constitución del Perú únicamente dispone que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Por lo tanto, en 2004 el Tribunal Constitucional estableció la pirámide jurídica nacional con base en dos criterios rectores, las categorías y los grados, disponiendo que la primera categoría (normas constitucionales y normas de rango constitucional) está conformada por la Constitución (1.º grado), las leyes de reforma constitucional (2.º grado) y los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú (3.º grado). Para más información, consulte: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional (...).

- Por último, en algunos países de la región (El Salvador, Panamá y Perú), los tratados internacionales ratificados, salvo aquellos que versan sobre derechos humanos o derechos inherentes a la persona o la dignidad humana, tienen una jerarquía igual a la de las leyes.

De lo anterior se desprende que, en América Latina, la jerarquía de las normas internacionales se ha establecido de dos maneras: a partir de disposiciones directas y expresas en las constituciones nacionales, o a través de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales, en particular en los casos en que la Constitución reconoce su condición de fuente de derecho, pero sin especificar su jerarquía en el derecho interno. Esto se observa por ejemplo en El Salvador, donde la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema ha precisado que

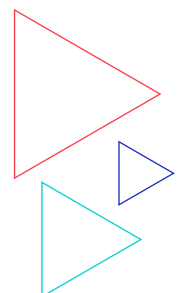
- (...) la Constitución no indicó expresamente que los tratados estén posicionados en un plano jerárquico superior a la ley secundaria, sino que se limitó exclusivamente a precisar dos criterios hermenéuticos para solución de conflictos entre normas: en primer lugar, que la ley secundaria no podrá modificar o derogar lo estipulado en un tratado; en segundo lugar, que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el tratado. No se trata, pues, en el caso del art. 144 Cn., de una norma que establezca jerarquización entre dos normas jurídicas -tratado y ley-, sino una norma que determina instrumentos de solución de conflictos entre normas ¹⁵.

Además, puede destacarse que algunos países de la región otorgaron jerarquías distintas a diferentes tratados internacionales y dispusieron que solo determinados instrumentos internacionales revisten jerarquía constitucional, bien por remisión directa de la Constitución o bien a través de la figura de "bloque de constitucionalidad". Así, en países como Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Honduras, Panamá y Perú, las normas internacionales pueden tener diferentes jerarquías dentro del ordenamiento interno.

Por ejemplo, teniendo en cuenta que el inciso 4 del artículo 53 de la Constitución de Colombia no establece la jerarquía de los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, sino que únicamente especifica que "hacen parte de la legislación interna", la Corte Constitucional ha señalado que

- es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido "debidamente ratificados" por Colombia, "hacen parte de la legislación interna" (C.P., art. 53, inciso cuarto) -es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno- no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad (C.P., art. 93), en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral. Adicionalmente, la Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (C.P., art. 93, inciso 2), en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al

¹⁵ Sentencia de 14-II-97, Inc. 15-96.





principio fundamental de la protección del trabajador (C.P., art. 1) y al derecho al trabajo (C.P., arts. 25 y 53) ¹⁶.

Por último, resulta relevante destacar la apertura de varios tribunales constitucionales de la región al derecho comparado, incluyendo la Corte Suprema de Argentina, la Sala Constitucional de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú y el Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Estos órganos han reconocido un valor privilegiado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicándolos con mayor frecuencia en su jurisprudencia para asegurar la tutela efectiva de los derechos fundamentales establecidos en las constituciones nacionales (Miranda Bonilla 2017). En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha precisado que “de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, transcritos, se deduce el deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción” (Exp: 10-014020-0007-CO Res. N° 2010018725).

3. Tipología de disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho a la seguridad social y aspectos destacados en América Latina

Globalmente, el alcance y la amplitud de la consagración del derecho a la seguridad social varían considerablemente de un país a otro. Así, algunas constituciones incluyen la seguridad social como un objetivo constitucional de la política del Estado, otras imponen al Estado el deber de encargarse de la realización de los derechos sociales (sin referirse al derecho individual correlativo de invocarlos), mientras otras confieren a la seguridad social un estatus de derecho fundamental (imponiendo así al Estado el deber de concretar su realización) (OIT 2011).

En un estudio donde se clasificaron los derechos económicos y sociales de 195 constituciones en tres categorías según el nivel de su consagración: 1) presente, 2) aspiracional y 3) justiciable ¹⁷, el derecho a la seguridad social fue el cuarto y quinto derecho económico y social más presente y justiciable, respectivamente, y de los tres derechos económicos y sociales más aspiracionales en las constituciones (Sprague, Raub y Heymann 2020). De acuerdo con el referido estudio, la seguridad social es justiciable en el 41 por ciento de las constituciones, lo que puede tener un impacto muy importante en su aplicación efectiva y, por consiguiente, en la vida de las personas.

Examinando específicamente el alcance de las disposiciones constitucionales, estas se pueden clasificar como promocionales o vinculantes, dependiendo de si se trata de declaraciones más generales o si establecen obligaciones específicas en materia de seguridad social a cargo del Estado. En algunos casos, las disposiciones prevén el derecho individual a la seguridad social, la

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-401 de 2005: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-401-05.htm>

¹⁷ Los derechos son justiciables cuando el gobierno puede ser llevado ante los tribunales por no garantizar el derecho y los ciudadanos disponen de un recurso legal para garantizar el cumplimiento de sus derechos constitucionales, normalmente en forma de un mecanismo de revisión judicial consagrado en la Constitución. Los derechos se consideran aspiracionales cuando la enumeración de los derechos constitucionales pretende orientar la política estatal y/o expresar ideales, pero no son pujantes. La Constitución ordena al gobierno que tenga en cuenta el bienestar social a la hora de tomar decisiones políticas, pero no crea ninguna obligación de hacerlo. Los ciudadanos no disponen de un recurso legal para garantizar el cumplimiento de su derecho constitucional. Los derechos económicos y sociales no se consideran derechos fundamentales.

Los derechos se consideran presentes, pero no son ni aspiracionales ni justiciables.

protección social, la asistencia social, el seguro social o la salud, o van más lejos y establecen la obligación del Estado de tomar medidas concretas para garantizar la seguridad social o la salud de los ciudadanos. También es posible observar disposiciones constitucionales que contienen declaraciones más amplias que definen el enfoque general de bienestar social que ha de adoptar el Estado pero sin crear derechos individuales, así como disposiciones muy específicas que detallan el funcionamiento de los regímenes de seguridad social (OIT 2011).

Cabe mencionar que, si bien las disposiciones constitucionales que garantizan la protección social son cada vez más diversas, todas ellas contienen los siguientes tres enfoques: la reafirmación de la seguridad social como un derecho individual del ser humano, la definición de la responsabilidad social del Estado y la inclusión de la seguridad social entre los principios rectores de la política estatal (OIT 2011).

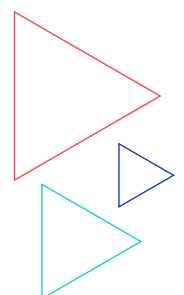
Aunque existen variaciones considerables en el alcance, el contenido y la forma en que el derecho a la seguridad social ha sido reconocido en los textos constitucionales considerados en este estudio, es posible vislumbrar algunos puntos de convergencia, tal y como se detalla a continuación.

En primer lugar, debe señalarse que todas las constituciones nacionales consideradas en este volumen contienen disposiciones en materia de seguridad social. De hecho, comparativamente, las constituciones de América Latina garantizan el mayor número de derechos sociales y económicos, estando la seguridad social y la salud entre los más presentes, junto con la educación, el derecho a sindicalizarse, la protección medioambiental y los salarios justos (Jung, Hirschl y Rosevear 2014). Cuando estos derechos se delimitan solo a la seguridad social y la salud, excepto cuando estas garantías se derivan del empleo, únicamente las constituciones de la región de Europa Oriental y Asia Central, es decir, de los Estados que antes habían formado parte de la Unión Soviética, consagran estos derechos de una manera más amplia. En el caso de la seguridad social derivada del empleo, la presencia es absoluta tanto en América Latina como en los Estados postcomunistas. Con referencia al estudio antes mencionado, el derecho a la seguridad social, como la mayoría de los otros derechos económicos y sociales, está principalmente consagrado como un derecho justiciable, más que en ninguna otra región del mundo (Jung, Hirschl y Rosevear 2014).

3.1 El alcance personal de las disposiciones constitucionales

El ámbito de aplicación del derecho a la seguridad social varía considerablemente de un país a otro. No obstante, al analizar los textos constitucionales considerados en este estudio, se observa una tendencia hacia la adopción de un enfoque basado en los derechos humanos, sobre todo en las constituciones que fueron adoptadas o sufrieron reformas significativas a partir de 1990. Por ejemplo, en armonía con el derecho internacional –en el que se reconoce a la seguridad social como derecho humano–, diez de las 18 constituciones nacionales revisadas en esta publicación reconocen la seguridad social como un derecho de “todas las personas” o de todos los habitantes¹⁸. Por ejemplo, la Constitución de Ecuador prevé que “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas”. Otras constituciones, como la del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45) y la de Nicaragua (art. 61), hacen referencia a los ciudadanos. Además, algunos textos constitucionales, sobre todo aquellos adoptados con anterioridad a 1985, incluyendo los de Costa Rica (1949), El Salvador (1983), México (1917) y Uruguay (1967), conciben la seguridad social como un derecho de los trabajadores y/o sus familias. Por ejemplo, el artículo 67 de la Constitución uruguaya dispone que “Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes,

¹⁸ Es el caso de las constituciones de Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela.





enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente (...)". Una concepción similar de la seguridad social como mecanismo de protección ante la falta de ingresos laborales se encuentra en la Constitución Nacional de la República del Paraguay, pese a que fue adoptada en 1992.

Asimismo, en algunas constituciones existen disposiciones que abordan el derecho a la seguridad social de manera conjunta con los derechos laborales, tales como el salario, las condiciones del trabajo, el descanso remunerado, las vacaciones, las indemnizaciones por despido y las prestaciones sociales. Este es el caso, por ejemplo, de Brasil (art. 7), El Salvador (arts. 38 y 45), México (art. 123, B, XI) y Nicaragua (art. 82). La concepción de la seguridad social como un derecho de los trabajadores también se evidencia en disposiciones relativas a la responsabilidad de los empleadores y trabajadores en la financiación de las prestaciones, como se observa, por ejemplo, en Costa Rica (art. 73), Ecuador (art. 371), Guatemala (art. 100), Panamá (art. 114), Uruguay (art. 67) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 86).

Por su parte, las constituciones de Ecuador, Honduras, Guatemala y República Dominicana, además de reconocer el carácter universal del derecho a la seguridad social, contienen disposiciones que reafirman la protección de los trabajadores a través de la afiliación o participación en los sistemas de seguridad social o el seguro social. También resulta relevante señalar que la única constitución que no especifica el ámbito de aplicación personal de la seguridad social es la de Argentina.

El análisis de las constituciones nacionales de América Latina también permite observar una tendencia hacia la concepción de sistemas de seguridad social más inclusivos. Así, un número considerable de constituciones reconocen el derecho a la seguridad de determinados grupos de trabajadores que, por las particularidades de su trabajo, han sido tradicionalmente privados del goce efectivo de este derecho (véase el cuadro I.1). En algunos casos, dichas disposiciones incluyen declaraciones que reafirman la intención, compromiso u objetivo de extender, de manera progresiva, la cobertura de la seguridad social a estos colectivos. Por ejemplo, algunas constituciones hacen referencia explícitamente al derecho a la seguridad social de los trabajadores agrícolas, rurales o del campo (Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras y México ¹⁹); los trabajadores domésticos (Brasil y El Salvador ²⁰); las comunidades indígenas (Guatemala ²¹); los trabajadores domésticos no remunerados (Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela ²²); los trabajadores culturales (República Bolivariana de Venezuela ²³); los trabajadores independientes o no asalariados (Ecuador y México ²⁴); o los trabajadores informales (Brasil) ²⁵. Así mismo, algunas constituciones, incluyendo las de Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y la República Bolivariana de Venezuela ²⁶, contienen disposiciones relativas al derecho a la seguridad social de los servidores públicos, los militares y otros trabajadores oficiales.

Por último, algunas constituciones de América Latina ponen un énfasis sobre ciertos grupos poblacionales, buscando reforzar la protección y la aplicación de los derechos económicos y sociales, incluidos los de seguridad social y salud, a personas que se encuentran en situación

19 Artículos 7 y 195, numeral 8 de la Constitución de Brasil; artículo 64 de la Constitución de Colombia; artículos 34 y 373 de la Constitución de Ecuador; artículo 45 de la Constitución de El Salvador; artículo 144 de la Constitución de Honduras, y artículo 123, XXIX, de la Constitución de México.

20 Constitución de Brasil, artículos 7 y 201, párrafo 12; Constitución de El Salvador, artículo 45.

21 Artículo 69.

22 Artículos 333 y 88, respectivamente.

23 Artículos 100 y 123, XXIX, respectivamente.

24 Artículos 34 y 371.

25 Artículo 201, párrafo 12.

26 Artículos 48, 370, 123 B XIII, 103, 11 y 328, respectivamente.

de vulnerabilidad, como son los niños, las niñas y adolescentes ²⁷; las mujeres, en especial las madres y embarazadas ²⁸; las personas adultas mayores o las personas cuidadoras de personas dependientes ²⁹.

Por ejemplo, la Constitución de Ecuador ofrece un ejemplo interesante en tanto reconoce específicamente el derecho a la seguridad social de las personas que, en razón de la discapacidad de un familiar, suplen funciones de cuidado (art. 49). El reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social de las personas que tienen responsabilidades de cuidado reviste particular importancia, sobre todo considerando que a menudo las responsabilidades de cuidado son asumidas por las mujeres, con un apoyo o descanso limitados, lo que puede tener efectos adversos en su bienestar físico y mental, así como en su participación en el trabajo remunerado y en la seguridad de los ingresos tanto durante la vida activa como en la vejez (OIT 2021, 217).

3.2 El alcance material de las disposiciones constitucionales

Las distintas disposiciones recogidas en las constituciones latinoamericanas sobre protección social se encuentran redactadas de diversas maneras en cuanto al alcance de este derecho. Como se desarrolla más abajo, en algunas se menciona de manera expresa, mientras que en otras se entiende su reconocimiento de una manera más indirecta; asimismo, algunas lo incluyen de una manera más genérica, entretanto en otras se detalla más su contenido.

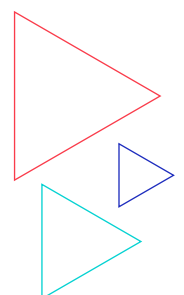
Así, puede destacarse que algunos de los textos constitucionales actuales, incluyendo los del Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y la República Bolivariana de Venezuela, reconocen el derecho a la seguridad social, el seguro social, la asistencia social o la salud de manera expresa. Mientras que otras disposiciones reconocen la necesidad de garantizar ciertos niveles de protección, por ejemplo, a través del establecimiento de un seguro social o sistema de previsión social, la asistencia social y/o los servicios sociales. Tales disposiciones se encuentran, por ejemplo, en las constituciones nacionales de Argentina, Chile, Costa Rica y Honduras.

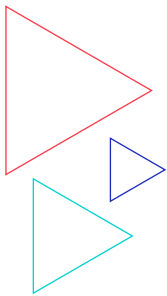
De la misma manera, puede destacarse que, en algunos países de América Latina, las garantías constitucionales relativas a la seguridad social adoptan la forma de disposiciones muy específicas sobre el contenido mínimo de este derecho. Ejemplos de disposiciones detalladas que delimitan y dotan de contenido el derecho a la seguridad social se encuentran, por ejemplo, en las constituciones de Brasil y México. En particular, la Constitución brasileña se destaca por tener disposiciones muy precisas sobre el trípede que configura la seguridad social en el país, a saber: la protección de la salud (art. 195), la previsión social, es decir, el sistema de seguridad social contributivo (art. 201), y la asistencia social (art. 203). También proporciona los principios rectores de la seguridad social (art. 195) y cada uno de sus subsistemas, así como lineamientos relativos a la financiación y administración del régimen general de seguridad social contributivo, las condiciones de calificación y los parámetros para el cálculo y monto mínimo de determinadas prestaciones, como las pensiones. Además, dado que el texto constitucional brasileño incluye tanto normas programáticas detalladas como obligaciones para el legislador, puede afirmarse que el derecho a la seguridad social en Brasil está fuertemente constitucionalizado.

27 Constitución de Brasil, arts. 203 y 227; Constitución de Colombia, arts. 44, 45 y 50; Constitución de Ecuador, art. 45; Constitución de Guatemala, art. 51; Constitución de Honduras, art. 123; y Constitución de Panamá, arts. 56 y 110.

28 Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45); Constitución de Colombia (art. 43); Constitución de Ecuador (arts. 43 y 332); Constitución de Honduras (art. 123); Constitución de Nicaragua (art. 74); Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (art. 76).

29 Constitución de Brasil (art. 203); Constitución de Colombia (art. 46); Constitución de Ecuador (art. 37); Constitución de Guatemala (art. 51); Constitución de Panamá (art. 56); y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (art. 80).





Menos común son las constituciones que incluyen declaraciones más generales sobre la seguridad social, que mencionan los derechos sociales entre los principios de la política estatal, que reconocen la necesidad de protección social o que hacen un llamamiento para su logro progresivo en función de los recursos disponibles sin crear derechos individuales u obligaciones concretas para el Estado. Este tipo de disposiciones se observan, por ejemplo, en la Constitución de la República Dominicana, cuyo artículo 60 dispone que "(...) El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez". Asimismo, la Constitución del Perú reconoce en el artículo 10 el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

En algunos casos, los textos constitucionales contienen disposiciones que, al margen de que mencionen explícitamente la seguridad social o no, pueden considerarse como comprendidas dentro del contenido de este derecho. Por ejemplo, la Constitución de Honduras y la de Panamá hacen referencia al derecho de las personas a "la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido"³⁰.

Finalmente, puede destacarse que algunas constituciones de la región reconocen explícitamente el derecho a ciertas prestaciones no contributivas, sea a través de regímenes o prestaciones universales como en el Estado Plurinacional de Bolivia y Ecuador,³¹ y/o a través de programas de asistencia social que proporcionen un nivel mínimo de ingresos o faciliten la recuperación económica de las personas en condiciones de pobreza o vulnerabilidad³², o apoyen la rehabilitación física, mental, económica o social de ciertos grupos poblacionales³³.

3.3 Contingencias protegidas por las disposiciones constitucionales

El estudio comparativo de las constituciones de América Latina muestra que, en general, la mayoría de las disposiciones constitucionales relacionadas con la seguridad social enumeran las contingencias que darán origen a esta protección. Concretamente, los textos constitucionales del Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela contemplan la mayoría de las nueve ramas de la seguridad social reconocidas en el derecho internacional. Por ejemplo, la Constitución de Honduras prevé que el Instituto Hondureño de Seguridad Social "(...) cubrirá los casos de enfermedad, maternidad, subsidio de familia, vejez, orfandad, paros forzosos, accidentes de trabajo, desocupación comprobada, enfermedades profesionales y todas las demás contingencias que afecten la capacidad de producir" (art. 142).

Otras constituciones nacionales, incluyendo las de Argentina, Colombia, El Salvador y República Dominicana, únicamente hacen referencia a determinados riesgos sociales o situaciones particulares de la vida que deberán ser cubiertas por la seguridad social.

La enfermedad, la maternidad, la discapacidad y la vejez (en algunos casos contenida bajo el derecho a las "jubilaciones o pensiones") son los riesgos sociales o contingencias que aparecen explícitamente reconocidos con mayor frecuencia en las constituciones de América Latina. Esta observación es coherente con una realidad global, donde, por regla general, el derecho a recibir

30 Artículos 142 y 113, respectivamente.

31 Artículos 45 y 37(3), respectivamente.

32 Constitución de Brasil, artículos 194 y 203; Constitución de Colombia, artículo 46; Constitución de la República Dominicana, artículo 57.

33 Constitución de Guatemala, artículo 94; Constitución de Panamá, artículo 113.

una pensión en la vejez o en caso de discapacidad son más comunes en las constituciones (Ben-Bassat y Dahan 2016, 165-201).

Otras constituciones, como, por ejemplo, la de Chile, Guatemala y Paraguay, contemplan el derecho a la seguridad social, pero no definen su contenido en función de las contingencias protegidas. Puede señalarse además que las constituciones de Chile (art. 19 (18)), Colombia (art. 48), Costa Rica (art. 73), El Salvador (art. 50), Nicaragua (art. 82), Panamá (art. 113), Paraguay (art. 95), Perú (artículo 10) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 86) únicamente mencionan el derecho a la seguridad social y encomiendan a la legislación ordinaria el posterior desarrollo de algunos de los elementos esenciales de este derecho, como, por ejemplo, las prestaciones que deberán proporcionarse, la forma, el alcance o la extensión. Por lo tanto, es claro que en muchos casos las disposiciones constitucionales atribuyen competencias a la autoridad legislativa para que sus integrantes formulen y establezcan el contenido de este derecho de manera efectiva.

Asistencia médica

La gran mayoría de las constituciones de América Latina consideradas en este estudio incluyen disposiciones que reconocen el derecho de la población a la salud. En algunos textos constitucionales, incluyendo los de Chile (art. 9), Colombia (art. 49), El Salvador (art. 65), Guatemala (arts. 93 y 94), Nicaragua (arts. 59 y 105), Paraguay (arts. 68 y 69), Perú (arts. 7, 9 y 11), República Dominicana (art. 61) y Uruguay (art. 44), se reconoce el derecho a la protección de la salud en un articulado diferente al de la seguridad social. Es decir que el derecho a la salud se aborda independientemente de otras ramas de la seguridad social, incluida la enfermedad que causa incapacidad para trabajar.

En otras constituciones, como las de Brasil (arts. 194, 198 y 201), Ecuador (arts. 32, 340, 359, 360, 362 y 369) y la República Bolivariana de Venezuela (arts. 84 y 85), las garantías relativas al derecho a la salud son complementadas con otras disposiciones en las que se reconoce el derecho a la asistencia médica de manera articulada, coordinada o integrada con la seguridad social. Por ejemplo, el artículo 84 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que "Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad (... invertir)".

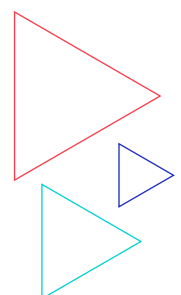
De manera similar, puede destacarse que la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia reconoce el derecho de todas las personas a la salud, sin exclusión ni discriminación alguna (art. 18), y además especifica que la seguridad social deberá cubrir la atención por enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas (art. 45, III).

También puede señalarse que algunos textos constitucionales proporcionan lineamientos detallados sobre cómo debe garantizarse el derecho a la salud, por ejemplo, otorgando al Estado la responsabilidad de crear un sistema público de atención de salud³⁴ o estipulando la gratuidad de la atención médica para toda la población³⁵.

Además, resulta importante mencionar que varios textos constitucionales contienen disposiciones que declaran la responsabilidad del Estado de garantizar el acceso a servicios de salud gratuitos para ciertos grupos, como las mujeres embarazadas, los niños, los adultos

34 Por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia dispone que "I. Todas las personas tienen derecho a la salud. II. El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna. III. El sistema único de salud será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social. El sistema se basa en los principios de solidaridad, eficiencia y corresponsabilidad y se desarrolla mediante políticas públicas en todos los niveles de gobierno".

35 Constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 35), Colombia (art. 49) y Ecuador (arts. 50 y 362).





mayores, las personas en situación de pobreza, vulnerabilidad y/o sin cobertura del sistema de seguridad existente ³⁶. Asimismo, algunas constituciones contienen disposiciones específicas orientadas a garantizar el acceso a la salud y/o los medicamentos de las personas con discapacidad o aquellas que sufren enfermedades catastróficas ³⁷, los jubilados y los beneficiarios de pensiones de sobrevivientes ³⁸. Reconociendo el alto costo asociado con el tratamiento de ciertas enfermedades, la Constitución de Ecuador establece que “El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente”.

Vejez

La mayoría de las disposiciones constitucionales relativas a la seguridad social hacen una referencia directa a la contingencia de vejez o contienen referencias generales a las jubilaciones o pensiones. Por ejemplo, la Constitución de Argentina estipula que la ley establecerá, entre otras cosas, jubilaciones y pensiones móviles (art. 14bis). Por su parte, la Constitución uruguaya dispone que “La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales” (art. 66). Puede destacarse además que las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45 (IV)) y Ecuador (art. 37(3)) reconocen la jubilación como un derecho de carácter universal. Asimismo, se observa que un número importante de textos constitucionales contienen disposiciones en las que el Estado se compromete a garantizar el pleno ejercicio de los derechos de adultos mayores. En particular, las constituciones de Costa Rica (art. 51), Ecuador (art. 35), Guatemala (art. 51), Honduras (art. 117) y Perú (art. 11) reconocen a estas personas como sujetos de especial protección del Estado o de atención prioritaria.

Discapacidad y sobrevivencia

Cerca del 60 por ciento de los textos constitucionales objeto de estudio incluyen la discapacidad (incapacidad para trabajar o invalidez) y la muerte entre los riesgos cubiertos por la seguridad social. Algunas constituciones, en particular aquellas promulgadas a partir de los años noventa (o con enmiendas constitucionales posteriores a esa época), incluyen disposiciones en las que se reconoce la obligación del Estado de asegurar la protección de las personas con discapacidades, que son complementadas por el reconocimiento del deber del Estado de poner en marcha medidas encaminadas a facilitar su inclusión en el ámbito productivo, económico, político, social y cultural. Tal es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia (arts. 70, 71 y 72), Brasil (arts. 23 (II), 24 (XIV), 203 (IV y V)), Colombia (art. 47), Ecuador (arts. 47 y 48), Guatemala (art. 53), Paraguay (art. 58), República Dominicana (art. 58) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 81). Cabe precisar que existe una heterogeneidad importante en la forma en que las disposiciones constitucionales reconocen los derechos de las personas con discapacidad. Así, en algunos países, como Brasil, por ejemplo, existen declaraciones vinculantes, mientras que en otros se observan compromisos un poco más atenuados, como en la Constitución de Nicaragua, que prevé que “El Estado procurará establecer programas en beneficio de los discapacitados para su rehabilitación física, sicosocial y profesional y para su ubicación laboral” (art. 62). Con respecto a las prestaciones de sobrevivientes, las disposiciones constitucionales que definen el campo de aplicación material de la seguridad social en el Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45 (III)), Brasil (art. 201 (V)), Costa Rica (art. 73), Ecuador (art. 369), Honduras (art. 142), México (art. 123,

³⁶ Constitución de El Salvador (art. 66): “El Estado dará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible. En este caso, toda persona está obligada a someterse a dicho tratamiento”. Véanse también las constituciones de Colombia (art. 50), Honduras (art. 149), República Dominicana (art. 61), México (art. 4) y Nicaragua (art. 105).

³⁷ Constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 70), Ecuador (art. 50) y República Dominicana (art. 61).

³⁸ Constitución de Guatemala (art. 115).

B, XI.), Nicaragua (art. 82 (7)), Panamá (art. 113), Uruguay (art. 67) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 86) específicamente incluyen prestaciones para los familiares de los trabajadores, asegurados o personas protegidas que fallecen.

Accidentes del trabajo

Históricamente, la primera contingencia o riesgo social en ser regulada fue la rama de accidentes del trabajo. Sin embargo, solo existen disposiciones que específicamente mencionan esta eventualidad en 12 de las 18 constituciones de América Latina consideradas en este estudio³⁹. Puede inferirse que esta rama disfruta de un reconocimiento tan amplio en las legislaciones nacionales que en muchas constituciones se incluye implícitamente en el concepto de seguridad social. En general, los accidentes del trabajo se incluyen en las disposiciones sobre la seguridad social, no obstante, en la Constitución de Brasil se hace referencia a los accidentes del trabajo en el marco de los derechos laborales (art. 7, XXVIII). Asimismo, cabe destacar que, en textos constitucionales comparativamente más antiguos como los de El Salvador (1983) y Guatemala (1985), la protección en caso de accidentes laborales es concebida bajo un modelo de responsabilidad del empleador, en caso de que el régimen de seguridad social no haya sido implementado o que la protección proporcionada sea insuficiente⁴⁰.

Enfermedad

De igual manera, el 60 por ciento de los textos constitucionales analizados incluye la enfermedad y/o la incapacidad laboral temporal como una de las contingencias que debe ser cubierta por el sistema de seguridad social. Este es el caso, por ejemplo, de las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45 (III)), Brasil (art. 201 (I)), Costa Rica (art. 73), Ecuador (art. 369), Honduras (art. 142), Nicaragua (art. 82(7)), México (art. 123, B, XI.) y República Dominicana.

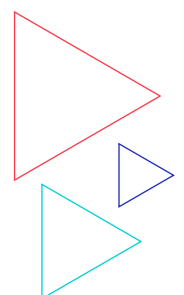
La mayoría de los textos constitucionales de la región únicamente listan la contingencia de enfermedad o incapacidad temporal para el trabajo entre los riesgos sociales que deberán ser protegidos por la seguridad social. Además del reconocimiento del derecho de los trabajadores a recibir prestaciones económicas que compensen la pérdida de ingresos generada por una incapacidad temporal para trabajar, algunas constituciones incluyen otras protecciones laborales. Por ejemplo, la Constitución de México dispone que, en caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley (art. 123, XI, literal b). Por su parte, la Constitución de Nicaragua enmarca el derecho a recibir prestaciones de la seguridad social para la protección integral y la de sus medios de subsistencia, incluyendo en caso de enfermedad, como uno de los derechos de todos los trabajadores.

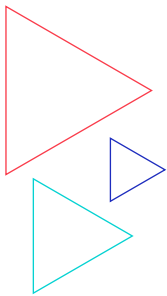
Maternidad

En relación con el trato concedido a las prestaciones de maternidad, es posible clasificar las disposiciones de las constituciones latinoamericanas en cuatro tipos. Las primeras incluyen la maternidad entre los riesgos cubiertos por la seguridad social y/o los sistemas de salud; este es el caso de las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45 (III)), Brasil (arts. 201 y 203), Costa Rica (art. 73), Ecuador (arts. 43 y 369), Honduras (art. 142), México (art. 123, B XI), Nicaragua (arts. 74 y 82(7)), Panamá (arts. 110 y 113) y la República Bolivariana de Venezuela (arts. 76 y 86). Las segundas contienen disposiciones relativas a la protección de las mujeres embarazadas y la maternidad bajo disposiciones dedicadas a los DESC, y/o el derecho al trabajo,

39 Constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009 (art. 45 (III)); Brasil, 1988 (art. 7); Costa Rica, 1949 (art. 73); Ecuador, 2008 (art. 369); El Salvador, 1983 (arts. 43 y 50); Guatemala (art. 102, literal q); Honduras, 1982 (art. 142); México, 1917 (art. 123 B, XI literal a); Nicaragua (art. 82, numeral 7); Panamá, 1972 (art. 113); Uruguay, 1967 (art. 67) y la República Bolivariana de Venezuela, 1999 (art. 86).

40 Artículos 43 y 102, respectivamente.





en particular con relación a los principios de igualdad y no discriminación en el empleo. Este es el caso de las constituciones de El Salvador (art. 42), Guatemala (art. 102, literal k), Honduras (art. 128(11)), México (art. 123 A, V), Panamá (art. 72) y Paraguay (art. 89), con disposiciones relativas al derecho de las mujeres trabajadoras a un periodo de descanso remunerado durante la maternidad y la protección en el empleo. En tercer lugar, se encuentran las constituciones que declaran la protección especial o el derecho a la atención o protección prioritaria de las mujeres durante el embarazo, parto y posparto. Este tipo de disposiciones se observa, por ejemplo, en el Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45 (V)), Colombia (art. 53), Costa Rica (arts. 51 y 55), Ecuador (art. 35), Guatemala (art. 52), Nicaragua (art. 74), Paraguay (art. 89), Perú (arts. 4 y 23) y República Dominicana (art. 55, numeral 6). En Colombia, por ejemplo, este reconocimiento como sujetos de especial asistencia y protección del Estado da lugar al derecho a recibir, de parte del Estado, un subsidio alimentario en el caso de las mujeres embarazadas que estuvieren desempleadas o desamparadas. Por último, algunos textos constitucionales, como el de Panamá, por ejemplo, reconocen la responsabilidad del Estado en la protección de la salud de la madre, del niño y del adolescente, garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia (art. 110, numeral 3). Otro ejemplo de disposiciones vinculantes relativas a la maternidad se observa en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual "(...) El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos".

Prestaciones familiares

Todas las constituciones que forman parte de este estudio declaran la importancia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, por ejemplo, a través del reconocimiento del deber esencial del Estado de proteger a la familia⁴¹ o de su reconocimiento como un grupo de especial protección, como lo hacen las constituciones de Colombia (art. 44), Costa Rica (arts. 51 y 55), Ecuador (art. 46), Honduras (arts. 121 y 128), Nicaragua (art. 71) y Perú (art. 4). Sin embargo, este reconocimiento no va necesariamente acompañado por una disposición constitucional en la que se encargue a los sistemas de protección social la obligación de proporcionar prestaciones y/o servicios orientados a cubrir, aunque sea parcialmente, los costos asociados con el sostenimiento de los hijos. Así, pese a que las prestaciones familiares son esenciales para la realización de los derechos de los niños, únicamente las constituciones de Argentina (art. 14 bis), el Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45 (III)), Brasil (arts. 201 y 203), Honduras (art. 149), Panamá (art. 113) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 86) reconocen la protección de la familia en el marco del derecho a la seguridad social, en algunos casos mencionando específicamente las prestaciones, asignaciones o subsidios familiares. El texto constitucional de Uruguay prevé el derecho a recibir prestaciones familiares, pero lo limita al cumplimiento de ciertas condiciones: "(...) Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten" (art. 41). Adicionalmente, puede mencionarse que la Constitución de México contempla prestaciones que corresponderían a las prestaciones familiares en especie según lo dispuesto en el Convenio núm. 102 de la OIT, como el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica⁴².

41 Constituciones de Argentina (art. 14 bis); Estado Plurinacional de Bolivia (art. 62); Brasil (art. 226); Chile (art. 1); Colombia (arts. 5 y 42); Ecuador (art. 67); El Salvador (art. 32); Guatemala (art. 47); Honduras (art. 111); México (art. 4); Paraguay (art. 49); Perú (art. 1); República Dominicana (art. 55); Uruguay (art. 40) y República Bolivariana de Venezuela (art. 75).

42 De acuerdo con el art. 123 B XI de la Constitución de México, entre las bases mínimas de la seguridad social se encuentran: "(...) e. Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares".

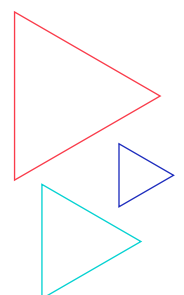
Desempleo

De los nueve riesgos tradicionales de la seguridad social definidos en el Convenio núm. 102, la contingencia de desempleo es la menos reconocida en las constituciones de América Latina. Únicamente ocho de las 18 constituciones nacionales consideradas en este estudio hacen alusión específicamente al desempleo o al derecho a recibir prestaciones de la seguridad social en caso de desempleo o paro forzoso. Es el caso de las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45 (III)), Brasil (arts. 7 y 201), Costa Rica (arts. 63 y 72), Ecuador (art. 369), Honduras (art. 142), Panamá (art. 113), República Dominicana (art. 60), Uruguay (art. 67) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 86). Cabe precisar que algunos de estos textos constitucionales contienen declaraciones en las que se impone al Estado la obligación de proteger a los desempleados u otras en las que se incluye el derecho de los desempleados a recibir una indemnización. Este último es el caso de Costa Rica, cuyo artículo 63 dispone que “Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación”. Al respecto, resulta pertinente mencionar que, en la práctica, solamente cuatro de estos ocho países (Brasil, Ecuador, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela) cuentan con prestaciones de desempleo financiadas total o parcialmente bajo un modelo de seguro social.

La seguridad social, la asistencia social y la protección de otras contingencias

Además de las ramas más tradicionales de la seguridad social, se observa que algunas constituciones nacionales de América Latina han ampliado el campo de aplicación material de los sistemas de seguridad social al reconocer otras contingencias como la paternidad, por ejemplo, el Estado Plurinacional de Bolivia, Ecuador, Paraguay y Venezuela, o la vulnerabilidad social, como en Brasil.

Asimismo, se observa que las constituciones de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, México, Panamá y la República Bolivariana de Venezuela reconocen el derecho al acceso a la vivienda en el marco de las disposiciones relativas al derecho a la seguridad social. Al respecto, cabe agregar que, a nivel internacional, el derecho a una vivienda adecuada fue reconocido como parte del derecho a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1). De esta manera, se considera un derecho propio, pero claramente interdependiente de otros derechos, como es el derecho a la seguridad social.



► Cuadro I.1. Contingencias protegidas por las disposiciones constitucionales de América Latina

	AR	BOL	BR	CHI	COL	COS	ECU	ELS	GUA	HON	MEX	NIC	PAN	PAR	PER	RDO	URU	VEN
Ramas o contingencias tradicionales																		
Asistencia médica		36 45	194 198 201	19 (9)	49 50	73	32 358 al 363 369	1 65 66 67	93 94	142 145 149	2 4 123, B XI	59 105	156 09 110	68 69	7 9 11	61	44	83 84 85 86
Vejez	14 bis	45	201 203		46 48	73	369			142	123, B XI	82 (7)	56 113 114		11 Disp. final y trans., 1ra	60	67	80 86
Discapacidad		45	201			73	47 369			142	123, B XI	82 (7)	56 113			60	67	86
Sobrevivientes		45	201			73	369			142	123, B XI	82 (7)	113				67	86
Accidentes de trabajo		45	7 (XXVIII)			73	369	43* 50	102 (q)*	142	123, B XI	82 (7)	113				67	86
Enfermedad		45	201			73	369			142	123, B XI	82 (7)	113			60	67	86
Maternidad		45	201 203			73	43 369	42*		142	123, B XI	74 82 (7)	110 113	89				76 86
Prestaciones familiares	14 bis	45	201 (IV) 203							142	123, B XI		113				41	86
Desempleo		45	7 (II) 201			63 72	369			142			113			60	67	86
Otras contingencias y funciones asociadas con el sistema de seguridad social																		
Asistencia social			194 203 204		46			66 (salud) 70	94	142 149 (salud)	4 (salud)	105 (salud)	113			57 61 (salud)	46	
Prestaciones universales		36 (salud) 45			49 (salud)		37 (3) 50 (salud) 362 (salud)											
Paternidad		45					369							89				86
Otros servicios sociales o de previsión social	14 bis	45								123, B XI			113					86
Vivienda	14 bis	45								123, B XI			117					86
Vulnerabilidad social			203															

Fuente: Adaptado de *La Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas*. Madrid: Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), 2018: 44.

3.4 Disposiciones que atribuyen competencia con respecto a la seguridad social

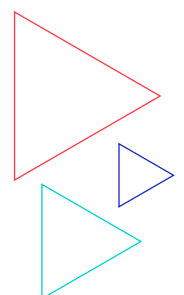
Uno de los elementos de convergencia en las constituciones de América Latina es el reconocimiento del rol predominante del Estado en el desarrollo y la materialización del derecho a la seguridad social, no solo a partir de su responsabilidad en el establecimiento de la arquitectura jurídica y administrativa de la seguridad social, sino también en su financiamiento. De hecho, la responsabilidad general del Estado es un principio reconocido en las 18 constituciones consideradas en este estudio. No obstante, existen variaciones importantes en la manera en que estas responsabilidades son definidas en los textos constitucionales.

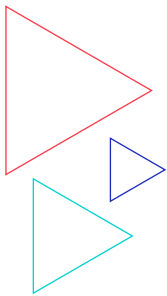
Un número importante de textos constitucionales, en particular aquellos adoptados y reformados a partir de 1990, incluyen una consideración expresa al papel predominante del Estado en el desarrollo, reconocimiento, protección y garantía de la seguridad social, tal es el caso de las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45), Colombia (arts. 48 y 365), Ecuador (art. 34) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 19). El recuadro 1 recoge algunos apartes de disposiciones constitucionales relativas al rol del Estado en la supervisión, garantía y regulación de este derecho.

► Recuadro 1. Disposiciones que atribuyen la competencia al Estado con respecto al derecho a la seguridad social

En consonancia con el principio de responsabilidad general del Estado por la buena administración de las instituciones y los servicios de la seguridad social, plasmado en el Convenio núm. 102 (arts. 71(3) y 72) y la Recomendación núm. 202 de la OIT, las constituciones de América Latina contienen disposiciones que definen la obligación de los Estados a brindar el servicio público de la seguridad social a la población. Véanse, por ejemplo, los siguientes apartados de algunos de los textos constitucionales de los países andinos:

- El artículo 45(II) de la Constitución del **Estado Plurinacional de Bolivia** establece que “La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social”.
- El artículo 34 de la Constitución de **Ecuador** establece que “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. (...) El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social (...)”.
- Por su parte, el artículo 48 de la Constitución de **Colombia** reconoce que “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. (...)”.
- En el artículo 86 de la Constitución de la **República Bolivariana de Venezuela** se establece que “(...) El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección (...)”.





Otros textos constitucionales, en adición de expresar la responsabilidad del Estado de garantizar el derecho a la seguridad social, imponen la obligación de tomar ciertas medidas específicas, por ejemplo, para garantizar la seguridad social o la salud de los ciudadanos y/o de determinados grupos vulnerables.

Asimismo, algunas constituciones confían ciertas funciones relacionadas con la seguridad social a determinadas instituciones públicas, como un instituto de seguridad social, por ejemplo, en Costa Rica (art. 73), Ecuador (art. 370), Guatemala (art. 100), Honduras (art. 142) y Uruguay (art. 195), o a un organismo al que se confía el control financiero del régimen de seguridad social y/o de los fondos privados de pensiones, como en el Perú (art. 87).

También es posible encontrar disposiciones constitucionales que otorgan al Estado responsabilidades concretas relativas al financiamiento de la seguridad social o algunas de sus prestaciones, como en el caso de Costa Rica (art. 177), Brasil (arts. 194 y 195), Ecuador (arts. 369 y 371), El Salvador (art. 50), Guatemala (art. 100), o que estipulan el rol del Estado como garante de la sostenibilidad financiera. Este tipo de disposiciones se observan, por ejemplo, en las constituciones de Ecuador (art. 34) y Nicaragua (art. 61) ⁴³.

Puede destacarse la disposición contenida en el artículo 177 de la Constitución de Costa Rica, ya que no solo reconoce explícitamente la participación del Estado en la financiación de la seguridad social, sino que además establece mecanismos encaminados a garantizar su sostenibilidad financiera en el largo plazo. Concretamente, el artículo 144 establece que

► (...) Para lograr la universalización de los seguros sociales y garantizar cumplidamente el pago de la contribución del Estado como tal y como patrono, se crearán a favor de la Caja Costarricense del Seguro Social rentas suficientes y calculadas en tal forma que cubran las necesidades actuales y futuras de la Institución. Si se produjere un déficit por insuficiencia de esas rentas, el Estado lo asumirá, para lo cual el Poder Ejecutivo deberá incluir en su próximo proyecto de presupuesto la partida respectiva que le determine como necesaria la citada institución para cubrir la totalidad de las cuotas del Estado (...).

3.5 Disposiciones en las que se definen modalidades para la puesta en práctica de la seguridad social

Tal y como se mencionó anteriormente, algunas constituciones de América Latina contienen disposiciones detalladas que definen el modo en que los sistemas de seguridad social deberían funcionar, financiarse y/o gestionarse a fin de asegurar su sostenibilidad, equidad y eficiencia ⁴⁴. Por ejemplo, la Constitución de Ecuador (art. 371) detalla la manera en que las prestaciones de la seguridad social deberán financiarse de conformidad con el principio de financiación colectiva. Asimismo, resulta pertinente destacar que las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 45 (VI)), Ecuador (art. 367) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 84), adoptadas durante periodos de gobierno de izquierda con una marcada plataforma antineoliberal, prohíben de manera expresa la privatización de la seguridad social o de los bienes y servicios públicos de salud.

⁴³ Disposición Final y Transitoria segunda: "El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.

No son acumulables servicios prestados a la actividad pública y privada".

⁴⁴ Véanse, por ejemplo, las constituciones de Ecuador (arts. 367 y 372) y de la República Bolivariana de Venezuela (art. 86).

Además, puede señalarse que, aunque menos común, es posible encontrar algunos textos constitucionales que permiten la participación de empresas mixtas y/o del sector privado en la administración y el servicio de algunas de las prestaciones de la seguridad social. Los textos constitucionales de Brasil (art. 202) y Panamá (art. 114), por ejemplo, contemplan la participación de empresas privadas en el marco de la protección social complementaria. Asimismo, otros textos constitucionales reconocen la participación de instituciones privadas en la prestación de servicios de salud, es el caso, por ejemplo, del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 39(I)), Brasil, (art. 199(§1)), Chile (art. 9), Colombia (art. 49), Ecuador (arts. 47 y 362), Nicaragua (art. 59) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 85). El artículo 199 (§1) de la Constitución de Brasil especifica que “Las instituciones privadas podrán participar de manera complementaria en el sistema único de salud, de acuerdo con sus directrices, mediante un contrato de derecho público o un convenio, dando preferencia a las entidades filantrópicas y a las entidades sin ánimo de lucro”.

Aunque se observa cierta heterogeneidad entre las disposiciones constitucionales relativas al financiamiento de la seguridad social, puede destacarse que varias constituciones nacionales estipulan la intangibilidad de los fondos de la seguridad social, así como prohibiciones expresas de utilizar los recursos y las reservas de la seguridad social para otros fines, tal es el caso de Colombia (art. 48), Costa Rica (art. 73), Paraguay (art. 95), Perú (art. 12), Uruguay (art. 67) y la República Bolivariana de Venezuela (art. 86). Estas disposiciones, junto con los mandatos constitucionales relativos a la responsabilidad general del Estado por la buena administración del sistema y la participación de las personas protegidas en la administración de la seguridad social, se constituyen en un marco de referencia clave para la puesta en marcha de sistemas de protección sólidos, sostenibles y durables.

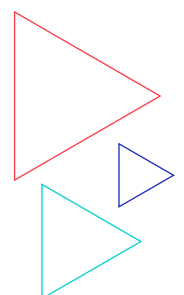
Por último, puede señalarse que, de conformidad con los principios de solidaridad en la financiación y diversidad de métodos y enfoques de financiación, reconocidos en la Recomendación núm. 202⁴⁵, algunas constituciones, incluyendo la brasileña, contienen disposiciones que reconocen la necesidad de diversas fuentes de financiamiento para garantizar el acceso y la disponibilidad de los servicios de salud, seguridad social y asistencia social. Adicionalmente, y como se detallará más adelante, el análisis comparativo de los textos constitucionales muestra que en un número importante de países de América Latina se reconocen, sea de manera explícita o implícita, los principios de financiación colectiva y solidaridad en la financiación, en armonía con las normas internacionales de seguridad social de la OIT⁴⁶.

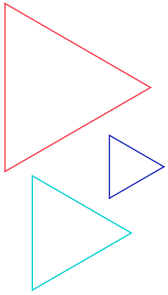
3.6 Principios fundamentales y rectores que proporcionan un marco para el desarrollo de la protección social

Como se mencionó anteriormente, los instrumentos internacionales, en particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los instrumentos regionales de derechos humanos, han tenido una influencia fundamental en la ampliación del catálogo de derechos sociales en América Latina. Así, un número importante de constituciones nacionales, incluyendo las del Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela, contienen disposiciones extensas y precisas sobre los principios fundacionales de la seguridad social. En este sentido, se ha argumentado que el nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracteriza por elevar el papel de los principios dentro del discurso constitucional, regular extensamente los derechos económicos y sociales difusos y maximizar los mecanismos de defensa constitucional y de los derechos fundamentales (Villabella Armengol 2017).

45 Párrafo 3(h) y (j), respectivamente.

46 Véanse, por ejemplo, el artículo 71 del Convenio núm. 102 y el párrafo 3(h) de la Recomendación núm. 202.





Se evidencian así los principios reconocidos de manera expresa e inferida en los tratados de derechos humanos, así como los principios establecidos por las normas internacionales de seguridad social de la OIT ⁴⁷, que finalmente reflejan la piedra angular de los sistemas de seguridad social en la forma en que fueron imaginados por Bismarck en Alemania o Beveridge en el Reino Unido. Es decir que estos principios constituyen la base para el diseño, la implementación, ampliación y reforma de los sistemas de seguridad social que buscan garantizar niveles suficientes de protección contra la potencial paralización y reducción sustancial de los ingresos como consecuencia de la materialización de determinadas contingencias durante el ciclo de vida (OIT 1984). Entre estos principios se incluyen la universalidad, la responsabilidad del Estado, la progresividad, la interdependencia o la integralidad de las prestaciones, la solidaridad, la gestión participativa y la revisión o actualización de las prestaciones para asegurar el mantenimiento de su poder adquisitivo.

La referencia a estos principios significa que las constituciones nacionales ya no solo exponen los elementos que deben comprender los sistemas de seguridad social como derecho, sino también la forma en que deben diseñarse y aplicarse. Esta perspectiva está en consonancia con el enfoque establecido en las normas internacionales, que ni incluye ni excluye ningún tipo de sistema de seguridad social *per se*, en la medida en que ese sistema se encuentre en armonía con los principios consagrados en dichas normas. Así, por ejemplo, los sistemas de seguridad social gestionados de manera privada podrían tenerse en cuenta si garantizan la gestión participativa de las personas protegidas y la financiación colectiva, además de los otros principios reconocidos en las normas internacionales. De este modo, la aplicación de estos principios, ya sea por los legisladores o los poderes judiciales, puede servir como un vector para asegurar que los sistemas tengan un enfoque de derechos humanos. Es decir, que los sistemas de protección social estén anclados en un sistema de derechos con marcos jurídicos claros, guiados por principios de universalidad, igualdad, no discriminación, participación y rendición de cuentas.

Tales principios han sido reconocidos explícitamente en las constituciones o a través de sus órganos de control, destacándolos como piedras angulares de lo que representa un Estado basado en derecho y a través de los cuales deben guiarse y desarrollarse los sistemas de protección social. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que “Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho” (Expediente N° 2016-2004-AA/TC del 5 de octubre de 2004). De este modo:

-
- (...) le compete al legislador establecer los mecanismos de acceso al sistema, el conjunto de prestaciones y los requisitos para acceder a los mismos, así como los esquemas de financiamiento de los sistemas de pensiones. Obviamente que al momento de configurar los sistemas de pensiones el legislador tiene como límites los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la seguridad social y al libre acceso a las prestaciones pensionarias, así como los principios de universalidad, solidaridad y progresividad (Expediente N.º 00007-2008-PI/TC del 30 de junio de 2010).
-

En este sentido, la labor del legislador y de los jueces es fundamental para asegurar que el proceso de desarrollo y aplicación del sistema nacional de seguridad social esté alineado con los principios contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos y las normas

⁴⁷ El Convenio núm. 102 de la OIT es el único tratado internacional con una visión sistémica de la seguridad social, y establece los principios comunes de organización, gestión y financiación de estos sistemas, incluyendo el principio de responsabilidad del Estado, financiación colectiva y sostenible, gestión participativa, los mecanismos de recurso y apelación, y la garantía de un nivel mínimo de protección suficiente.

internacionales del trabajo, así como aquellas que destacan de su sistema normativo nacional. El respeto de estos principios también trasciende a los poderes públicos y privados responsables por la aplicación de los sistemas de protección social. Como se observa en la jurisprudencia constitucional de El Salvador, los derechos sociales contienen principios rectores que actúan como derechos de configuración legislativa que son derivados directamente de la Constitución y que los poderes públicos o privados no pueden desconocer ni por acción ni por omisión. En tal sentido, se ha destacado que gozan de aplicabilidad plena por cualquier autoridad o particular, y que vinculan a ambas partes con independencia de que exista una ley que los desarrolle ⁴⁸.

Tal y como puede apreciarse en el cuadro I.2, la gran mayoría de las constituciones de América Latina establecen principios rectores específicos para los sistemas de seguridad social. Entre estos, la obligación del Estado de garantizar el derecho a la seguridad social y/o la salud es el más reconocido, seguido por el principio de universalidad, el de progresividad y, en menor grado, el de obligatoriedad. Sobre el principio de responsabilidad del Estado, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Recurso Extraordinario 581.352, estableció que *la ampliación y mejora de la atención a las mujeres embarazadas en los centros de maternidad estatales es un deber estatal derivado de una norma constitucional* ⁴⁹. Esta decisión se basó en la disposición contenida en el artículo 196 de la Constitución Federal de Brasil, según la cual: "La salud es un derecho de todos y un deber del Estado que ha de ser garantizado mediante la estructuración de políticas sociales y económicas destinadas a reducir el riesgo de padecer enfermedades y otras contingencias, así como el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación".

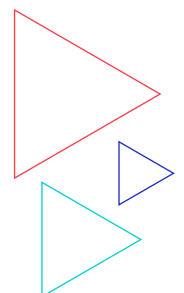
Además, puede señalarse que algunas constituciones, sobre todo las más contemporáneas, como las del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Ecuador (2008) y la República Bolivariana de Venezuela (1999), contienen un extenso catálogo, incluyendo la universalidad, solidaridad, progresividad, suficiencia, integración o integralidad y la gestión participativa.

Además de establecer principios propios a los sistemas de seguridad social, las constituciones de la región también determinan principios constitucionales estructurantes, formales, materiales o de general aplicación, como son el principio de la dignidad humana, de la igualdad y de no discriminación, y de seguridad jurídica, de proporcionalidad y no regresividad. De manera que estos principios deben ser tenidos en cuenta a la hora de configurar el diseño y la aplicación de los sistemas de seguridad social, toda vez que promueven el Estado de derecho y un enfoque basado en los derechos fundamentales. Por ejemplo, refiriéndose al principio de seguridad jurídica, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala estableció lo siguiente:

-
- (...) en un Estado Constitucional de Derecho, como el guatemalteco, se exige un marco jurídico estable que promueva el adecuado desarrollo de los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, y uno de los principios básicos para conseguir este objetivo es la seguridad jurídica. Así, el principio de seguridad jurídica, que consagra el artículo segundo de la Constitución, consiste en la confianza que tiene y debe tener el ciudadano, dentro de ese Estado Constitucional de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades, en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la Ley Fundamental. Entonces, para que exista seguridad jurídica, el marco legal debe ser confiable, estable y predecible, el cual debe regular el

48 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de inconstitucionalidad por omisión Ref. 8-2015/16-2015/89-2016. Sentencia: 10-11-2017. Para más información, consulte el capítulo IX de esta publicación: "La seguridad social en la Constitución salvadoreña".

49 Para más información, consulte el capítulo IV de esta publicación: "El derecho a la seguridad social en la Constitución brasileña de 1988".





contexto propicio para la toma de decisiones y el diálogo entre los actores sociales que en su ámbito de aplicación interactúan con base en los artículos 2º y 3º de la Constitución Política de la República de Guatemala ⁵⁰ (el subrayado es de los autores).

Asimismo, puede mencionarse que estos principios pueden ser complementados por aquellos reconocidos en el derecho internacional, sea a partir de la ratificación de instrumentos internacionales, incluyendo tratados en materia de derechos humanos y/o normas internacionales de seguridad social, por ejemplo, los convenios actualizados de la OIT en la materia ⁵¹, o a través de las denominadas “cláusulas interpretativas”, por medio de las cuales el texto constitucional remite al derecho internacional para la interpretación de los derechos y las garantías constitucionales.

Por ejemplo, en la Constitución de México no existe un catálogo de principios asociados expresamente al derecho a la seguridad social. Sin embargo, al ser la seguridad social un derecho humano protegido en las normas constitucionales y convencionales suscritas por México, en términos del artículo 1.º constitucional, las normas de seguridad social deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales y el principio pro persona. Además, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad ⁵².

De manera similar, aunque los principios de universalidad –subjetiva y objetiva–, solidaridad, integridad o suficiencia y uniformidad no están expresamente articulados en la actual Constitución chilena, estos principios han sido reconocidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Constitucional como principios rectores de la seguridad social ⁵³.

Asimismo, se ha señalado que, aunque el principio de universalidad no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución de la Nación Argentina, está recepcionado en el derecho interno a través del reconocimiento de los principios de derechos humanos referidos a la indivisibilidad, universalidad e interdependencia entre derechos civiles, políticos y los DESC ⁵⁴.

Cabe mencionar, que, en otros casos, como en Panamá, la Constitución no enuncia los principios de la seguridad social, que son desarrollados en la legislación ordinaria. Así, la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social de Panamá establece una docena de principios que deben regir la administración, planificación y control de las contingencias cubiertas por la Caja de Seguro Social. Estos son el principio de carácter público de la institución, de solidaridad, de universalidad, unidad, integralidad, equidad, obligatoriedad, participación, equilibrio financiero, subsidiaridad, eficiencia y transparencia (Ley 51/2005, art. 3).

50 Expedientes 2130-2005, 4346-2009 y 4459-2010, citados por la Corte de Constitucionalidad en el Expediente 4925-2019 (fecha de sentencia: 29/04/2020).

51 Los convenios actualizados de la OIT sobre la seguridad social comprenden: el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130), el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168), el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128), el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121), el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118), y el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157).

52 Así lo indican Héctor Orduña Sosa y Pablo Raúl García Reyes en el capítulo XII de este documento: “El derecho a la seguridad social en México. Una construcción progresiva”.

53 Véanse las sentencias del Supremo Tribunal Constitucional STC 790, c. 33, STC 1287, cc. 25 y 30, STC 2025 c. 41, STC 2275 c. 4.

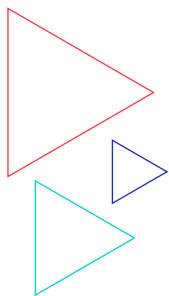
54 Así lo señala Laura Pautassi en el capítulo II de este documento: “La seguridad social en Argentina. Marco constitucional y alcance federal”.

► Cuadro I.2. Principios estructurales de la seguridad social reconocidos en las constituciones nacionales de América Latina

	AR	BOL	BR	CHI	COL	COS	ECU	ELS	GUA	HON	MEX	NIC	PAN	PAR	PER	RDO	URU	VEN
Responsabilidad del Estado	14 bis	45	194	19(18)	48 365	177	34 261(6) 367 368	44	100	142 143		59 61 98 105	113 115	95	10 11 87	8 60 61	44 46	19 84 85 86
Universalidad		45	194	19(18)	48	177	34 340 367		93 100	142	*		113		10	60	67	19 86
Obligatoriedad	14 bis		201	19(18)	48		34 367	50	100	143				95				
Progresividad		13			48	177	333 340			143 144	*	98 105	113	95	10	60		19
Solidaridad		45	194	*	48	74	34 340 367								*		67	86
Equidad		45	194				34 340											
Participación o gestión participativa	14 bis	45	194				34		100									86
Indexación de las prestaciones	14 bis		201		48 53													67
Integralidad y/o interdependencia	14 bis	45	194	*			367			142	*	61 82 (7)	113	95		57		86
Interculturalidad		45					340											
Irrenunciabilidad o irreductibilidad de prestaciones	14 bis	48 (IV)	194		48	74	34 371	52	106					86				19
Oportunidad, celeridad o inmediatez		45					368											
Uniformidad o equivalencia de prestaciones			194	19(18)														
Unidad - unidad de gestión		45		*					100	142								86
Autonomía financiera instituciones	14 bis					73	370 372		100				113				195	
Eficacia y/o eficiencia		45			48		34 368	50										86
No privatización		45					367											84
Suficiencia o garantía de prestaciones mínimas			201				34 367										67	80
Subsidiariedad							34 367											
Transparencia							34 368											
Sostenibilidad financiera			201			177	368 369						303		Disp. final y trans., 2da			
Otros principios relativos a la financiación (por ej., intangibilidad de los fondos de la seguridad social)		45	194 195		48	73	369 371 372	50	100	143				95	12		67	86

Nota: * Principios no reconocidos expresamente en el articulado de la Constitución Nacional, pero reconocidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Constitucional (Chile) o aplicables en virtud de las normas constitucionales y convencionales suscritas (México).

Fuente: Adaptado de *La Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas*. Madrid: Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), 2018: 43.



4. La aplicación y el impacto del compromiso constitucional con la seguridad social

Si bien las disposiciones en materia de seguridad social se desarrollan de manera detallada en la legislación ordinaria de cada país, en lugar de las constituciones, las disposiciones constitucionales pueden ofrecer varias ventajas (Sprague, Raub y Heymann 2020). Para empezar, según el principio de la jerarquía de las normas, las disposiciones constitucionales se sitúan en la parte superior de la pirámide de los actos jurídicos, por lo que las normas secundarias, al encontrarse en los peldaños inferiores de la jerarquía, están sujetas al imperio normativo constitucional.

Además, las constituciones son la carta magna o ley fundamental de la organización de un Estado, que reflejan sus valores y compromisos y contienen normas taxativas de orden público e interés social que deben ser observadas y respetadas por todos los habitantes de un país (Ruiz Moreno 2014). De este modo, las constituciones desempeñan un papel importante en las definiciones de las normas y expectativas en cuanto a la responsabilidad del Gobierno hacia sus ciudadanos, por lo tanto, tienen un impacto en el desarrollo de las políticas de protección social y del compromiso del Estado.

Por ejemplo, un estudio de 2016 que analizó las disposiciones constitucionales de 68 países encontró una conexión positiva entre el grado de compromiso con la seguridad social en la Constitución Nacional y la extensión y cobertura de las leyes de seguridad social⁵⁵. En concreto, los países con tendencia a imponer obligaciones a los poderes Ejecutivo y Legislativo relativas al derecho de la seguridad social, en lugar de declaraciones generales o compromisos difusos, tendrían un impacto positivo en la extensión y cobertura de estos derechos, medido a través del porcentaje del gasto real en transferencias con respecto al producto interno bruto, cobertura, tasa de reemplazo global en relación a las ganancias y la tasa de reemplazo de las pensiones. Estos hallazgos sugieren que, más allá de que el derecho a la seguridad social se enuncie en las constituciones, la forma en que se recogen tales garantías tiene un impacto en la materialización y el goce efectivo de este derecho. Por lo tanto, puede inferirse que el hacer referencia a los principios rectores en las disposiciones constitucionales sobre el derecho a la seguridad social repercute en las políticas de protección social, en la justiciabilidad de este derecho y en su realización efectiva.

Al respecto, el siguiente recuadro presenta algunos extractos de desarrollos jurisprudenciales en Costa Rica y Guatemala que muestran cómo los máximos tribunales encargados de la interpretación y defensa de estas constituciones nacionales han aplicado los principios de proporcionalidad, razonabilidad y no regresividad como parámetro para analizar la constitucionalidad de leyes y reformas en materia de seguridad social.

55 Para más información, consulte: Avi Ben-Bassat y Momi Dahan, "Constitutional Commitment to Social Security and Welfare Policy", *Review of Law and Economics* 12 (1) (2016): 165.

► **Recuadro 2. Selección de desarrollos jurisprudenciales sobre los principios de aplicación general y el derecho a la seguridad social**

- Con respecto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la **Corte de Constitucionalidad de Guatemala** ha sostenido que

- (...) en determinado momento histórico, las dificultades financieras que el Estado enfrente pueden dar lugar a establecer medidas que disminuyan una protección alcanzada a un derecho social, lo cual debe ser racional y proporcional al fin que se pretende alcanzar. Ante tales circunstancias, para que un retroceso pueda ser constitucionalmente justificable y no resultar discriminatorio, la regulación debe atender a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Por virtud del principio de razonabilidad, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso y relevante que justifique una intervención en el seno de los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad implica analizar la idoneidad del medio empleado, la necesidad y ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto). De esa cuenta, para el caso del derecho a la seguridad social, los factores que se deben considerar son: a) la medida adoptada busca satisfacer un fin constitucional; b) resulta ser válida para lograr la finalidad perseguida; c) fueron evaluadas las distintas alternativas y esa medida es necesaria para alcanzar el fin propuesto; d) no afecta el contenido esencial del derecho fundamental comprometido; y e) el beneficio que alcanza es proporcional al costo que previene⁵⁶.

Adicionalmente, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que el principio de no regresividad “constituye una limitación constitucional a la regulación de los derechos fundamentales que veda a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel alcanzado por los derechos sociales y de las prestaciones de que goza la población, más aún si se encuentran en situaciones de vulnerabilidad extrema, precariedad o exclusión social”. Además, la Corte ha explicado que “los derechos sociales constituyen condiciones mínimas de asistencia e inclusión social para los grupos vulnerables que se benefician con las prestaciones continuas que brindan los programas que tiene a su cargo la autoridad impugnada, derivados del deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, para su satisfacción (...)”⁵⁷.

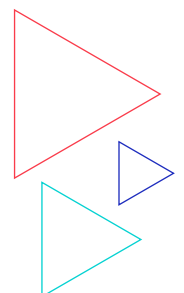
- De manera similar, la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica** ha establecido que “(...) cuando de restricción de determinados derechos fundamentales se trata, el principio de proporcionalidad impone el deber que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad. Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional (...)”⁵⁸. Además, la Sala ha aplicado los principios de razonabilidad y proporcionalidad, consagrados en la Constitución, para asegurar el derecho a la jubilación sin condición de conducta del titular, siendo esta independiente a la consolidación del derecho adquirido⁵⁹.

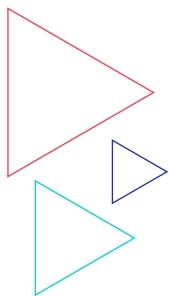
56 Corte de Constitucionalidad. Expediente 2085-2015 (fecha de sentencia: 27/1/2016)

57 Corte de Constitucionalidad. Expediente 3057-2018 (fecha de sentencia: 16/5/2019) y Expediente 2085-2015 (fecha de sentencia: 27/1/2016).

58 Sala Constitucional. Resolución N° 19030 del 14 de noviembre del 2018.

59 Para más información, consulte el capítulo VII de esta publicación: “Del derecho a la seguridad social al concepto de justicia social en la Constitución Política de Costa Rica”.





Asimismo, dado que las constituciones son, en principio, difíciles de enmendar, las disposiciones constitucionales pueden proporcionar una protección especialmente poderosa y duradera de los derechos fundamentales. Por supuesto, no puede ignorarse que, comparativamente, la región de América Latina exhibe una tasa bastante elevada de reformas constitucionales, que sin duda refleja considerables transformaciones en el contexto político, económico y social de cada país, incluyendo tanto la transición entre regímenes autoritarios y dictatoriales a sistemas de gobiernos democráticos en la segunda mitad del siglo XX, así como importantes cambios económicos caracterizados por la adopción de modelos económicos que priorizaban el libre mercado y la apertura económica, sobre todo en los años noventa. Así, en un contexto marcado por crisis económicas, austeridad fiscal y demandas sociales insatisfechas, un número importante de países de la región ha experimentado cambios sociopolíticos que sin duda han impactado en el constitucionalismo latinoamericano. Cada una de las constituciones de la región ha sido enmendada por lo menos una vez desde 1992, la mitad de ellas desde 2010 (Jung, Hirschl y Rosevear 2014).

Naturalmente, la construcción de los sistemas nacionales de seguridad social y la aplicación de las disposiciones constitucionales en particular dependen también de otros factores. Se pueden mencionar la posición política del partido en poder, la opinión pública sobre este tema, eventos exógenos como pandemias o crisis económicas, realidades fiscales, así como el rol de los mecanismos judiciales y, sobre todo, de las cortes responsables de asegurar el respeto de la constitución.

Como se verá en los apartados siguientes, el Poder Judicial ha desempeñado un papel preponderante en la defensa, ampliación y realización del derecho a la seguridad social en la región, no solo a través del control de constitucionalidad difuso y el concentrado (a cargo únicamente de los tribunales y cortes constitucionales), sino también a partir de su labor interpretativa. De hecho, tal y como se analiza en los diferentes artículos incluidos en esta publicación, la acción interpretativa de los tribunales constitucionales nacionales ha sido fundamental en la operacionalización de declaraciones generales, principios programáticos o disposiciones redactadas de manera abstracta e indeterminada en derechos exigibles.

Asimismo, se destaca la importancia de los mecanismos judiciales para garantizar la vigencia material de los DESC. Como veremos, al permitir que los titulares de derechos puedan reclamar la protección y aplicación de sus derechos constitucionales vulnerados, amenazados o restringidos por una acción u omisión de las autoridades públicas, en la mayoría de los países de la región el recurso de amparo ha sido determinante para reivindicar los derechos de las personas a la seguridad social y la salud.

4.1 La justiciabilidad del derecho a la seguridad social

La justiciabilidad de un derecho se valora en la medida en la que este es susceptible de ser resuelto en un procedimiento judicial, si es un derecho exigible por el individuo y si se refiere a obligaciones suficientemente específicas por parte de los Estados (Mapulanga-Hulston 2022).

La realización efectiva de los derechos constitucionales, incluyendo el derecho a la seguridad social, la protección de la salud y la asistencia social, no solo depende del reconocimiento expreso de tales garantías en la constitución, sino también de la existencia de mecanismos que permitan hacerlos exigibles. Dicho de otro modo: podemos identificar la justiciabilidad del derecho a la seguridad social considerando su aplicación en derecho y la manera en que es ejecutable ante los tribunales nacionales y susceptible de recurso judicial.

El análisis realizado en los artículos de país contenidos en este estudio global demuestra el rol central de los tribunales en la configuración de políticas de la región, sobre todo en la era posttransición, tanto en la esfera política (por ejemplo, en relación con los poderes ejecutivos) como económica y social (por ejemplo, permitir el divorcio y el aborto). Esto ha sido sin duda

el resultado de un aumento de las demandas sociales sobre una mayor rendición de cuentas, así como de un reconocimiento global del papel del constitucionalismo para avanzar en los derechos humanos y tener una mayor independencia y reconocimiento de los jueces en esta función (Helmke y Ríos-Figueroa 2011).

Al respecto, puede mencionarse el caso de Colombia, donde la constitucionalización del derecho ha tenido importantes efectos jurisprudenciales, doctrinarios y prácticos (véase el recuadro 3). De hecho, se ha destacado que el método en el que opera el derecho constitucional colombiano en sede judicial pasa del activismo judicialmente ensimismado a uno más en sintonía con las perspectivas constitucionales de otros actores, incluyendo del derecho internacional (García Jaramillo 2017).

► **Recuadro 3. Sobre la importancia de la exigibilidad judicial del derecho a la seguridad social**

Extracto de la sentencia de la **Corte Suprema de Justicia de Colombia** (SL8544-2016):

► (...) la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa.

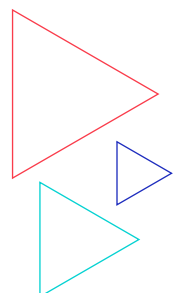
(...)

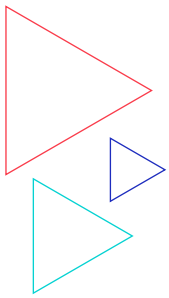
► Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habilita a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho.

Entre las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales observadas en el constitucionalismo latinoamericano, los artículos nacionales contenidos en este estudio global destacan la importancia del control de constitucionalidad (difuso y concentrado) para enjuiciar la conformidad de las leyes con los preceptos constitucionales y la acción de amparo. Mecanismos de justicia constitucional que, junto con los recursos disponibles en la vía administrativa y los mecanismos judiciales de la jurisdicción ordinaria, han sido imprescindibles para garantizar una protección real de los derechos constitucionales, incluyendo los derechos a la seguridad social y la salud.

4.2 El control constitucional de las leyes relativas a los derechos sociales

La mayoría de las constituciones consideradas en este estudio consagran la figura del control de constitucionalidad de las leyes, mediante la cual, en virtud de la jerarquía normativa, las normas de tipo legal pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional cuando se encuentren en contradicción con la Constitución. Este mecanismo remonta a las prácticas de las colonias inglesas en América con base en el modelo norteamericano, donde se puede acudir a todo tribunal, sin importar su jerarquía, y la cuestión se resuelve en forma incidental y prejudicial





y la decisión solo afecta a las partes litigantes (Garro 1989). De allí fue adoptado por la gran mayoría de países en la región, aunque, en algunos casos, reformas constitucionales integraron el modelo austriaco del control de constitucionalidad, que se apoya en un tribunal especializado y cuya decisión tiene efecto de declaración de inconstitucionalidad general y futura (Garro 1989). Así, con el tiempo, se ha desarrollado un sistema de control de constitucionalidad mixto, en el cual se observan características de ambos sistemas.

El primero de los mecanismos de control de constitucionalidad es el control difuso, que es atribuido a los jueces ordinarios, quienes deben realizar una interpretación de las normas infraconstitucionales favorable a los derechos constitucionales y las normas y los principios del derecho internacional incorporadas en el derecho interno. Así pues, el control de constitucionalidad difuso, también llamado “control descentralizado”, permite que todos los jueces y tribunales ordinarios omitan o invaliden la aplicación de una norma nacional o parte de ella en un caso concreto. El segundo mecanismo, el control concentrado, es ejercido por el máximo órgano de control e interpretación constitucional, que tiene competencia exclusiva para determinar la inconstitucionalidad de las leyes, por razón de forma o de contenido. Tal y como se describe en los artículos nacionales, se observan sistemas de justicia constitucional mixtos en un número importante de países de la región, incluyendo Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y la República Bolivariana de Venezuela.

A diferencia del control difuso, el control de constitucionalidad concentrado resulta en una revisión completa de las disposiciones legales impugnadas para determinar si contravienen los preceptos constitucionales, en cuyo caso serán privadas de todos sus efectos jurídicos. Por lo tanto, la declaratoria de inconstitucionalidad resulta en la derogación de la norma infraconstitucional (es decir, un efecto *erga omnes*).

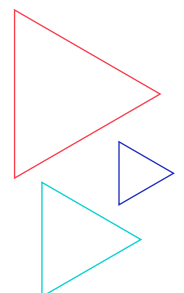
Por lo tanto, en la práctica, el control de constitucionalidad requiere una fuerte aplicación del principio de separación de poderes y un alto nivel de confianza en los tribunales encargados de salvaguardar e interpretar la Constitución, de manera que estos puedan ejercer el control necesario sobre los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Esto permite consagrar los principios democráticos y garantizar la coherencia de la legislación ordinaria con los valores, principios y derechos reconocidos en las constituciones nacionales. Por ello, la implementación de este mecanismo presenta dificultades en contextos de regímenes autoritarios y democracias frágiles, como aquellas de América Latina, donde el Poder Judicial ha cumplido tradicionalmente un papel modesto comparado con el órgano ejecutivo (Garro 1989).

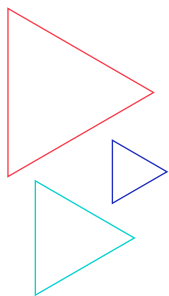
La acción de inconstitucionalidad ha sido utilizada ampliamente en la región de América Latina para solicitar la revisión y expulsión del ordenamiento jurídico nacional de leyes y disposiciones infraconstitucionales relativas al derecho a la seguridad social y la salud, por considerarlas contrarias a la Constitución, discriminatorias o incompatibles con las garantías y los principios constitucionales con el resultado de impedir la restricción de tales derechos (véase el recuadro 4).

► **Recuadro 4. La declaración de inconstitucionalidad y el derecho a la seguridad social**

- En la Sentencia STC 1,273, que llevó a la declaratoria de inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, el **Tribunal Constitucional chileno** estableció que
 - se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de sus beneficiarios, toda vez que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural. La circunstancia expuesta hace que la existencia misma de los reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social, constitucionalmente asegurado en el número 18° del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental, precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho.
- En junio de 2020, la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica** declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad presentada a partir de una omisión en la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República del Ejercicio Económico del 2018, N° 9514, por no incluir la respectiva partida presupuestaria correspondiente al incremento de la contribución del Estado, aprobada por la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social en el 2016, para financiar las pensiones mínimas del régimen de invalidez, vejez y muerte. Con el fin de “evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales, se dimensionan los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, para que las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, en coordinación con las del Ministerio de Hacienda, establezcan de inmediato un mecanismo para el reintegro de la citada cuota, la que se deberá cancelar en un plazo máximo de cinco años, contados a partir de la notificación de esta resolución”.
- En la sentencia N° 1024-19-JP/21 del 1.º de septiembre de 2021, la **Corte Constitucional del Ecuador** declaró la inconstitucionalidad de la condición contenida en el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social de 2001, que condicionaba el reconocimiento de las pensiones de orfandad, viudedad y de invalidez, así como las prestaciones de atención en salud derivadas de accidentes de trabajo a la efectivización del cobro de la responsabilidad patronal. Así, la Corte determinó que las prestaciones deben concederse inmediatamente siempre que se cumplan las condiciones para su otorgamiento y aun cuando no se haga efectiva la responsabilidad patronal⁶⁰.
- En México, la **Suprema Corte de Justicia de la Nación** declaró la inconstitucionalidad de artículo 152 de la Ley del Seguro Social, que excluía al concubinario hombre del derecho a obtener la pensión por viudez, señalando que la normativa violaba los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y a la seguridad social.

60 Véase el capítulo VIII de esta publicación: “El derecho a la seguridad social y el principio de justicia social en la Constitución ecuatoriana”.





- La sentencia sobre acción de inconstitucionalidad de 28 de mayo de la **Corte Suprema de Justicia de Panamá** declaró inconstitucional el último párrafo del numeral 1 del artículo 138 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, que regulaba el derecho a ser beneficiario de la Caja de Seguro Social a las esposas y convivientes de los asegurados hombres, pero no a los esposos y convivientes de sexo masculino, lo cual suponía un trato desigual y violatorio del derecho a la igualdad y al trato no discriminatorio. De manera similar, en la sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 112-2012 promulgada el 10 de agosto de 2015, la **Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador** declaró la inconstitucionalidad del art. 60 No. 1 de la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, que disponía que para que el viudo de sexo masculino pudiera gozar de pensión al fallecer su cónyuge o conviviente, debía demostrar su estado de invalidez y su dependencia económica de la causante, condiciones que no se exigían a la viuda mujer. Por lo tanto, al ser violatoria del principio de igualdad, la disposición en cuestión fue expulsada del ordenamiento jurídico salvadoreño.

De lo anterior se desprende que la aplicación juiciosa del control de constitucionalidad concentrado a la luz de los preceptos constitucionales y los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad de cada país ha evitado la transgresión del derecho a la seguridad social en varios países de la región. Esto se evidencia, por ejemplo, en sentencias de los tribunales que han declarado la inconstitucionalidad de requisitos que limitaban el acceso a las prestaciones de viudez a las cónyuges mujeres y la consecuente ampliación del campo de aplicación de estas prestaciones a los viudos, concubinos o compañeros permanentes en virtud de los principios de igualdad y no discriminación, en El Salvador, México⁶¹ y Panamá. Asimismo, los tribunales constitucionales han tenido un rol determinante en garantizar el derecho a la seguridad social, incluyendo las prestaciones de sobrevivientes y la afiliación y cobertura de la asistencia médica a personas en relaciones de pareja del mismo sexo⁶².

4.3 El recurso de amparo, protección o tutela

El recurso de amparo ha tenido un rol clave en la realización de derechos humanos en los países de la región. El procedimiento tiene su origen en la Constitución de México de 1857, y de allí se extendió a todas las constituciones nacionales de la región, que consagran mecanismos expeditos y preferentes para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a las injerencias del Estado o de otros individuos. El amparo fue introducido en la segunda mitad del siglo XIX en las constituciones de Guatemala (1879), El Salvador (1886) y Honduras (1894); y durante el siglo XX, en las constituciones de Nicaragua (1911), Brasil (“mandado de segurança”, 1934), Panamá (1941), Costa Rica (1946), Venezuela (1961), Bolivia, Paraguay, Ecuador (1967), Perú (1976), Chile (recurso de protección, 1976) y Colombia (acción de tutela, 1991) (Brewer-Carías 2009). En Argentina y República Dominicana fue reconocido por primera vez por una decisión de la Corte en 1957 y 2000, respectivamente (Brewer-Carías 2009). Salvo en la República Dominicana, las disposiciones relativas a la acción están expresamente establecidas en las constituciones; y en todos los países, excepto Chile, el procedimiento ha sido objeto de regulación por la legislación ordinaria (Brewer-Carías 2009).

61 Para más información, consulte el capítulo XII de esta publicación: “El derecho a la seguridad social en México. Una construcción progresiva”.

62 Es el caso, por ejemplo, en Colombia, Costa Rica, México, Nicaragua y Panamá.

Esta figura aparece en la mayoría de las constituciones de la región bajo la denominación “acción de amparo”⁶³, mientras que en Colombia y Ecuador son denominadas “acción de tutela” y “acción de protección”, respectivamente.

A través del recurso de amparo, las constituciones otorgan una garantía judicial al cumplimiento de los derechos establecidos en las constituciones a través de un remedio específico y diferente a los procedimientos del derecho civil (Brewer-Carías 2009). Asimismo, la esencia y la consolidación de la acción de amparo en la región encuentran sus raíces en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual estableció el derecho a toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (Brewer-Carías 2009). De esta manera, si bien este remedio luego se estableció en Europa en el siglo XX, hoy en día se considera un elemento distintivo del derecho constitucional latinoamericano.

Por lo general, estos recursos judiciales son excepcionales y subsidiarios, es decir, complementarios a los recursos existentes en la jurisdicción ordinaria de cada país. Sin embargo, por sus características –procedimientos preferentes, sumarios, gratuitos y no sujetos a formalidades, etc.– estos mecanismos se han convertido en una vía habitual para solicitar la garantía, reparación y restauración de derechos reconocidos en las constituciones nacionales en la región. Es así como, a partir de una revisión de la jurisprudencia, los artículos nacionales contenidos en esta publicación demuestran el papel protagónico de la justicia constitucional de la mayoría de los países de la región, incluyendo Brasil, Colombia, Ecuador, México y Perú, en la protección inmediata del derecho a la seguridad social, la dignidad humana y la salud cuando estos se encuentran amenazados, restringidos o lesionados por la acción u omisión de autoridades administrativas y judiciales.

No obstante, pueden observarse algunas diferencias y particularidades en la forma en que la acción de amparo, tutela o protección se ha concebido en cada país. En ciertos países, incluyendo Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Panamá, se especifica que este recurso únicamente procede en contra de los actos o de las omisiones de las autoridades o servidores públicos que amenacen, lesionen o restrinjan los derechos constitucionales⁶⁴. Además, la procedencia de la acción de amparo en contra de los actos o de las omisiones –tanto de las autoridades públicas como de los particulares– ha sido reconocida explícitamente por las constituciones de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Chile, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela⁶⁵. En Costa Rica, Nicaragua, República Dominicana, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela⁶⁶, la acción de amparo contra individuos está prevista en las leyes especiales que regulan este mecanismo, y en el caso de Chile ha sido aceptado por una decisión de las cortes (Brewer-Carías 2009).

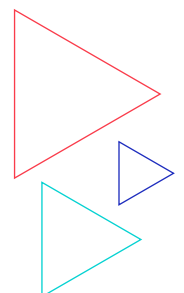
Similarmente, en casi todos los países latinoamericanos, la competencia en materia de amparo corresponde en términos generales a todos los tribunales de primera instancia, exceptuando los casos en que la competencia se asigna a un solo tribunal. Esto sucede en Costa Rica, El Salvador

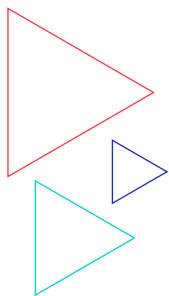
63 Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela.

64 Constitución de Brasil, art. 5, LXIX; ley de procedimientos constitucionales de El Salvador, art. 12; Constitución de Guatemala, art. 265; Constitución de México, arts. 103 y 107; Constitución de Panamá, art. 50.

65 Constitución de Argentina, art. 43; Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 128 y 129, Constitución de Paraguay, art. 134; Constitución de Perú, art. 200(2).

66 Costa Rica, Ley de la Jurisdicción Constitucional, art. 57; Nicaragua, Ley de Justicia Constitucional, art. 44; República Dominicana, orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales, art. 1; Uruguay Ley N° 16011 de 1985, art. 1; República Bolivariana de Venezuela, Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, art. 2.





y Nicaragua, países en los que las Salas de lo Constitucional de las Cortes Supremas son el único tribunal con competencia exclusiva para decidir sobre los casos de amparo (Brewer-Carías 2009).

Es importante señalar que, a diferencia del control constitucional, el recurso de amparo es *inter partes*, es decir, que la decisión tiene un impacto únicamente sobre el demandante, por lo que una resolución de amparo no impide que se sigan aplicando leyes que vulneran derechos constitucionales. En un principio, la acción de amparo no podía utilizarse sino para proteger ciertos derechos constitucionales, limitándose en algunos casos a los derechos fundamentales; sin embargo, hoy en día, la acción de amparo se utiliza en un número importante de países de la región para proteger todos los derechos constitucionalmente reconocidos, incluyendo los derechos económicos y sociales, entre otras cosas, mediante la interpretación constitucional y el principio de interconectividad (Brewer-Carías 2009). Es, por ejemplo, el caso de Chile, donde, frente a situaciones en principio no tuteladas, como la salud, la educación y la seguridad social, los tribunales superiores de justicia han recurrido a otros derechos fundamentales, como la propiedad o la igualdad ante la ley, para otorgar el debido amparo en estos casos difíciles (Navarro 2012, 641) ⁶⁷. Una situación similar se observa en Colombia, donde la Corte Constitucional utilizó el criterio de “conexidad” para proteger la salud como derecho público y derecho prestacional en virtud de su vinculación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida ⁶⁸. No obstante, la concepción temprana del derecho a la salud como un derecho económico, social y cultural, fundamental por su conexidad, fue evolucionando progresivamente en la jurisprudencia de la Corte, hasta que se reconoció como un derecho fundamental autónomo ⁶⁹.

Si bien la regulación formal del amparo es importante, no es suficiente para asegurar la eficacia de dicho recurso, la cual depende en gran parte del Poder Judicial, que tiene el deber de asegurar su aplicación y sobre todo su eficacia, independencia y autonomía (Brewer-Carías 2009).

En cuanto a la aplicación del derecho de seguridad social, el presente estudio muestra que, en la gran mayoría de países de la región, la acción de amparo ha sido fundamental para proteger el derecho a la seguridad social, la salud y la vida digna con base en los principios de igualdad del trato y no discriminación, incluyendo la igualdad entre hombres y mujeres, permitiendo la revisión y eliminación progresiva de perspectivas tradicionales machistas (Morgan 1999), estereotipos y roles de género explícitos o implícitos contenidos en algunos ordenamientos nacionales. También ha servido para mejorar la suficiencia de las prestaciones, la extensión de la cobertura, el acceso efectivo al derecho de seguridad social, reforzar el principio de solidaridad y asegurar una mayor justicia social (véase el recuadro 5).

⁶⁷ Véase también Luis Lizama Portal en el capítulo V de este documento: “El derecho a la seguridad social en Chile”.

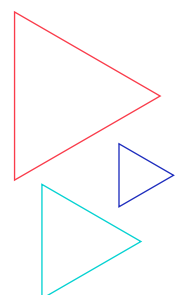
⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992.

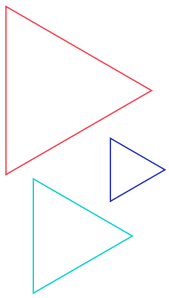
⁶⁹ En la Sentencia T361 de 2014, la Corte Constitucional de Colombia declaró que “El derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado (...)”.

► **Recuadro 5. Ejemplos sobre acciones de amparo que han resultado en resoluciones a favor del actor de la demanda de amparo**

- En 2006, en el emblemático caso conocido como “Badaro”, la **Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina** determinó que se había afectado la garantía constitucional de movilidad jubilatoria prevista por el artículo 14 bis de la Constitución, por lo que ordenó que se reajustara la jubilación del reclamante. Además, la Corte reafirmó las obligaciones que le competen al Congreso y al Poder Ejecutivo en torno al régimen previsional, y exhortó a los otros dos poderes del Estado a que en un plazo razonable adoptaran las medidas conducentes para actualizar las jubilaciones. En 2007, ante el incumplimiento de lo establecido en el fallo por parte del Estado, la Corte reexaminó el expediente y a través de una nueva sentencia -“Badaro II”- declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2, de la Ley 24.463. Además, la Corte señaló que “los beneficios jubilatorios, que desde su determinación inicial se han vinculado con un promedio de salarios devengados, deben ajustarse de modo de dar adecuada satisfacción a su carácter sustitutivo” (considerando 21).
- La sentencia de Amparo N° 0120-2015 de la **Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras** estableció que la suspensión del beneficio por jubilación de un grupo de personas se había hecho de manera injustificada, y se ordenó su reanudación.
- La **Suprema Corte de Justicia de la Nación de México** resolvió en el caso de amparo 485/2013 sobre la igualdad de inscripción de las parejas del mismo sexo al Instituto Mexicano del Seguro Social, en cumplimiento con el principio de no discriminación y a la seguridad social. Adicionalmente, puede destacarse que, a través del amparo directo 9/2018, el máximo tribunal mexicano declaró la inconstitucionalidad del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, que excluía a los trabajadores domésticos del aseguramiento del régimen obligatorio de la seguridad social, disposición que, al no atender una diferenciación objetiva y razonable, se estimó discriminatoria y violatoria al derecho humano a la seguridad social en condiciones de igualdad.
- La **Corte Suprema de Justicia de Paraguay** reconoció en su sentencia N° 474, 2010, con base en el derecho constitucional a la salud y a la vida, el derecho de la demandante a acceder a un tratamiento médico que se le había negado.

De lo anterior se desprende que, pese al carácter subsidiario e *inter partes* de las acciones de amparo, tutela o protección, estos mecanismos han sido claves en América Latina para que las personas puedan acceder efectivamente al ejercicio y disfrute de sus derechos constitucionales, incluyendo el derecho a la seguridad social y la salud, tanto de forma preventiva (asegurando su vigencia y respeto ante la amenaza de violación) como de manera restauradora. Además, la revisión de la jurisprudencia nacional y el análisis de los artículos de país incluidos en este estudio global permiten concluir que la mayoría de los tribunales constitucionales de la región conciben los derechos económicos y sociales en general, y el derecho a la seguridad social y la salud en particular, como derechos justiciables y exigibles frente a los tribunales de justicia, sea de manera autónoma o de manera indirecta, es decir, a partir de la tutela conexas o por incorporación.





5. Conclusiones

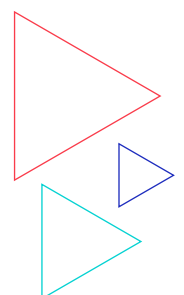
América Latina ha tenido una trayectoria singular en materia de derechos constitucionales. La amplitud con que se desarrollan los derechos económicos, sociales y culturales en general y el derecho a la seguridad social en particular en las constituciones nacionales es única en comparación con lo observado en otras regiones. Asimismo, se destaca la alta actividad constitucional en la región, reflejada en un número importante de enmiendas constitucionales en la mayoría de los países y en la adopción de nuevas constituciones en los últimos veinte años. Sin duda, esta actividad constitucional ha estado ligada a profundas transformaciones sociales, políticas y culturales, en especial durante el siglo XX, que han resultado en un amplio reconocimiento de los derechos humanos. Así, en la actualidad la región se destaca por tener algunos de los textos constitucionales más avanzados y detallados en materia de seguridad social, derecho que –valga la pena recordar– está explícitamente protegido en todas las constituciones de los países incluidos en esta publicación. En general, la consagración de este derecho a nivel constitucional va acompañada de disposiciones muy específicas sobre su contenido mínimo, sea con referencia a los elementos que debe abarcar, es decir, las contingencias o eventualidades que deben ser cubiertas por los sistemas de seguridad social, o a los principios que deben guiar su diseño y aplicación, entre los que se destaca el principio de responsabilidad general del Estado, reconocido en las 18 constituciones nacionales incluidas en este estudio. Además de la responsabilidad del Estado en la dirección, administración, supervisión o extensión del derecho a la seguridad social, buena parte de las constituciones enmarcan el derecho a la seguridad social a la luz de los principios de universalidad, progresividad, solidaridad e irrenunciabilidad.

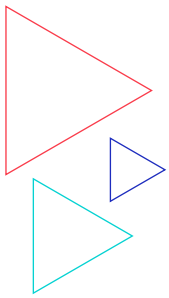
Además, el constitucionalismo latinoamericano se destaca por la ampliación de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales. Así, la aplicación del derecho fundamental a la seguridad social se ha configurado a través de mecanismos constitucionales singulares (como el recurso de amparo o la acción de protección) y la acción de inconstitucionalidad, que han hecho posible garantizar la vigencia material de este derecho. Al permitir a los particulares interponer recursos contra las violaciones, amenazas o restricciones de derechos constitucionales que resulten de una acción u omisión de las autoridades públicas, funcionarios u organismos gubernamentales, el recurso de amparo ha sido determinante para garantizar el derecho a la seguridad social y la salud en la mayoría de los países de la región. Esto ha dado así efecto directo y aplicabilidad del derecho constitucional a la seguridad social en el orden nacional. En última instancia, los órganos de control nacionales han desempeñado un papel determinante en la configuración de los contornos de los derechos constitucionales nacionales, entre ellos, el derecho a la seguridad social, gracias al alcance que les otorga la Constitución y a las destilaciones que se han hecho a través de la aplicación de los principios que conforman las bases del Estado social de derecho. Con ello, el derecho a la seguridad social en América Latina se ha mantenido y desarrollado, en gran medida, en consonancia con los tratados internacionales de derechos humanos y de seguridad social, muchos de los cuales, a través de su ratificación, integran los marcos normativos nacionales.

Estamos atravesando un momento de la historia humana en el que nuestras vidas están cambiando a un ritmo más acelerado que en cualquier otro periodo anterior debido a las rápidas transformaciones tecnológicas y las presiones ambientales, demográficas y de otro tipo, y en el que queda por ver cómo los nuevos fenómenos, incluyendo la inteligencia artificial, impactarán en nuestras vidas y derechos fundamentales. Así, las constituciones, situadas en la cima de la jerarquía jurídica e instrumentos jurídicos destinados a acompañar el camino de las naciones a través del tiempo, están llamadas a enfrentar estos desafíos para garantizar la inmutabilidad de los derechos humanos y en particular el derecho humano a la seguridad social.

6. Bibliografía

- Acosta Alvarado, Paola Andrea. 2016. "[Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno](#)". *Estudios Constitucionales* 1.
- Antoniazzi, Mariela Morales. 2017. "Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina". En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*.
- Ben-Bassat, Avi y Momi Dahan. 2016. "Constitutional commitment to social security and welfare policy". *Review of Law and Economics* 12 (1).
- Brewer-Carías, Allan R. 2009. "The Latin American Amparo Proceeding and the Writ of Amparo in the Philippines". *City University of Hong Kong Law Review* 1, 73-90.
- Carozza, Pablo. 2003. "From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights". *Human Rights Quarterly* 25.
- García Jaramillo, Leonardo. 2017. "Desafíos de la Interamericanización del derecho: la contribución del Ius Constitutionale Commune". *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*.
- Garro, Alejandro M. 1989. "Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: lecciones del derecho comparado". *University of Miami Inter-American Law Review* 20 (2), 473-512.
- Helmke, Gretchen y Julio Ríos-Figueroa, eds. 2011. *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Jung, Courtney, Ran Hirschl y Evan Rosevear. 2014. "Economic and Social Rights in National Constitutions". *The American Journal of Comparative Law* (62) 4, 1043-1094.
- Mapulanga-Hulston, Jackbeth K. 2022. "[Examining the justiciability of economic, social and cultural rights](#)". *The International Journal of Human Rights* 6 (4), 29-48.
- Markov, Kroum. 2013. "Le droit international à la sécurité sociale". En *Droit international social, Droits économiques, sociaux et culturels*. Bruselas: Bruylant.
- Markov, Kroum y Maya Stern Plaza. De próxima publicación. *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*.
- Miranda Bonilla, H. 2017. La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional de Costa Rica. *Revista Judicial* 120.
- Morgan, Martha I. 1999. "Taking machismo to court: the gender jurisprudence of the Colombian constitutional court". *University of Miami Inter-American Law Review* 30 (2), 253-342.
- Navarro, Enrique. 2012. "35 años del recurso de protección: notas sobre su alcance y regulación normativa". *Estudios Constitucionales* 10 (2).
- OIT. 1984. *Introducción a la seguridad social*. Ginebra.
- . 2011. *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ginebra, 234-293.
- . 2021. *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*. Ginebra.
- Pennings, Frans y Gijsbert Vonk, eds. 2015. "A missing link in the international social security normative architecture?". *Research Handbook on European Social Security Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing,





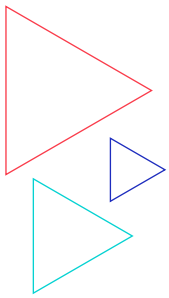
Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. 2014. "La constitucionalización del derecho humano a la seguridad social en Latinoamérica". *Revista Latinoamericana de Derecho Social* 19.

Sprague, Aleta, Amy Raub y Jody Heymann. 2020. "Providing a foundation for decent work and adequate income during health and economic crises: constitutional approaches in 193 countries". *The International Journal of Sociology and social Policy* 40 (9/10).

Villabella Armengol, Carlos Manuel. 2017. "El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 149.

▶ II. La seguridad social en Argentina

**Marco constitucional
y alcance federal**



II. La seguridad social en Argentina. Marco constitucional y alcance federal

Laura C. Pautassi¹

Resumen

La República Argentina ha reconocido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional el derecho a la seguridad social, en el marco de un sistema federal de gobierno conformado por veinticuatro provincias. El presente artículo analiza, desde un enfoque de derechos humanos, la conceptualización del derecho a la seguridad social y su reflejo constitucional, la incorporación de los pactos y tratados internacionales, tanto en el sistema de protección universal como en el sistema interamericano de derechos humanos, y su interpretación jurisprudencial. Por último, se analiza el andamiaje normativo-institucional de la seguridad social a nivel nacional, tanto respecto a la normativa, a su interpretación judicial como a las políticas públicas, particularmente respecto al sistema previsional, de salud y riesgos del trabajo, así como a las prestaciones no contributivas. Las conclusiones sintetizan los principales desafíos de la seguridad social, particularmente en un escenario pospandemia, en donde la presión de respuestas ágiles a sistemas altamente fragmentados demanda una revisión profunda, junto con definiciones políticas y financieras de envergadura.

1. Introducción

América Latina es una región de profundos contrastes y su historia institucional se encuentra atravesada por dinámicas políticas, culturales y económicas con fuertes sesgos (elitistas, autoritarios, coloniales, de género, étnicos). El desarrollo de las instituciones, del derecho, de la justicia, de la economía y de las políticas públicas se caracteriza por una tensión constante entre inclusión y exclusión, igualdad y desigualdad, que ha quedado cristalizada en las constituciones (Pautassi 2020a, 297-328). Los gobiernos dictatoriales de corte militar que atravesaron el siglo XX fueron arrasando sistemáticamente con aquellas cláusulas constitucionales que incluían derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y suspendieron provisionalmente la vigencia de las libertades fundamentales, en complicidad con doctrinas jurídicas y magistrados que avalaron e inmovilizaron los esfuerzos renovadores (Ávila Santamaría 2019; Gargarella 2021).

La salida de las dictaduras hacia finales del siglo pasado marcó nuevas etapas institucionales en el marco de la transición democrática, con esfuerzos transformadores, movilizaciones y demandas sociales destinadas a reclamar la efectivización de los compromisos constitucionales. Lejos de ser lineales, los procesos en los países de América Latina desataron nuevas tensiones y las necesidades de reformas constitucionales se presentaron como precondiciones para alcanzar nuevos pactos y consensos sociales (Rodríguez Garavito 2011). En muchos países, se tradujeron en la incorporación de principios de derechos humanos en el núcleo central de las constituciones, la jerarquización de los pactos y tratados internacionales, las cláusulas de

¹ Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Directora del Grupo de Trabajo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas (www.dspp.com.ar).

igualdad, particularmente entre los sexos. También en la incorporación de amplios catálogos de derechos sociales, reconocimiento de pueblos indígenas y afrodescendientes, acciones afirmativas y diversas formas de participación política directa de la ciudadanía (Pautassi 2009, 177-210).

En paralelo a estos procesos, las políticas e instituciones sociales sufrieron fuertes medidas de retracción, de corte regresivo, en el marco de procesos de ajuste y reformas estructurales de tipo liberal, particularmente a fines de los años 1990. En muchos países, los avances normativos fueron acompañados con un desmantelamiento de las prestaciones e instituciones de seguridad y protección social, en un complejo entramado de normas y acciones, que tuvieron respuestas en movilizaciones sociales y populares de envergadura. A su vez, la degradación de los derechos laborales y el debilitamiento de las estructuras sindicales tuvieron un impacto directo en el desmantelamiento de redes sociales que favorecían la tutela de los derechos, particularmente el derecho a la seguridad social (Abramovich y Pautassi 2009). Las respuestas implementadas por gobiernos neoliberales en América Latina durante las dos “décadas perdidas” (1980-1990) (CEPAL 1996) no solo fracasaron en su intento de reducir la pobreza y la desigualdad, sino que también fueron sus promotores directos (Salama 2006), profundizando la desigualdad, no solo de ingresos y patrimonio, sino también en términos de división sexual del trabajo y de los cuidados.

Estas situaciones hacia finales del siglo XX acrecentaron la desconfianza ciudadana respecto al valor de las normas constitucionales, en particular respecto a los derechos sociales, que se consideraron a lo largo de varias décadas como programáticas, contando con un rechazo explícito por parte de los poderes judiciales. Entre otros efectos, hizo que estas no fueran traducidas en medidas efectivas para su satisfacción, permaneciendo en un largo letargo ².

Las renovadas agendas del nuevo milenio trajeron compromisos respecto de un desarrollo verdaderamente sostenible, con metodologías transformadoras como el enfoque de derechos humanos ³, con la consiguiente rendición de cuentas, y una mayor inversión fiscal en las áreas sociales en el marco de la ampliación de los sistemas de protección social (Cecchini y Rico 2015, 331-365).

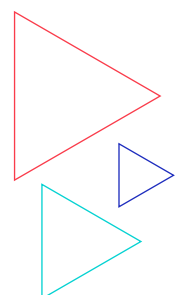
Sin embargo, el núcleo duro de la desigualdad y exclusión es refractario a las medidas adoptadas, entre otras razones, porque poco ha variado e incluso en muchos países se acrecentó, con impactos diferenciales por grupos etarios y por género ⁴.

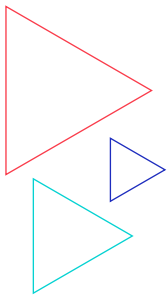
Argentina encabeza la lista de países que atravesaron este tipo de procesos, que produjeron efectos sobre toda la población. En primer lugar, el impacto quedó plasmado en las formas de inserción productiva, en particular, por los cambios en las modalidades de contratación, en la movilidad de tareas y en los procesos de trabajo, así como en la pérdida de prestaciones de seguridad social que eran complementarias al trabajo asalariado formal (OIT 2020). En segundo lugar, la persistencia de segregación ocupacional por género, la discriminación laboral por

2 Gargarella (2013, 21-36) argumenta que han “dormido” por tantos años debido a que la incorporación de derechos sociales en las constituciones se produjo como injertos constitucionales a modelos de tipo liberal-conservador.

3 En forma esquemática, el enfoque de derechos considera que el marco conceptual que brindan los derechos humanos como derechos legitimados por la comunidad internacional ofrece un sistema coherente de principios y pautas aplicables en las políticas de desarrollo. Al mismo tiempo, precisa las obligaciones de los Estados en materia de cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales (Abramovich y Pautassi 2009). Su aplicación habilita un espectro variado de relaciones entre derechos y políticas, sistemas de evaluación bajo estándares de derecho; *accountability* (horizontal y vertical) y diversas esferas de responsabilidad interna e internacional (Pautassi 2020b).

4 Un ejemplo claro lo conforman las y los jóvenes, ya que, una vez que abandonan el sistema educativo, las posibilidades de “compensar” esta falta de credenciales educativas formales con experiencia laboral es mayor para los varones. En el caso de las mujeres jóvenes, debido a la maternidad adolescente y las consiguientes demandas de cuidados, la inserción laboral es desfavorable y quedan estancadas en sus logros educativos (Rico y Trucco 2014).





pertenencia a segmentos ocupacionales que recibieron históricamente trato discriminatorio – como trabajadores rurales y empleadas de servicio doméstico– (López Mourelo 2020), la injusta división sexual de los cuidados (OIT 2020), el deterioro del sistema educativo, la pérdida de cobertura y de calidad en materia de salud, el aumento del desempleo, la precarización laboral, la violencia institucional, laboral e intrafamiliar, así como las discriminaciones por motivos de orientación sexual. En tercer lugar, debido a que Argentina es un país federal, organizado en veinticuatro provincias, el impacto geográfico y territorial fue claramente diferenciado, con afectaciones diversas de acuerdo con las dinámicas subnacionales.

Es en este contexto que debe analizarse la configuración de la seguridad social, tanto en su alcance constitucional como normativo. En este artículo se aborda, en primer lugar, la consagración constitucional del derecho a la seguridad social a nivel nacional y su alcance, considerando particularmente la estructura de Estado federal de Argentina. En segundo lugar, y desde un enfoque de derechos humanos, se analiza la incorporación de los pactos y tratados internacionales, del sistema de protección universal y del sistema interamericano de derechos humanos, y su interpretación jurisprudencial, para luego considerar el alcance de la seguridad social. Por último, se analiza el andamiaje normativo-institucional de la seguridad social a nivel nacional, tanto respecto a la normativa, a su interpretación judicial como a las políticas públicas. Las conclusiones sintetizan los principales desafíos de la seguridad social, particularmente en un escenario pospandemia, en donde la presión por respuestas ágiles a sistemas altamente fragmentados demanda una revisión profunda y definiciones políticas y financieras de envergadura.

2. La Constitución Nacional y su contexto histórico-político

La seguridad social, en tanto Derecho Económico, Social y Cultural (DESC), tiene una trayectoria destacada a nivel institucional en Argentina. La primera Constitución se dictó en 1853, que incluyó inicialmente la conformación en trece provincias.

En 1860 se reformó el texto constitucional y se fijaron las bases de la organización como una república, democrática y federal. El artículo 5 establece: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”. Incluso se reconoce que todo aquel poder no delegado explícitamente en el gobierno federal recae en las provincias (art. 121 CN). De esta manera, las provincias constituyen estructuras políticas con una historia que las articula como columnas centrales de la arquitectura constitucional (Leiras 2013, 209-248).

En paralelo, la legislación interna fue incorporando normas y reconocimiento de derechos sociales, junto con las constituciones provinciales, que fueron reconocidos como compatibles con la Constitución de 1853 y aceptados a nivel jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Etchichury 2013). Fue en las primeras décadas del siglo XX cuando las provincias comenzaron a dictar sus propias constituciones, en muchos casos con cláusulas de reconocimiento de derechos sociales y, entre ellos, el derecho a la seguridad social⁵.

En 1949 se dictó una nueva constitución, con fuertes influencias del constitucionalismo social y en el marco de las bases de consolidación del régimen de bienestar en Argentina, el que se conformó un “híbrido institucional” de tipo corporativo-meritocrático aunque con un discurso

5 De acuerdo con Vanossi (1987), la Constitución de la provincia de San Juan de 1927 reconocía en el art. 31 el derecho a “un mínimo de seguridad económica”, estableciendo un esquema amplio de seguridad social.

de tipo universalista (Barbeito y Lo Vuolo 1992). Esta nueva constitución incluía un importante número de derechos sociales, que se basaron, conforme al ideario político de la época, en el derecho al trabajo como marco para el otorgamiento de derechos sociales y el anclaje de la ciudadanía en la condición de trabajador asalariado formal, con el reconocimiento del derecho a la seguridad social. La Constitución de 1949 establecía en su artículo 7:

-
- Derecho a la seguridad social. El derecho de los individuos a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo promueve la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria destinados, unos y otros, a cubrir o complementar las insuficiencias o inaptitudes propias de ciertos periodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales ⁶.
-

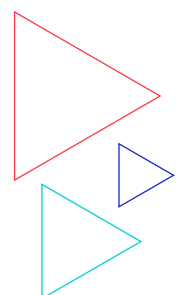
Cabe señalar que el sesgo de género fue notable en este ideario, en tanto el modelo económico de corte keynesiano adoptado promovió un proceso de industrialización por sustitución de importaciones. El supuesto del pleno empleo fue masculino y la base de conformación del régimen de bienestar consideró a un trabajador ideal varón, en hogares nucleares y donde la permanencia de la mujer a cargo de las tareas de cuidados resultaba central para garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo (Pautassi 1995). La causa principal, al igual que en muchos países latinoamericanos, fue la falta de incentivos de la mujer para ingresar al mercado de trabajo, sumado a que los sistemas de educación y salud de tipo universales fomentaban la educación para el hogar, además de que la maternidad y los niños y las niñas quedaban cubiertos por el sistema de salud de acceso gratuito. Los programas asistenciales eran un componente menor del sistema y, en el caso de la mujer, se focalizaban principalmente en planes materno-infantiles (Pautassi 1995).

En la práctica, debido a que los seguros sociales (previsión, salud, asignaciones familiares) cubrían a los trabajadores formales (principalmente a los varones), se produjo en Argentina una diferenciación de hecho y de derecho para con las mujeres. La situación puede resumirse de la siguiente manera: por un lado, se otorgaban las mejores coberturas para mujeres casadas con maridos protegidos por seguros sociales y, por el otro, se encontraban las mujeres en pareja con maridos desprotegidos o las jefas de hogares unipersonales. En consecuencia, las esposas accedían a la cobertura de seguridad social, no por un derecho propio vinculado a las tareas de cuidado, sino por el vínculo matrimonial. Las demás, sea por la informalidad laboral de los esposos, por no estar casadas legalmente o por estar solas, quedaban desprotegidas. Esta concepción también impregnó el estilo de participación social, política y sindical de la mujer, bajo pautas de relación paternalistas ⁷.

La Constitución de 1949 fue derogada tras un golpe de Estado (1955) y se dictó una nueva reforma en 1957, la que resume en un único artículo el conjunto de derechos sociales ya contemplados (artículo 14 bis), entre ellos, el derecho a la seguridad social. Antes de esto, la seguridad social ya se encontraba fragmentada en diversos y variados regímenes, tanto en materia previsional como respecto a enfermedades y accidentes de trabajo (Paganini 2014, 1481-1486).

6 También en este periodo, durante la presidencia de Juan Domingo Perón, se ratificaron los Convenios núms. 35 y 36 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre protección a la vejez de determinadas personas trabajadoras. Se estableció la autonomía de las cajas previsionales y el requerimiento de separación del presupuesto público. Sin embargo, no regulaba como obligatoria la cobertura no contributiva a las personas mayores, solo señalaba disposiciones respecto al carácter obligatorio del seguro (Dvoskin 2015).

7 Vita y Lobato (2021) señalan que las diversas organizaciones de mujeres elevaron cerca del 10 por ciento de las peticiones durante el proceso constituyente de 1949, las que fueron invisibilizadas, y el texto reformado profundizó el rol tradicional de la mujer a cargo del cuidado.





El artículo 14 bis fijaba los fundamentos de la organización de las prestaciones en torno a la seguridad social, estableciendo como base que requiere protección del Estado, la movilidad de los beneficios y el respeto de los derechos adquiridos en la inviolabilidad de la propiedad del artículo 17 de la Constitución Nacional (CN). Paganini (2014, 1481-1486) señala que en los constituyentes de 1957 existió una confusión entre seguridad social, seguros sociales y previsión social, sin considerar además la asistencia social, asociando la base de las prestaciones a contingencias vinculadas al mercado de trabajo. Tampoco incorporaron como eje central la pérdida de ingresos o incertidumbre sobre diversos aspectos que hacen a la sostenibilidad de la vida de las personas. En el caso de las constituciones provinciales se reproduce en cierta medida esta confusión, y los casos de incorporación de supuestos de asistencia se concentran para maternidad o por corte etario (niños, niñas y adolescentes, personas mayores o con discapacidad).

El proceso de industrialización de corte keynesiano persistió hasta mediados de los años setenta, cuando el régimen social de acumulación sustitutivo de importaciones entró en crisis (Nun 1987, 83-116). Entre muchos otros efectos, impactó sobre la estabilidad laboral, que muy rápidamente se volvió más precaria, particularmente para las personas jóvenes y las mujeres, quienes empezaban a insertarse en el mercado de trabajo a partir del aumento de credenciales educativas, pero bajo informalidad laboral (Torrado 2010).

Al marco constitucional *de facto*, le siguieron tres golpes de Estado y luego gobiernos militares que culminaron con la última dictadura militar (1976-1983). Esta dejó al país arrasado, en el marco de profundas violaciones a los derechos humanos y con una profunda crisis económica, social y cultural, sumado a un fuerte endeudamiento externo (Torrado 2010).

Fue recién con la recuperación democrática en 1983 cuando se inició una nueva etapa institucional, con apuestas de transformación y de modernización político-institucional con la presidencia de Raúl Alfonsín, que incluían, entre otras, propuestas para el traslado de la ciudad capital, la reforma educativa, la del sistema de seguridad social y la modernización del Estado. Sin embargo, estas medidas no pudieron concretarse debido a múltiples factores, que llevaron a una hiperinflación y a un crecimiento del desempleo y la pobreza, junto con una crisis de legitimidad. Fue recién bajo la presidencia de Carlos Menem (1989-1999) que se puso en marcha un programa económico caracterizado por la liberalización del comercio exterior y la circulación de capitales externos, la desregulación de los mercados, especialmente el financiero, la privatización de servicios públicos, la convertibilidad cambiaria que mantuvo fija la paridad con el dólar de los Estados Unidos, excluyendo el financiamiento monetario del déficit fiscal. Esto permitió estabilizar los precios, elevar el nivel de consumo y aumentar el producto bruto interno (Gamallo 2015). Sin embargo, las medidas flexibilizadoras, la reforma laboral y un severo plan de ajuste estructural y medidas neoliberales llevaron a un crecimiento del desempleo, el subempleo, la informalidad y la precarización laboral (Ariño 2010, 63-101).

En este contexto, en 1994 se reformó nuevamente la Constitución, la que se encuentra vigente a la fecha. En esta última, el artículo 14 bis permanece intacto y se amplía sustantivamente con el artículo 75, inc. 22, que faculta al Congreso Nacional a:

-
- Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra

la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

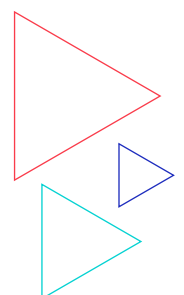
La reforma constitucional les otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos (TIDH) que se detallan en el art. 75, inc. 22 CN. Aquellos que no están enunciados pueden adquirir jerarquía constitucional por el procedimiento establecido en el mismo inciso. Con respecto a aquellos TIDH señalados en el segundo párrafo del artículo, se sostiene que su inclusión se resuelve una vez verificada por la Convención Constituyente la inexistencia de contradicción alguna entre aquellos y las normas de la Constitución Nacional ⁸.

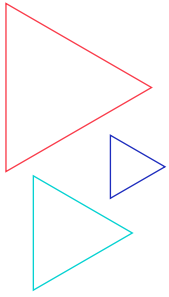
A su vez, el último párrafo prevé el reconocimiento de jerarquía constitucional para nuevos tratados de derechos humanos mediante un procedimiento de “mayoría agravada”, independiente de aquel que se lleve a cabo para su aprobación, lo que significa que el Congreso, en su condición de poder constituido, tiene a su cargo el juicio de compatibilidad (Cayuso e Ientile 2021, 40). Por esta vía adquirieron jerarquía constitucional tres tratados después de la reforma, que son la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Respecto a las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en principio, no tienen jerarquía constitucional, revisten jerarquía infraconstitucional aunque sí supralegal. Salvo el Convenio núm. 87 de la OIT que posee jerarquía constitucional, en forma indirecta, ya que no se encuentra incluido en la lista del art. 75, inc. 22 CN, pero participa de jerarquía constitucional, tal como fue interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ⁹. Cabe señalar que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 establece en relación con el derecho al trabajo (art. 43) como respecto al derecho a la seguridad social que “La Ciudad reafirma los principios y derechos de la seguridad social de la Constitución Nacional y puede crear organismos de seguridad social para los empleados públicos. La ley no contempla regímenes de privilegio. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la CN y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (art. 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Es síntesis, el andamiaje se conforma en que cada Constitución provincial se subordina a la Constitución Nacional y a tratados de igual jerarquía, a las leyes nacionales y a las normas del Gobierno federal. Pero en las áreas de su exclusiva competencia, aquellas no delegadas, las provincias mantienen la primacía normativa (Etchichury 2019, 404-418).

8 En esa línea se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas *Monges Analía M. c/ UBA res. 2314/95, Chocobar Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad y Petric, Domagoj Antonio c/ Diario* Página 12.

9 Se trata del caso *Orellano Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo* (2016) porque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, art. 22.3) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 8.3) reenvían expresamente a este, que tutela el derecho de huelga como “libertad sindical de acción”.





2.1 El marco internacional

Entre otros efectos, la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional permitió ampliar el número de derechos sociales consagrados en los tratados de derechos humanos, como el derecho a la salud, a la vivienda, entre otros. Con la reforma de 1994 se incluyó, a su vez, un capítulo completo denominado “Nuevos derechos” (arts. 36 a 42 CN), entre los que se destacan las acciones afirmativas para el acceso a cargos electivos, el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados, el derecho a un ambiente sano, la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, a la información y educación ambientales, derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios, entre otras medidas protectorias.

Sin embargo, a pesar de esta incorporación, no hubo un debate relevante respecto de la seguridad social y el conjunto de derechos sociales. La paradoja está precisamente en que se habían producido importantes transformaciones durante este periodo, como la reforma laboral, de riesgos del trabajo y de seguridad social, con efectos desprotectores y en muchos casos regresivos.

Las disposiciones establecidas en el art. 75, inc. 22, conforman el denominado bloque de constitucionalidad federal (Bidart Campos 1995)¹⁰. Significa que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales deben aplicarse en su parte normativa, teniendo en cuenta dos aspectos: a) las reservas efectuadas por el Estado que los ratifica y b) de acuerdo con las interpretaciones que efectúen de ellos sus órganos internacionales de control. Es en virtud de lo anterior que el control de constitucionalidad ejercido por los jueces y las juezas a nivel interno debe comprender también un control de convencionalidad¹¹, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹².

El sistema federal consagrado en la Constitución Nacional tras la reforma de 1994 organiza las competencias de los diferentes órdenes de gobierno: nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Las provincias deben adoptar en sus constituciones la forma de gobierno representativa y republicana de acuerdo con los principios, las declaraciones y las garantías de la CN (art. 5 CN), que aseguren la autonomía municipal (art. 123 CN) y con responsables gubernamentales –gobernadores y gobernadoras– que quedan equiparados

10 El bloque de constitucionalidad federal significa que, luego de la reforma constitucional de 1994, la CN como cúspide del ordenamiento interno es reemplazada por un bloque de constitucionalidad federal que está compuesto no solo por la CN, sino también por los TIDH a los que la Convención Constituyente otorgó jerarquía constitucional en el art. 75, inc. 22 CN. Con la posibilidad, además, de que el Congreso (no una Convención Constituyente) por un procedimiento con mayorías agravadas otorgue jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos no incluidos en dicho artículo.

11 El control de constitucionalidad ejercido por los jueces y las juezas a nivel interno debe comprender también un control de convencionalidad. La Corte IDH ha determinado que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (Almonacid Arellano y otros c. Chile, Párrafo 123, 2006). La CSJN de Argentina también aplicó el control de convencionalidad desde el caso Ekmekdjian contra Sofovich de 1992, en el que estableció la operatividad del derecho de réplica, receptado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y no expresamente en la CN.

12 La Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJN) en el caso Simón Julio H. y otros privación ilegítima de la libertad, causa 17768 de 2005, como en el caso Giroldi, Horacio y otro sobre recurso de Casación causa 32/93 de 1995, ha expresado que “la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del Constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22, 2 párrafo)” agregando que “la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH” (CSJN, caso Giroldi). Fue en 2017 que el máximo tribunal de Argentina dio un vuelco rotundo en su jurisprudencia en el caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, ya que puso en duda el valor vinculante de las decisiones de la Corte IDH (Bestard 2022).

a agentes del gobierno federal para hacer cumplir la normativa federal (art. 128 CN). Las autoridades de provincia están obligadas a acatar la normativa federal (art. 31 CN).

A su vez, el Congreso federal tiene la facultad de dictar la legislación de fondo, única y común en todo el territorio de la Nación (art. 75, inc.12), mientras que las provincias conservan para sí la facultad de dictar los códigos de procedimientos y aquella reglamentación ligada a cuestiones propias del ámbito local. Cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 CN) establecen a partir de normativa provincial su sistema de administración de justicia, su modelo de control de constitucionalidad y sus institutos procesal-constitucionales.

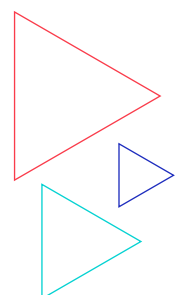
Sin embargo, mediante las facultades concurrentes, tanto el Estado federal como las provincias son competentes para dictar normas sobre derechos sociales (educación, ciencia y cultura). Las prescripciones del art. 75, inc. 19 CN, establecen que las leyes de organización y de base de la educación dictadas por el Congreso federal deben respetar las particularidades provinciales y locales (párrafo 3) y proteger la identidad y pluralidad cultural (párrafo 4) (Hernández 2012).

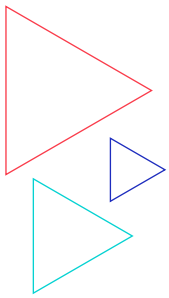
Como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, el Estado Nacional es el garante último de los DESC, aunque su gestión quede a cargo de otras personas jurídicas (provincias, municipios, hospitales, escuelas, cajas provinciales de seguridad social de distintos organismos). Es el Estado federal el que ejerce las funciones de control y supervisión de las prestaciones y asume la responsabilidad internacional en caso de que este o cualquier persona no cumpla con los derechos humanos receptados en los TIDH con jerarquía constitucional. Argentina ha ratificado los principales pactos y tratados internacionales del sistema de protección universal, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979), la Convención de Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

En relación con el sistema interamericano de derechos humanos, que ha reconocido ampliamente el derecho a la seguridad social, Argentina ha ratificado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica (1969), que agrupa en dos los derechos protegidos, en el capítulo II los derechos civiles y políticos y en el capítulo III, los DESC, aunque en el segundo caso solo concentra en el art. 26. Posteriormente, y con el objetivo de subsanar la escasa incorporación de derechos sociales, en 1988 se aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, que reconoce en su artículo 9 el derecho a la seguridad social al establecer que

-
- 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.
-

En 2012 se aprobó la Carta Social de la OEA que fortalece esta línea, pero se concentra en los instrumentos de protección social, al señalar en el artículo 14 que “Los Estados Miembros tienen la responsabilidad de desarrollar e implementar políticas y programas de protección social integral, con base en los principios de universalidad, solidaridad, igualdad, no discriminación y





equidad que den prioridad a las personas que viven en condiciones de pobreza y vulnerabilidad y tomando en cuenta sus circunstancias nacionales”.

De manera reciente, se aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), cuyo artículo 17 está dedicado a consagrar el derecho a la seguridad social de las personas mayores al establecer que

-
- Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social. Los Estados Parte buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante. Todo lo dispuesto en este artículo será de conformidad con la legislación nacional.
-

Es interesante además que este instrumento reconoce el derecho al cuidado de las personas mayores de manera explícita, ya que el cuidado es un derecho humano que reconoce el “derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado” (Pautassi 2007). Anteriormente, la OIT, en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 2001, realizó un llamado a que los sistemas de seguridad social “promuevan y asuman como uno de sus fundamentos el principio de la igualdad de género, no solo en lo que respecta a la igualdad de trato para hombres y mujeres en situaciones idénticas o similares, sino también en lo que se refiere a las medidas encaminadas a garantizar un ingreso equitativo para las mujeres”. La CIT enfatizó el rol del trabajo de cuidado en el ámbito familiar no remunerado y cómo este perjudica a quienes lo imparten –las mujeres–, quienes carecen de una adecuada inserción en el mercado de empleo y, por consiguiente, no poseen seguridad social (OIT 2003).

Argentina ratificó el Convenio núm. 102 de la OIT relativo a la norma mínima de la seguridad social en 2016. Este Convenio dispone estándares mínimos, la responsabilidad estatal respecto a las prestaciones y la igualdad de trato sobre la base del financiamiento colectivo por medio de cotizaciones o impuestos.

Desde un enfoque de derechos humanos, y analizando el corpus interpretativo, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha señalado en la Observación General N° 6 respecto a los derechos de las personas mayores y en la Observación General N° 19, dedicada al derecho a la seguridad social, las obligaciones que le corresponden al Estado, en particular las de efecto inmediato. Asumiendo el Comité que los recursos de los Estados son limitados, establece que los Estados deben garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad social sin discriminación alguna entre varones y mujeres, y deben adoptar medidas deliberadas y concretas y tener por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social. Reafirma la consideración del derecho a la seguridad social como derecho humano, como también “la importancia fundamental de la seguridad social para la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por los Estados Partes supone que se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado. Los Estados Partes deben elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el derecho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional” (párr. 40, OG 19).

En esa dirección, realiza un reconocimiento amplio de la seguridad social que incluye el seguro social, interpretando que las medidas enumeradas en el artículo 9 del Pacto no pueden definirse de manera restrictiva, sino en el sentido de garantizar para cada persona al menos el disfrute mínimo. Entre las medidas que enumera se encuentran: a) planes contributivos o planes basados en un seguro, que en general incluyen el pago de cotizaciones obligatorias de las personas

beneficiarias, las empleadoras y a veces el Estado, juntamente con el pago de las prestaciones y los gastos administrativos con cargo a un fondo común; b) planes no contributivos, de tipo universal (prestaciones para toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista) o planes de asistencia social para determinados beneficiarios y basados en una situación de necesidad. Agrega al respecto el Comité que este tipo de planes no contributivos se requieren en todos los Estados ya que es “poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro” (párrafo. 4). A su vez, el Comité establece que pueden existir otras formas de seguridad social, como planes privados, medidas de autoayuda, planes comunitarios o asistencia mutua, dejando en claro que sea cual fuere el plan escogido deben “respetar los elementos esenciales del derecho a la seguridad social y, en ese sentido, deben ser considerados como planes que contribuyen a la seguridad social y por consiguiente deberán estar amparados por los Estados”.

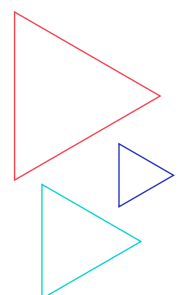
En el caso del sistema interamericano, el Protocolo de San Salvador entró en vigor en 1999, pero recién se conformó el mecanismo de monitoreo y seguimiento previsto en el artículo 19 a partir de la conformación del Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador (GTPSS-OEA)¹³. El Grupo de Trabajo ha fijado la misma base interpretativa del alcance del derecho a la seguridad social desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad, cobertura de riesgos e imprevistos, universalidad–, enfatizando centralmente el estándar de universalidad, contenido mínimo, progresividad y la consiguiente prohibición de regresividad, igualdad y no discriminación, acceso y disponibilidad de información, acceso a la justicia y participación social. Los informes de cumplimiento que deben presentar los países deben completarse según indicadores de progreso, que permiten incorporar evidencia empírica al proceso de monitoreo y establecer patrones de medición concreta de derechos.

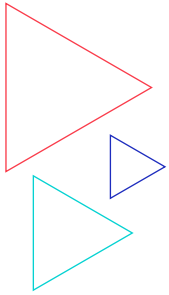
Los indicadores definidos se encuentran en consonancia con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y con la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Argentina se comprometió en 2003 con un “nuevo” ODM, al establecer el compromiso de “promover el trabajo decente” junto con una redefinición de la protección social orientada a universalizar la cobertura. En el caso de los ODS, en el que el trabajo decente se configura como un objetivo en sí mismo (ODS 8) y los demás Objetivos vinculados, como el ODS 1 referido a terminar con la pobreza, el ODS 5 referido a la igualdad de género, el 3 respecto a la universalización de la salud y el 16 respecto de la consolidación de instituciones transparentes, acceso a la justicia y rendición de cuentas, Argentina se ha concentrado en mayor promoción de las instancias de protección social, priorizando tres metas específicas¹⁴.

En oportunidad de evaluar el primer informe presentado por Argentina, el GTPSS observa que resulta necesario aumentar la cobertura en seguridad social ya que “casi la mitad de las personas en el país se encuentran desprotegidas ante contingencias (...) es indispensable que la República Argentina consolide sus instrumentos de valoración de la situación del derecho a la seguridad social ya que, con las estadísticas actuales, no es posible prever situaciones críticas de desprotección de su población” (GTPSS 2018, párr. 25, 8). El GTPSS recomienda al Estado que intensifique medidas para incrementar el acceso a la seguridad social a fin asegurar cobertura efectivamente universal y “ajustar sus instrumentos de medición de acuerdo a los estándares internacionales, a fin de dimensionar apropiadamente los impactos de la acción del Estado sobre este derecho. Además, el GT reitera a la República Argentina la relevancia de presentar los datos actualizados relativos a la situación de los programas de pensiones no contributivas,

¹³ Para mayor información, consultar <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/>

¹⁴ Se trata de la meta 1.3, que establece pautas para ampliar la cobertura en protección social; la meta 5.4, vinculada a cuidados no remunerados y la meta 10.4 sobre la adopción de políticas fiscales, salariales y de protección social para lograr mayor igualdad (Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales 2021).





considerando la preocupación al respecto manifestada por la Defensoría General de la Nación” (GTPSS 2018, párr. 25).

3. La seguridad social en la Constitución Nacional

La segunda parte del artículo 14 bis dedicado a la seguridad social dispone:

-
- El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que puedan existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.
-

El artículo 75, inc. 23, establece entre las atribuciones del Congreso la de:

-
- Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.
-

El mismo artículo, en el inciso 12, faculta también al Congreso de la Nación a: “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.

Cabe señalar que Argentina no dictó a lo largo de su historia un código de trabajo y seguridad social, sino un conjunto de leyes a nivel nacional. En referencia a la facultad establecida por el anterior inciso, desde la reforma constitucional de 1994 se retiró el requisito de la codificación (Bidart Campos 1997). A su vez, las provincias pueden legislar sobre el régimen de seguridad social en el empleo público provincial, que se encuentra reservado a la legislación local. Así lo establece el artículo 125 en su segunda parte: “Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

De esta forma, las responsabilidades son compartidas entre gobierno nacional y subnacional en torno a la organización de las respuestas institucionales y prestacionales para satisfacer el derecho a la seguridad social.

A la incorporación de los tratados de derechos humanos al orden constitucional debe sumarse la inclusión de una cláusula amplia de igualdad sustantiva (art. 75, inc. 23), que favorece la acción positiva de protección de grupos excluidos y, por lo tanto, incide en las obligaciones estatales referidas al sistema de seguridad social. Por consiguiente, el derecho a la seguridad social, al ser

un derecho humano, debe estar basado en los principios políticos de cooperación, solidaridad y justicia social ¹⁵.

En el caso de las constituciones provinciales, todas receptan los derechos de la Constitución Nacional de manera expresa, en muchos casos vinculados a los derechos de los trabajadores, con la salvedad de que tanto en la Constitución de Mendoza como en la de Tucumán se otorga la competencia al Poder Legislativo provincial de dictar una ley general de jubilaciones y pensiones civiles por servicios prestados a la provincia. En el caso de que las constituciones provinciales no lo hicieran, estos conforman el bloque de constitucionalidad federal que las provincias deben respetar. En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Constitución se dictó en 1996 por mandato de la reforma de 1994. En el caso de las provincias que han reformado posteriormente sus constituciones, se observa la incorporación del enfoque de derechos humanos, buscando transformar el acceso en función del empleo formal para incorporar, de manera paulatina, garantías respecto a pisos mínimos de protección social y en mayor interdependencia de derechos.

4. Alcance de la seguridad social en Argentina

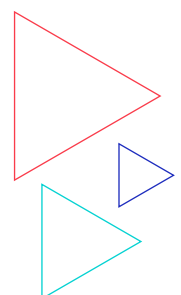
El carácter pionero del sistema de seguridad social en Argentina (Mesa-Lago 1977) se remonta a prestaciones otorgadas a fines del siglo XIX, destinadas a grupos poblacionales, como el caso de las pensiones por vejez para maestras, jueces o personal de las Fuerzas Armadas, las que continuaron en fuerte expansión durante las siguientes décadas.

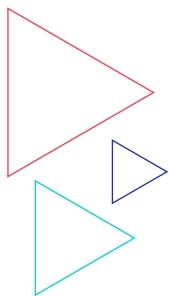
Fue a mediados del siglo XX que se consolidó el sistema de seguridad social sobre la base de una matriz “trabajo-céntrica” (Arcidiácono 2012) que define la dinámica de conformación del régimen de bienestar en Argentina. El derecho a la seguridad social se caracterizó por promover ciertas diferencias con el derecho del trabajo, en tanto no consideraba como sujeto de protección a la persona trabajadora asalariada en cuanto tal, sino que buscaba proteger la integralidad de la persona. Los integrantes del hogar del trabajador o la trabajadora –cónyuge y niños y niñas– tuvieron acceso a la seguridad social por medio de mecanismos de “cascada” o “goteo”, esto es, por extensión de los beneficios de quienes contaban con trabajo asalariado formal.

En efecto, el sistema se fue desarrollando a partir de los siguientes componentes:

- ▶ Seguros sociales: destinados a quienes cuentan con trabajos formales con prestaciones que comprendieron: i) pensiones de vejez (denominadas jubilación o retiro), invalidez y muerte o sobrevivientes; ii) atención médico-hospitalaria y prestaciones monetarias por riesgos ocupacionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), iii) atención médico-hospitalaria y transferencias monetarias por enfermedad común o por maternidad; iv) asignaciones o subsidios familiares como consecuencia del crecimiento o expansión del grupo familiar.
- ▶ Asistencia social: pensiones no contributivas o atención médico-hospitalaria gratuita para las personas que no son asalariadas formales o para quienes carecen de recursos.

¹⁵ El principio de solidaridad se fundamenta en un pacto intergeneracional, en que el conjunto de la comunidad contribuye al financiamiento del sistema de acuerdo con sus posibilidades –solidaridad general o vertical– y en especial los activos o las generaciones más jóvenes, y con mayor capacidad de generación de ingresos, sostienen a las personas mayores –solidaridad generacional– a partir del diseño de un sistema previsional organizado bajo la lógica de reparto. En concordancia, la lógica cooperativa y sobre la base del ideario de justicia social operan como elementos que se integran con los otros dos principios consagrados constitucionalmente de la integralidad e irrenunciabilidad de la seguridad social, que garantizan de este modo la universalidad del sistema protectorio (Paganini 2014, 1481-1486).





- Sistema nacional y subnacional de salud: generalmente administrados por el Ministerio de Salud nacional y por sus pares en las provincias ¹⁶.

Cabe señalar que la protección vinculada al empleo fue de tal envergadura que no se incluyeron prestaciones monetarias por desempleo, en tanto el supuesto de pleno empleo conformaba el ideario del régimen de bienestar argentino. Fue recién en el marco de los procesos de ajuste estructural de los años 1990 cuando se incluyó un seguro de desempleo, de baja cobertura.

La legislación y las prestaciones de seguridad social se basaron en el concepto de contingencia para organizar el sistema. Una contingencia es un acontecimiento o hecho futuro que, en caso de producirse, acarrea consecuencias riesgosas para el individuo. Es, por lo tanto, un acontecimiento futuro e incierto –pero con un alto grado de probabilidad de que se produzca– que lleva a la necesidad de proteger al individuo, o a un grupo de individuos, ante dicha eventualidad.

Las prestaciones previstas en el sistema de seguridad social se efectivizan una vez configurada la contingencia, y siempre que estén dados los requisitos de acceso, lo cual produce, como efecto, que una persona o los miembros de su familia, o uno y otros, resulten afectados en su nivel de vida, ya sea como consecuencia de un aumento en el consumo, una disminución o una supresión de los ingresos, o por procesos vitales. Lo protegido es aquello que, en caso de ausencia, se entiende como privación. En concordancia, la contingencia está ligada indisolublemente con la carencia, en la visión tradicional de la seguridad social o al estado de necesidad y demanda de satisfactores, concepto actual de la protección social.

Las contingencias contempladas en Argentina son las siguientes: a) contingencias patológicas: aquellas situaciones que deben protegerse ante la eventualidad de que el individuo contraiga una enfermedad (seguro de salud), accidente o enfermedad del trabajo (pensiones por invalidez, enfermedad o accidente de trabajo); ii) contingencias socioeconómicas: son aquellos recaudos que se toman ante la eventualidad de la pérdida de ingresos (jubilación o pensión) ¹⁷ o en razón de la “expansión de la familia” como el caso de nacimiento, matrimonio (asignaciones familiares) y de manera más reciente a partir de la falta de trabajo (seguro de desempleo); iii) contingencias biológicas: agrupan a aquellas precauciones que se toman en la vida activa para asegurar la protección de los derechohabientes (pensión para el cónyuge supérstite o para hijos e hijas menores de edad), en caso de muerte (gastos de sepelio), o una pensión para quienes no tienen trabajo y carecen de recursos (pensiones graciables o no contributivas).

Sobre estos fundamentos se diseñó el sistema de seguridad social, en el que la relación jurídica instrumental la conforma una relación de protección, por la cual un sujeto (entidad gestora) satisface las prestaciones determinadas legalmente a otro sujeto (destinatario) con la finalidad de revertir o satisfacer la necesidad actual de este. El alcance del sistema comprendió a quienes tenían trabajo en relación de dependencia y en algunos casos a su grupo familiar, aunque, en general, quien percibió los beneficios fue la persona trabajadora asalariada dependiente y no su titular.

¹⁶ La provisión de salud en Argentina se organiza en tres subsectores: público, obras sociales y privado. Estos tres subsectores se encuentran fragmentados, tanto con respecto a las prestaciones como también territorialmente, a lo que se suma que cada provincia se reservó para sí el diseño, la ejecución y el control de las políticas de salud. En el caso del sector público, el Estado Nacional fue prestador directo hasta 1992, cuando transfirió a las provincias la totalidad de efectores de salud de todos los niveles de complejidad. A su vez, las provincias lo hicieron con sus municipios, conformándose sistemas locales de salud en cada provincia, perdurando como principio la universalidad y gratuidad del sistema. En el caso del subsector de obras sociales, otorga cobertura a sus afiliados y afiliadas –personas con trabajos asalariados formales– y a su núcleo familiar, con prestaciones que, en general, subcontratan al sector público o privado, ya que en general no disponen de capacidad instalada propia. El subsector privado, de adhesión voluntaria, se ha expandido de manera exponencial en los últimos años (Vassallo *et al.* 2022).

¹⁷ En Argentina las jubilaciones refieren a las prestaciones por retiro para quienes tienen trabajo asalariado, mientras que las pensiones refieren a prestaciones no contributivas.

El Estado Nacional cumple un doble rol en el sistema: por una parte, reconoce el derecho a la seguridad social a todas las personas que habitan en el país, legislando y reglamentando conforme a ello, y por otra parte, asume la responsabilidad de brindar las prestaciones directamente a las personas destinatarias. A su vez, y debido al carácter de Estado federal de Argentina, las provincias desarrollaron sistemas subnacionales de seguridad social, con instituciones propias como las cajas de empleados o sistemas previsionales provinciales, lo cual contribuyó a una creciente fragmentación del sistema. Actualmente, las provincias de Córdoba, Buenos Aires, Chaco, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego tienen regímenes previsionales propios para quienes trabajan en sus administraciones públicas. Las restantes diez provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires transfirieron en 1990 sus cajas a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES)¹⁸. Por su parte, 26 municipios tienen sus regímenes previsionales propios y se estima que hay aproximadamente 140 cajas profesionales.

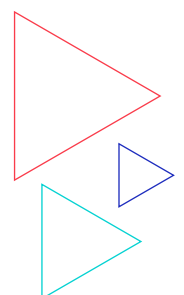
En paralelo, las prestaciones vinculadas con la salud de quienes cuentan con trabajos asalariados formales fueron organizadas en función de una lógica de seguro social, a partir de la rama de actividad, en las llamadas obras sociales, que están delegadas a la administración sindical. En la actualidad, el sistema está compuesto por Obras Sociales Nacionales (OSN), reguladas por las Leyes 23.660 y 23.661 de 1989, otros regímenes especiales como las obras sociales del personal de las Fuerzas Armadas (FF. AA.), Seguridad y Universitarias, veinticuatro Obras Sociales Provinciales (OSP) y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI) (Cetrángolo y Goldschmit 2018).

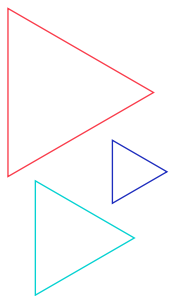
En términos de los principios fundantes del sistema, y sobre la base de un ideario de justicia social y bajo los preceptos de solidaridad, integralidad e irrenunciabilidad previstos en el artículo 14 bis de la CN, el conjunto de la comunidad contribuye al financiamiento del sistema de acuerdo con sus posibilidades –solidaridad vertical–. Son en especial los activos o las generaciones más jóvenes, y con mayor capacidad de generación de ingresos, quienes sostienen a las personas mayores –solidaridad generacional– mediante un sistema previsional organizado bajo la lógica de un régimen de reparto. El texto constitucional refiere a la integralidad e irrenunciabilidad de la seguridad social (art. 14 bis), buscando proteger a la persona respecto a los riesgos que las distintas situaciones pueden acarrearle y que es necesario contar con arreglos colectivos y no individuales. A su vez, el principio de la subsidiariedad del Estado Nacional opera como garantía prestacional en todo el territorio y como eje protectorio por encima de las obligaciones jurisdiccionales¹⁹.

Claramente, el sistema de seguridad social, más allá de su vocación universal, opera como un sistema selectivo para las personas asalariadas formales, inicialmente en su mayoría varones, que habilitaba ciertas y determinadas prestaciones al grupo familiar. Los miembros del grupo familiar ingresaban al sistema por vía de derechos derivados del vínculo matrimonial (en el caso de las mujeres dedicadas a trabajo reproductivo o de cuidados) o por ser hijo o hija de la persona trabajadora, y en algunos casos estaba ampliado a progenitores y progenitoras o hermanos y hermanas en situación de dependencia. La conformación de personas afiliadas al sistema por derecho propio y la presencia de las personas beneficiarias por derechos derivados marcaron una dinámica particular en el desarrollo de los sistemas de seguridad social en Argentina, que contribuyó a una invisibilidad de las mujeres dentro del sistema, como también de las personas que quedaron excluidas de este (Pautassi 2005).

18 <https://www.anses.gob.ar/informacion/cajas-provinciales-y-profesionales>

19 Conforme el sistema constitucional nacional y el sistema interamericano del que forma parte Argentina, cuando una provincia u otra persona jurídica no cumple con las prestaciones sociales a las que está obligada, es el Estado Nacional, en última instancia, de acuerdo con la cláusula federal del art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el responsable internacional de cumplimiento del TIDH. Caso contrario, incurre en responsabilidad internacional. Este es el criterio de la CSJN en el caso Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional (2000) Fallos: 323:1339.





A su vez, para que una persona sea acreedora de una prestación no basta con que esté comprendida dentro del campo de aplicación de estos regímenes, sino que siempre se requiere cumplir con los requisitos legales para acceder a la condición de beneficiario o beneficiaria. Estos requisitos pueden referirse a la objetivación de la contingencia –determinado grado de invalidez– o cumplir con recaudos legales –estar casado o casada–, o bien haberse relacionado con la autoridad administrativa y financiera del régimen que se trate –antigüedad en la afiliación o mínimo de aportes–. En el caso de las pensiones no contributivas, se requiere no disponer de otro ingreso o cumplir los requisitos establecidos en cada caso (por ejemplo, ser madre de más de siete hijos). En síntesis, no es un sistema de acceso incondicional a los ciudadanos y las ciudadanas, sino de fuerte raigambre contributiva. En el caso de las personas trabajadoras no asalariadas, la cobertura resultó reducida a ciertas y determinadas contingencias o, en otros casos, a estados de necesidad. Es decir, el principio de universalidad y solidaridad no fue suficientemente desarrollado, permaneciendo como requisito indispensable acreditar las condiciones legales para el acceso.

Este sistema pionero desarrollado en Argentina a lo largo del siglo XX sufrió permanentes déficits financieros y crisis institucionales que caracterizaron el desarrollo de cada componente de la seguridad social (Rulli 2019). Fue en la década de 1990, paradójicamente a partir del gobierno justicialista (presidencia de Carlos Menem, 1989-1999), que comenzó el proceso de reforma del sistema. Esto sucedía en el marco de las políticas de ajuste fiscal y cuando los principios fundantes de la seguridad social, particularmente el carácter solidario y redistributivo, entraron en discusión, entre otras razones, porque la centralidad del empleo asalariado formal estaba en cuestión y las medidas adoptadas se dirigieron hacia la flexibilización y precarización laboral.

4.1 Jubilaciones y pensiones

Concordante con la centralidad del trabajo remunerado, y según las disposiciones del artículo 14 bis de la CN, el eje central del sistema de seguridad social se situó, en materia previsional, en una de tipo contributiva, obligatoria para quienes tienen trabajos asalariados formales y sobre la base del principio de solidaridad intergeneracional. Las tasas de contribuciones y aportes no eran fijadas por ley, sino que quedaron como prerrogativa del Poder Ejecutivo, que en promedio estableció entre un 10 por ciento (para trabajadores y trabajadoras) y un 16 por ciento (contribución patronal) de las remuneraciones, y en el caso de quienes tenían trabajos autónomos, en un 10 por ciento. Estas contribuciones garantizaban ingresos a las personas asalariadas y autónomas retiradas de su actividad –o a sus herederos y herederas– por medio de jubilaciones ordinarias, con requisitos de acceso diferenciados por edad (mujeres de al menos 55 años o varones de 60 y más años, con un mínimo de treinta años de servicios verificables); prestaciones por edad avanzada, que beneficiaban a quienes alcanzaran los 65 años y acreditaran al menos diez y hasta veintinueve años de servicios; jubilaciones por invalidez, personas que sufrieron una incapacidad laboral total como consecuencia del ejercicio de su actividad; y pensiones por muerte, destinadas a los herederos y las herederas del beneficiario o la beneficiaria previsional (pensiones) o de trabajadores y trabajadoras en actividad.

Así organizado, el sistema de reparto funcionó cerca de veinticinco años²⁰. Se basaba en una relación entre las prestaciones previsionales y los ingresos percibidos durante el periodo de actividad: las jubilaciones ordinarias o por invalidez, por ejemplo, representaban entre un 82 por ciento y un 70 por ciento del promedio de las remuneraciones actualizadas percibidas durante los tres años más favorables, continuos o discontinuos, comprendidos dentro de los últimos diez años anteriores al cese. Las prestaciones por edad avanzada significaban entre un 50 por

²⁰ El sistema se rigió, desde 1968 hasta el año 1993, por dos leyes centrales: la Ley 18.037 y la Ley 18.038, relativas a regímenes de asalariados y autónomos, respectivamente, que establecían el funcionamiento del Sistema Nacional de Previsión Social.

ciento y un 69 por ciento, y los haberes de quienes eran titulares de pensiones por fallecimiento ascendían al 75 por ciento de la prestación que recibía –o hubiese recibido en caso de muerte prematura– el causante más un 5 por ciento por hijo, siempre que no se superase el 100 por ciento del haber del causante. Previendo el efecto de la evolución de los precios internos sobre el poder de compra de estos haberes, ambas leyes establecían un sistema de movilidad del monto de los haberes jubilatorios centrado en la evolución del nivel general de los salarios (artículo 51 de la Ley 18.037), o en la correspondiente a las distintas categorías de autónomos (artículo 38 de la Ley 18.038) (Calvi y Cimillo 2010).

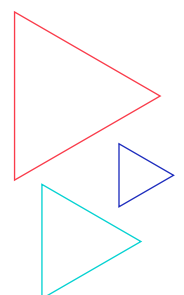
Las sucesivas crisis del sistema operaron como un argumento de peso para instalar el cambio de paradigma, que implicó la sanción de la Ley 24.241 en 1993 y que entró en vigor en 1994. Esta ley creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), entendiendo por “integrado” a la coexistencia en una única estructura jurídica a dos sistemas. Por un lado, el régimen previsional público, organizado bajo criterios de reparto, y, por otro, un régimen de administración privada, de capitalización individual, bajo responsabilidad de Administradoras privadas de fondos de jubilación y pensión (AFJP), generando una suerte de ahorro cautivo, para apuntalar el mercado de capitales doméstico. Cada uno de los sistemas respondía a formas diferentes de financiamiento.

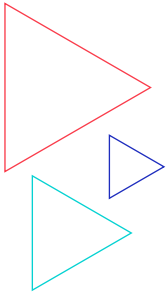
En el caso del pilar de reparto, tras la reforma, el Estado Nacional otorgaba cinco tipos de prestaciones: i) Prestación Básica Universal (PBU), que se paga a todos los afiliados al SIJP a partir de los 60 años para las mujeres y 65 para los varones y que acreditaran treinta o más años de servicios computables cualquiera que sea el régimen elegido; ii) Prestación Compensatoria (PC), destinada a los que estaban afiliados al anterior sistema previsional; iii) Prestación Adicional por Permanencia (PAC), a la que tenían derecho aquellos afiliados que hubieran optado por permanecer en el régimen de reparto; iv) Prestación por edad avanzada, reconocida a aquellos afiliados que no cumplían con los requisitos necesarios para acceder a alguna de las prestaciones mencionadas anteriormente, y v) Retiro por Invalidez y Pensión por Fallecimiento.

El Régimen Mixto de Capitalización Individual (RMC) pasó a ser administrado por las AFJP y financiado con la acumulación de los aportes individuales del trabajador en actividad y el producto de las rentas de estos aportes en cuentas individuales denominadas cuentas de capitalización individual (CCI). Quedaron excluidos de derecho el personal militar de las Fuerzas Armadas, las fuerzas de seguridad, personal policial y la mayoría de las cajas provinciales, que contaban con regímenes especiales, por lo que la idea de sistema integrado lejos estuvo de alcanzarse. En los hechos, el sistema excluía del beneficio previsional a quienes tenían trabajos precarios (empleo no registrado), a trabajadores y trabajadoras rurales (de bajos niveles de ingreso), al servicio doméstico parcialmente y todo tipo de trabajo no remunerado. Entre quienes tenían la posibilidad de “elegir” el pilar al cual pertenecer, se estableció un plazo de noventa días desde el inicio de la relación laboral, o en su caso de la actividad autónoma, para ejercer la opción, es decir, permanecer en el régimen de reparto o pasarse al régimen de capitalización individual. En caso de no ejercer la opción, se los incorporaba de oficio al régimen de capitalización individual, asignándoles una AFJP.

Los beneficios que se reconocían en el régimen de capitalización individual fueron: i) Jubilación Ordinaria, financiada por el saldo de la cuenta y percibida según la modalidad elegida por el beneficiario (retiro programado, renta vitalicia previsional o retiro fraccionado); ii) Retiro por Invalidez; iii) Pensión por Fallecimiento del afiliado activo o del beneficiario de la Pensión de Jubilación o del Retiro Transitorio por Invalidez. El contralor y la regulación del sistema los ejercía la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

En el SIJP el Estado garantizaba: i) la rentabilidad mínima sobre los fondos de las AFJP; ii) la integración en las cuentas de capitalización individual de los correspondientes capitales complementarios y de recomposición, así como el pago de todo retiro transitorio por invalidez, en el caso de quiebra de una AFJP; iii) el pago de las jubilaciones, retiros por invalidez y pensiones





por fallecimiento a los que optaron por renta vitalicia y en caso de quiebra o liquidación de las compañías de seguro de retiro; iv) un haber mínimo, cuando se hubieran cumplido los requisitos y determinado monto de haberes y las personas jubiladas manifestaran en forma expresa su voluntad de acogerse a este beneficio, para lo cual se incrementaría la PBU; v) la percepción de la Prestación Adicional por Permanencia (PAP).

El financiamiento se aseguraba con los aportes patronales y el aporte de los trabajadores y las trabajadoras: quienes que se desempeñaban en relación de dependencia aportaban el 11 por ciento de la remuneración y los empleadores contribuían con el 16 por ciento de la remuneración de sus empleados y empleadas. A partir de 1993, sucesivos decretos fueron disminuyendo las contribuciones patronales, y en 1998 el promedio era del 10,9 por ciento. En el caso de quienes tenían un trabajo autónomo, debían aportar obligatoriamente el 27 por ciento de la renta presunta, porcentaje del cual se destinaban 11 puntos a financiar el régimen que hubiese elegido la persona con trabajo autónomo y los otros 16 puntos se destinaban al financiamiento del régimen de reparto. A la hora de calcular los haberes previsionales, el diseño del SIJP mostraba un claro desestímulo del régimen de reparto, ya que la determinación del monto de las prestaciones producía una importante distancia entre los haberes y los ingresos en periodo de actividad.

En 1995 se aprobó la denominada “Ley de solidaridad previsional” (Nº 24.463/95), que rompía con los principios previsionales ya que sujetaba los derechos adquiridos a la disponibilidad presupuestaria del Estado. La ley señalaba que la movilidad y el haber mínimo serían definidos por la Ley de Presupuesto, que llevó a que por casi diez años quedaran congelados los haberes previsionales, y se autorizaba legalmente a las personas jubiladas a trabajar.

El fundamento, impensable en otro contexto político que no fuera el neoliberal de aquellos años, era que ningún habitante podría reclamar “derechos adquiridos” contra el Estado. Con esta norma, se quebraron dos principios básicos de la seguridad social²¹: el principio sustitutivo de los haberes previsionales y el de redistribución de la renta nacional. La ley de solidaridad previsional eliminó las prestaciones definidas, igualando al sistema público y privado en la incertidumbre respecto de qué prestaciones corresponden a cada beneficiario, quedando en manos del Legislativo el monto y la actualización de las prestaciones y en manos del Ejecutivo disponer el presupuesto²².

Tanto las leyes que modificaron el criterio de determinación de los montos de las jubilaciones y pensiones como las resoluciones administrativas que establecieron obstáculos procedimentales para cobrarlas fueron impugnadas constitucionalmente. En algunos de esos casos, tribunales de segunda instancia declararon la inconstitucionalidad de las leyes cuestionadas²³, aunque algunas de estas decisiones fueron, a su turno, revocadas por la Corte Suprema ampliada (compuesta por nueve jueces)²⁴.

21 El artículo 19 de la ley de solidaridad fue declarado inconstitucional por la CSJN en el caso *Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios*, el 29/3/2005. Entre otros fallos que declararon la inconstitucionalidad del artículo: “MASUD, BEATRIZ AMIRA C/ ANSES - AMPARO LEY 16.986”, Expte. nº FCB 3712/2013/CA1.

22 La ley de solidaridad previsional, al sujetar la movilidad de los haberes previsionales a las partidas presupuestarias que, a tales efectos, se determinara anualmente en cada Ley de Presupuesto, echó por tierra el derecho de propiedad y los derechos previsionales de las personas, derechos de expresa recepción constitucional (arts. 14, 17 CN: derecho de propiedad, art. 14bis CN: derechos sociales) y de recepción en los TIDH con jerarquía constitucional del art. 75, inc. 22 CN.

23 Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala II, “Ciampagna, Rodolfo N. c. ANSeS”, 11/4/1997 (inconstitucionalidad de la “excepción de falta de recursos”), “González, Herminia del Carmen c. ANSeS”, 11/2/1998 (inconstitucionalidad del carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Suprema en materia de seguridad social para los tribunales inferiores) (Abramovich 2009).

24 La Constitución de 1853 establecía que la Corte Suprema de Justicia estaría integrada por nueve jueces y dos fiscales, pero con la reforma de 1860 se suprimió la disposición respecto a la cantidad de jueces para que el Congreso fijara el número que considerara adecuado, y en 1862 la Ley Orgánica de la Justicia Federal determinó que fueran cinco los integrantes. En 1960, por ley del Congreso, se llevó a siete el número de jueces, en 1966 se volvió a la composición anterior de cinco jueces y un procurador general, integración que

El caso “Chocobar” fue relevante ²⁵, ya que el alto tribunal se apartó de la jurisprudencia constitucional sobre seguridad social e interpretó la Constitución, e incluso los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución, para condicionar los derechos a la existencia de recursos públicos, avalar medidas regresivas y afirmar un poder más enérgico de restricción de los derechos sociales, el cual se reconocía casi ilimitado en épocas de “emergencia” (Abramovich 2009). Precisamente, en ese caso, la Cámara Federal de la Seguridad Social (CSS) resolvió de conformidad con el índice del salario básico del convenio de la industria y la construcción, siempre que el índice del art. 53 de la Ley 18.037, aplicable al caso, fuera menor al primero en un 1 por ciento o más, lo que consideraba confiscatorio. A su vez, estableció que la Ley 23.928 –de convertibilidad con el dólar estadounidense– no afectaba las prescripciones de la Ley previsional 18.037 para la determinación de los haberes mensuales.

La instrumentación legal de la “inamovilidad” jubilatoria se había realizado por imperio de la ley de convertibilidad con el dólar, que impedía la indexación de precios, actualización monetaria y variación de deudas, precios o tarifas de bienes y servicios (art. 10) y la Ley 24.463, de reforma previsional, groseramente inconstitucional. De este modo, se transformaba el régimen previsional público en uno de reparto asistido, en el que el Estado Nacional garantizaba el otorgamiento de las prestaciones hasta el monto de los créditos presupuestarios expresamente comprometidos para su financiamiento por la Ley de Presupuesto (arts. 2 y 7). La ANSES apeló la decisión con el argumento de que la Ley 23.928 había derogado la Ley 18.037. La CSJN, por mayoría, revocó el fallo de la CSS dándole la razón a la ANSES y agregó que el art. 160 de la Ley 24.241, modificatoria de la Ley 18.037, que mantenía la movilidad de las leyes anteriores que tuvieran una fórmula diferente de la última, no era aplicable al caso. Con el fallo Chocobar, la movilidad jubilatoria dejó de ser un derecho constitucional para pasar a ser una mera prescripción legal sujeta a los vaivenes de las mayorías representadas en el Poder Legislativo o conformadas en él, a las decisiones inconsultas del Poder Ejecutivo y a la escasez de los recursos del Estado. Además, el fallo distingue entre relaciones contractuales de orden privado (en las que rige la inviolabilidad de la propiedad privada) y relaciones de la seguridad social en las que “no es forzoso que exista una estricta proporcionalidad entre los aportes recibidos y las prestaciones acordadas por las cajas”.

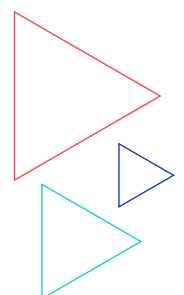
Un año después, a través de un decreto y no de una ley (Decreto 290/01), se estableció que los empleadores por medio de aporte mínimo podían incorporar a las trabajadoras del servicio doméstico al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) y a una cobertura médica básica. Las prestaciones contempladas eran: jubilación por vejez, retiro por invalidez o pensión por fallecimiento, y Programa Médico Obligatorio (PMO) para la trabajadora titular. Las contribuciones a cargo del empleador ingresarían al régimen público de reparto y la trabajadora podría efectuar aportes voluntarios a fin de acceder al sistema de capitalización. Esta medida tuvo un sentido de neto corte fiscal y fue recién en 2013 que se aprobó el Régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares (Ley 26.844), que equipara las condiciones laborales al resto de los trabajadores y las trabajadoras ²⁶.

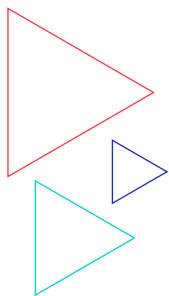
En enero de 2005, por medio de la Ley 25.994, se crearon dos nuevas modalidades de acceso a beneficios previsionales: las jubilaciones anticipadas por desempleo, que beneficiaron a los trabajadores que tenían aportes jubilatorios, pero no la edad para el retiro, y las prestaciones (jubilaciones y pensiones) por moratorias, que alcanzaron a los trabajadores con edad de jubilarse, pero con aportes incompletos. Entre junio de 2005 y diciembre de 2008, las jubilaciones

se mantuvo hasta 1990, cuando se elevó nuevamente el número a nueve (Ley 23.774). Con esta medida se produjo la “mayoría automática” entre sus integrantes y avalaba las decisiones del Poder Ejecutivo. La Ley 26.183 de 2006 dispuso nuevamente que serían cinco los jueces y las juezas de la CSJN, <https://www.csjn.gov.ar/preguntas-frecuentes/detalle/5719>.

25 Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad, 27/12/1996.

26 Argentina ratificó el Convenio núm. 189 de la OIT en 2014.





anticipadas sumaron 45 895 nuevos beneficios. Por su parte, en el mismo lapso las prestaciones por moratoria incorporaron al régimen contributivo a 1 915 730 nuevos jubilados y pensionados (Calvi y Cimillo 2010). Esta forma de ingresar al sistema previsional significó una importante fuente de cobertura de las personas que no habían completado su trayectoria de aportantes, especialmente el caso de las mujeres debido a las responsabilidades de cuidado. Esto daba cuenta de los importantes baches de cobertura que el sistema arrastraba desde hacía varias décadas y que se agravaron con la creación del SIJP, como también por las condiciones de deterioro de la inserción laboral de los trabajadores activos.

La primera de las reformas se produjo en marzo del 2007 a través de la Ley 26.222, que estableció la liberación de la opción previsional por un periodo de seis meses y permitió a 14,5 millones de trabajadores elegir hacia dónde dirigir sus aportes. Esto provocó que más de 1 260 000 trabajadores optaran por abandonar el régimen de capitalización y regresaran al régimen público de reparto, al mismo tiempo que los nuevos ingresantes al sistema (Calvi y Cimillo 2010). La norma también estableció que quienes pasados los noventa días corridos no ejercieran su elección por el sistema de capitalización quedarían directamente encuadrados en el subsistema público de reparto. Asimismo, la ley incrementó el tope máximo de remuneración sujeta a aportes personales, elevándolo de 60 a 75 cada módulo previsional.

Estas medidas motivaron una importante ola de reclamos judiciales, que llegaron a la Corte Suprema, que, en su nueva composición de cinco miembros, revocó algunas de las sentencias dictadas por la anterior composición del tribunal y amplió la interpretación de los derechos previsionales a partir de estándares internacionales de derechos humanos. Entre los fallos destacados de este cambio jurisprudencial, se destacan el caso “Sánchez” (2005), en que la Corte revirtió el precedente “Chocobar” y sostuvo que la prohibición de actualizar precios de acuerdo con índices inflacionarios no se aplicaba al sistema previsional, ordenando al Poder Ejecutivo reajustar jubilaciones desactualizadas a partir de las variaciones del índice generales de salarios. Asimismo, la Corte subrayó las vinculaciones existentes entre movilidad de las jubilaciones y el derecho a un nivel de vida adecuado para los trabajadores jubilados. Posteriormente, en el caso “Badaro” la Corte reafirmó el valor de la garantía constitucional de movilidad jubilatoria y las obligaciones que le competen al Congreso y al Poder Ejecutivo en torno al régimen previsional. La Corte destacó en concordancia la relación de la jubilación con un nivel mínimo de vida, que obliga a relacionar la variación de haberes previsionales con la evolución del costo de vida y no solo para los haberes básicos. También estableció el vínculo con los salarios de los trabajadores activos y de esta manera obligaba a acompañar la evolución mediante fórmulas que debía fijar primordialmente el Congreso. Se subrayó la necesidad de preservar reglas de equidad mínimas en cada escala relacionadas con los esfuerzos contributivos y más allá de la recomposición de los haberes mínimos (Abramovich 2009).

Con posterioridad a la sentencia, el Gobierno anunció un aumento jubilatorio del 13 por ciento en el presupuesto 2007. Al finalizar ese año, la CSJN retomó el caso Badaro y dictó la sentencia conocida como “Badaro II” en la que declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2, de la Ley 24.463 porque su aplicación incumplía el mandato previsto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional²⁷. El máximo tribunal consideró agotado el plazo razonable otorgado en su primera intervención en el expediente Badaro (Badaro I) a los poderes políticos, dispuso que la jubilación del actor se ajustase según las variaciones anuales del índice de salarios a nivel general elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, lo que en los hechos significó un aumento del 88,5 por ciento (Orlando 2019).

²⁷ El inc. 2 señala: “A partir de la vigencia de la presente ley todas las prestaciones de los sistemas públicos de provisión de carácter nacional tendrán la movilidad que anualmente determine la Ley de Presupuesto. Dicha movilidad podrá ser distribuida en forma diferenciada a fin de incrementar las prestaciones mínimas. En ningún caso esta movilidad podrá consistir en una determinada proporción entre el haber de retiro y las remuneraciones de los activos (...)”.

En 2008 se sancionó la Ley 26.417 de movilidad jubilatoria, que estableció aumentos semestrales a aplicarse en marzo y septiembre de cada año de acuerdo con la evolución de los salarios, la recaudación tributaria, entre otros. Se estableció un mecanismo de cálculo que combinaba variables vinculadas al salario (50 por ciento) y el 50 por ciento de la recaudación tributaria, que permaneció vigente hasta 2017.

En el año 2008, en el marco de una nueva reforma del sistema, el SIJP fue sustituido mediante Ley 26.425 por el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), que dispuso que los fondos cedidos a la administración privada retornaran al gerenciamiento estatal, a partir de la unificación en el régimen previsional público. Se garantizaba así a los afiliados al régimen de capitalización idéntica cobertura y tratamiento que los brindados por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. El SIPA incluyó a personas mayores de 18 años de edad que se desempeñaran bajo relación de dependencia en la actividad pública o privada, o que ejercieran actividades en forma autónoma. Persistieron las exclusiones del personal militar de las Fuerzas Armadas y de seguridad, el personal policial, los afiliados y afiliadas a otros sistemas de tipo provincial, local y/o profesional, siempre que no ejercieran en forma simultánea alguna de las actividades previstas en el SIPA. Se mantuvieron además trece Cajas Previsionales Provinciales que no fueron traspasadas al SIPA, y que correspondían a las provincias de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Santa Cruz y Santa Fe (ANSES 2011), a las que se sumaron aproximadamente 130 cajas profesionales y regímenes especiales, con lo cual el sistema no superó su fragmentación histórica, conformando en la actualidad un mosaico de cajas específicas y jurisdiccionales.

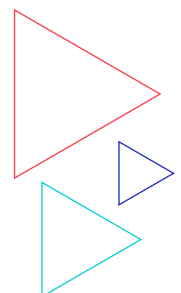
En la misma dirección, el Decreto 1.454, de noviembre de 2005, modificó el régimen de regularización de deudas para trabajadores autónomos, estableciendo una moratoria permanente por los periodos adeudados anteriores a 1993. Todas aquellas personas a quienes les faltaban los años de aporte requeridos debían inscribirse en un plan de regularización de deuda, contabilizando los meses declarados en moratoria bajo la categoría de autónomos²⁸. En todos los casos comprendidos en el plan de inclusión previsional, el acceso al beneficio jubilatorio otorgó el derecho inmediato a la cobertura de salud del Programa de Atención Médica Integral (PAMI) y al régimen de asignaciones familiares del sector pasivo.

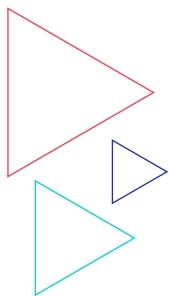
El programa de inclusión previsional tuvo una rápida implementación y con un importante impacto en la extensión de la cobertura: hasta el cuarto trimestre de 2010, más de 2,5 millones de personas se incorporaron al sistema previsional nacional en el marco de este programa, que se sumó al incremento del número de pensiones no contributivas, todo lo cual ha tenido un fuerte impacto operativo tanto en la ANSES como en el PAMI. Del total, 1 808 853 mujeres se beneficiaron con la opción de la moratoria, mientras que los varones fueron 529 235²⁹. La jubilación anticipada, en cambio, tuvo baja incidencia en el ingreso al sistema, por lo tanto, menos de 50 000 personas lo hicieron bajo esta modalidad (ELA 2011). En 2014 la Ley 26.970 extendió el periodo de referencia para ingresar a la moratoria hasta 2003, contemplando además situaciones de vulnerabilidad socioeconómica.

Los resultados de esta moratoria previsional constituyen un ejemplo contundente de cómo las brechas en el mercado laboral se reproducen en el sistema previsional: el 87 por ciento de las

28 La normativa permitía declarar hasta un máximo de siete años de aportes por declaración jurada por tareas en relación de dependencia o autónomas anteriores al 1/1/1969 (valor decreciente según la edad de la persona). Además, la regulación permitía computar como un año de aporte cada dos años excedentes de la edad jubilatoria. Una vez asumida la deuda, esta podía ser abonada en un plan de hasta 60 cuotas mensuales. Como requisito para ingresar a la moratoria, se solicitaba abonar la primera cuota; las restantes podrían ser descontadas del propio haber jubilatorio. El valor de esta cuota estaba relacionado con la densidad de aportes con que contara la persona. Una vez finalizado el plan de cuotas, el haber se abonaba en forma completa (ELA 2011).

29 Según datos de la Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa sobre la base de ANSES.





personas que se presentaron a la moratoria previsional fueron mujeres, con una edad promedio de 72 años, y las tres cuartas partes de ellas no contaban con ningún beneficio jubilatorio previo (ELA 2011). Por tales razones, comúnmente se denomina a esta moratoria “jubilación para amas de casa”, lo cual en cierta forma introduce la necesidad de contabilizar el trabajo de cuidado o reconocerlo como aporte efectivo, aunque se debe señalar que la medida no apuntó a ello, sino que se dio como efecto secundario. Por otra parte, y a septiembre de 2021, el valor del haber jubilatorio promedio sin moratoria (48 804 pesos argentinos) era casi el doble del que recibieron las personas que accedieron por moratoria (27 418 pesos argentinos) (MTEySS 2021).

Desde el punto de vista del financiamiento, la implementación del programa de inclusión previsional implicó un importante incremento en el gasto público destinado a seguridad social³⁰, ya que las erogaciones del Gobierno nacional para esta finalidad pasaron del 4,7 por ciento del PIB en el año 2005 al 7,5 por ciento en el año 2009. No se observó, en cambio, un incremento sustantivo en las finalidades vinculadas al INSSJP, pues las partidas destinadas a prestaciones sociales y atención de la salud aumentaron solo de un 0,7 por ciento en 2005 a un 1,1 por ciento en 2009 (ELA 2011)³¹.

En 2016, por Ley 26.270, se estableció la Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM), que establece un beneficio para toda persona mayor de 65 años que no tenga cobertura previsional. Se diferencia de las moratorias anteriores en que se establece como un beneficio periódico permanente, aunque de menor cuantía, ya que fija el 80 por ciento del haber previsional y con el requisito de tener 65 años de edad para mujeres y varones. Sin embargo, la PUAM se aplicó en paralelo a las moratorias y en 2019 por Resolución 17 de la ANSES se establecieron nuevos requisitos para el acceso en función de criterios patrimoniales y de consumo, lo cual se aleja del principio de universalidad. De hecho, en septiembre de 2021 alcanzaba a 211 013 personas, equivalente al 1,2 por ciento del total de las prestaciones del SIPA (MTEySS 2021).

En 2017 se sancionó la Ley 27.426, que define la movilidad jubilatoria considerando una combinación entre el 70 por ciento de la inflación medido por IPC (índice de precios al consumidor) y el 30 por ciento de los salarios. La actualización cambia en forma trimestral y establece las garantías de los haberes previsionales en un mínimo equivalente al 82 por ciento del valor del salario mínimo, vital y móvil (SMVM). En 2019 se produjo una nueva reforma a partir de la Ley 27.541, indicando que, en el marco de la emergencia previsional, se suspendía la anterior forma de cálculo por 180 días. Luego se dictaron numerosos decretos del Poder Ejecutivo estableciendo mecanismos de cálculo hasta la sanción de la Ley 27.609 en 2020, que combina los índices de evolución de los salarios (RIPTE) por partes iguales (50 por ciento) y un 50 por ciento de la recaudación de ANSES. Se aplica a jubilaciones, pensiones y asignaciones familiares, incluyendo la Asignación Universal por Hijo (AUH) y Asignación Universal por Embarazo (AUE). En un fallo de diciembre de 2021, la CSJN, fundándose en los TIDH, en especial en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, estableció que las personas jubiladas merecen una especial consideración y protección y no pueden ser sometidas a cargas procesales desproporcionadas³².

30 Si bien la moratoria se estableció a partir de 2005, las partidas específicas para su financiamiento se incorporaron en el presupuesto de la administración nacional a partir de 2007, a través de la creación de un subprograma presupuestario que se denomina “Prestaciones Previsionales Ley N° 25.994”, que a su vez también incorpora el pago de haberes relacionados con la moratoria por Ley 24.476 (ANSES 2011).

31 En 2007 los recursos destinados a atender el pago de los haberes previsionales relacionados con la moratoria alcanzaron los 12,1 millones de pesos argentinos, equivalente al 27,5 por ciento del gasto total en prestaciones previsionales de la ANSES y el 23,5 por ciento de las erogaciones corrientes y de capital de la institución (ELA 2011).

32 CSJN 60858/2009/CA1-CS1 Garay, Corina Elena c/ ANSeS s/ reajustes varios, 7 de diciembre de 2021. Anteriormente en el caso García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, el Tribunal estableció que no puede adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad, en especial respecto a cargas impositivas.

Por último, y de manera reciente, se ha avanzado en dos nuevas propuestas de inclusión previsional. La primera reconoce el valor del trabajo de cuidado y se establece para aquellas mujeres en edad jubilatoria (60 años y más con hijos o hijas) que no cuenten con años de aportes suficientes y que aún no se hayan jubilado. En estos casos, se reconoce un año de aporte por cada hijo o hija y dos años de aportes por hijo o hija adoptado y de forma adicional, un año más por hijo o hija con discapacidad y dos años para mujeres que hayan percibido la AUH por al menos un año. Asimismo, se reconocen como aportes efectivos los meses de licencias de maternidad como el periodo de excedencia.

La segunda medida es el establecimiento de una jubilación anticipada para personas que se encuentren desocupadas al 30 de junio de 2021, que cuenten con 30 años de aportes y les falte hasta cinco años para jubilarse. El haber jubilatorio será del 80 por ciento y al momento de cumplir la edad jubilatoria se cubrirá al 30 por ciento³³.

Finalmente, el Sistema Único de la Seguridad Social contempla el sistema de pensiones no contributivas, vigente desde 1948 por Ley N° 13.478, que no requieren cotizaciones previas y se financian con recursos generales, mediante una transferencia desde la ANSES hacia la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales dependiente del Ministerio de Desarrollo Social. Entre los beneficios se encuentran las pensiones honoríficas de veteranos de la guerra del Atlántico Sur (excombatientes de Malvinas), pensiones graciables o asistenciales, entre otras para madres de siete o más hijos nacidos vivos, pensiones otorgadas por leyes especiales (pensiones para presidentes y vicepresidentes de la nación, para jueces de la Corte Suprema de Justicia, Premios Nobel y Olímpicos, primeros Premios Nacionales de la Ciencias, Letras y Artes Plásticas, precursores de la aeronáutica, pioneros de la Antártida; preladados, sacerdotes seculares, exobispos y arzobispos; familiares de desaparecidos –creada en 1990 por Ley N° 23.746–; primera conscripción argentina; expresos políticos, personas trasplantadas y para hijos e hijas de víctimas de femicidio).

4.2 Asignaciones familiares

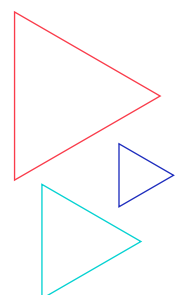
A las reformas previsionales les siguieron las reformas en materia de asignaciones familiares y en salud. En el primer caso, consistían en transferencias monetarias para afrontar el crecimiento y la constitución del núcleo familiar. En 1956 se dispuso la primera asignación por hijo o hija a cargo de una caja compensadora, y en 1957 se crearon la Caja de Asignaciones Familiares para el Personal de Comercio (CASFEC) y la Industria (CASFIC), extendiéndose en 1964 a otras ramas de actividad. En 1968, por Ley 18.067, se incorporó a los trabajadores estatales, en 1974 a jubilados y pensionados y en 1976 a los titulares de pensiones asistenciales por vejez. La reforma realizada en 1996 por Ley 24.764 transformó un instituto destinado a establecer medidas de conciliación entre responsabilidades laborales y familiares, en donde ya no se otorga la prestación de acuerdo con la contingencia, sino que el requisito de acceso es el nivel salarial, con una línea de corte de ingresos a partir de la cual se proporciona o no la transferencia, lo que desvirtuó de esta manera el sentido de esta prestación³⁴.

Actualmente, las asignaciones familiares cubiertas son: asignación por maternidad, prenatal, por hijo o hija, por nacimiento y por adopción, por matrimonio, por cónyuge y ayuda escolar anual³⁵. Para la determinación, se toma en consideración el IGF (ingreso del grupo familiar) estableciendo topes salariales para el acceso, determinados por el Poder Ejecutivo nacional.

33 Se trata de la Resolución administrativa de la ANSES 21/2021, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/355000-359999/355328/norma.htm>

34 En octubre de 2021 la CSJN en el fallo Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo Ley 16.986, estableció basándose en el bloque de constitucionalidad el derecho de los trabajadores de contar con guarderías para sus hijos e hijas.

35 <https://www.anses.gob.ar/asignaciones-familiares>





Las personas comprendidas son aquellas en relación de dependencia, jubilados y pensionados, titulares de la pensión honorífica de veteranos, de la ley de riesgos del trabajo y titulares del seguro de desempleo.

Un cambio de relevancia se produjo en 2009 a partir de la implementación de la **Asignación Universal por Hijo o Hija para protección social (AUH)**, que extendió la asignación por hijo o hija a las familias trabajadoras del sector informal, desocupadas y monotributistas sociales³⁶, y posteriormente incluyó a otros colectivos de población trabajadora (casas particulares y temporarios registrados del sector agropecuario). Es decir, la medida extendió los beneficios de las personas con trabajos formales a informales incorporándolas al sistema de seguridad social no contributivo. Se trata de una transferencia monetaria mensual por cada niño, niña y adolescente (NNA) hasta los 18 años de edad, o sin límite de edad cuando se trate de un hijo o hija con discapacidad. La percepción se prioriza en la madre, quien debe certificar el cumplimiento de la condicionalidad, que consiste en el cumplimiento de los controles de salud y la regularidad educativa de NNA. A diferencia de las asignaciones familiares contributivas, en este caso, la transferencia consiste en un 20 por ciento del total de la asignación mensual y el resto se liquida una vez por año con la presentación de los certificados escolares y la libreta sanitaria.

El programa cubre a 4,4 millones de niños y niñas, adolescentes y personas con discapacidad (ANSES 2021), lo que representa un incremento de un millón de niños y niñas adolescentes frente al momento de su implementación, en noviembre de 2009. Si bien los titulares son los NNA, la perceptora es la madre, que alcanza a un 94 por ciento del total de madres perceptoras, de las cuales el 58 por ciento tiene entre 20 y 34 años, un 35 por ciento entre 35 y 49, un 4 por ciento es mayor de dichas edades y un 3 por ciento es madre adolescente de entre 15 y 19 años. La gran mayoría (81 por ciento) de los y las titulares tiene entre uno y dos hijos o hijas, solo un 6 por ciento tiene cuatro o cinco y apenas un 0,5 por ciento, seis o más hijos o hijas (ANSES 2021, 3). El límite de hijos e hijas se establece en seis, ya que a partir del séptimo o séptima se accede a la pensión no contributiva para madres de más de siete hijos o hijas. La información provista por la ANSES señala que el promedio de hijos o hijas por perceptora es de 1,7 y se mantiene estable, y es similar al observado en el subsistema contributivo de asignaciones familiares, donde el promedio es de 1,6 (ANSES 2021, 3). Se articula como subsistema dentro de la seguridad social y se diferencia de los programas sociales en que permanece abierto y es sumamente dinámico el sistema de altas y bajas de las prestaciones.

En 2011 se implementó la **Asignación Universal por Embarazo (AUE)** por Decreto N° 446/11, que consiste en una transferencia de dinero a mujeres embarazadas, con iguales requisitos socioeconómicos que las receptoras de la AUH y que no tengan cobertura de obra social, excepto que la mujer embarazada, su cónyuge o pareja sean monotributistas sociales, personal de casas particulares o trabajadores de temporada declarados con reserva de puesto de trabajo. Se abona desde la semana 12 de gestación hasta el nacimiento o interrupción del embarazo, y se encuentra supeditada a la inscripción en el **Programa Sumar** (a excepción de las trabajadoras del servicio doméstico, las trabajadoras de temporada y las monotributistas sociales) y al cumplimiento de los controles médicos establecidos por el programa. Al igual que con la AUH, se liquida un 80 por ciento y el 20 por ciento restante cuando se acrediten los controles de salud y el nacimiento del bebé o interrupción del embarazo. Y en el caso de que la mujer embarazada sea menor de 18 años, tiene que designar a quien la represente para la percepción. Cabe señalar

³⁶ El monotributo, creado en 1998 por Ley 24.997, es un régimen simplificado de pago de impuestos al que pueden acceder los pequeños contribuyentes, a partir de una cuota fija que contiene un componente de impuestos y otro de aportes a la jubilación y obra social. A su vez, el monotributo social se encuentra destinado a promover inserción de emprendedoras y emprendedores en situación de vulnerabilidad, que realizan una única actividad económica por cuenta propia, o se encuentran por fuera del mercado formal laboral, o trabajando en relación de dependencia con ingresos brutos inferiores al haber previsional mínimo, <https://www.argentina.gob.ar/servicio/adherir-al-monotributo-social>

que en febrero de 2020 mujeres privadas de su libertad hicieron un reclamo para percibir la AUH y la AUE, que les habían sido denegadas por la ANSES bajo el argumento de que en prisión recibían los elementos necesarios para sus tareas de cuidados. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al reclamo, en el entendido de que negar este tipo de beneficios a mujeres privadas de su libertad es inconstitucional, reconociendo que el trabajo penitenciario es una forma de trabajo constitucionalmente protegido, por lo tanto, corresponde que se les reconozca el derecho a la protección de la seguridad social³⁷.

En síntesis, se visualiza una transformación en la definición de la cobertura de las prestaciones, así como en la integración de programas contributivos y no contributivos. Sin embargo, existen diferencias relevantes respecto de las condicionalidades que no conciben con la prescripción constitucional de igualdad de oportunidades al establecer la lógica punitiva respecto a su cumplimiento (art. 16, CN).

4.3 Salud y riesgos del trabajo

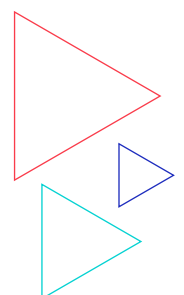
En el caso de la salud, las reformas operaron en dos sentidos: respecto a la salud de las trabajadoras y los trabajadores y en relación con los accidentes de trabajo, y las obras sociales. Por Ley 25.557 de 1995 se transformó un régimen vigente desde 1915 sobre accidentes de trabajo (Ley 96.88). Esta reforma se caracterizó por ser regresiva en relación con derechos adquiridos con anterioridad y fue objeto de varios pedidos de inconstitucionalidad que no prosperaron (Campos y Kletzel 2006). El sistema vigente incluye acciones preventivas y reparatorias. En el primer caso, la cobertura obliga a los empleadores a cumplir con un plan de medio ambiente del trabajo y una serie de normas de seguridad e higiene que garantizan ciertas condiciones en los establecimientos de trabajo para prevenir accidentes. Respecto a las medidas reparatorias, se establece un sistema de prestaciones monetarias periódicas, que buscan compensar a las personas trabajadoras por las pérdidas económicas que pudiese ocasionarle un accidente o enfermedad laboral, cubriendo además gastos de salud derivados del tratamiento. Incluso en caso de fallecimiento, la familia de la persona trabajadora tiene derecho a recibir servicios de sepelio y una indemnización. Este esquema prestacional quedó bajo administración de empresas privadas, denominadas Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART). Cada empleador o empleadora debe asegurar a su personal en una ART, que son fiscalizadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación³⁸.

Tal como fue señalado, el sector salud tiene una tradición destacada en Argentina, como uno de los sectores más relevantes en la conformación del régimen de bienestar. Al respecto, en las bases de conformación se definió un sistema público de salud, de base universal, gratuita y con un modelo orientado hacia la prevención, y para el caso de quienes tienen trabajos formales la cobertura a cargo de las obras sociales de administración sindical. El tercer subsector que se desarrolló fue el privado, que se consolidó fuertemente en los años noventa concentrando en los sectores de mayores recursos. En 1970 se dispuso la creación del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) junto con el PAMI, destinado a la cobertura de personas jubiladas, pensionadas y sus familias.

En los años de ajuste neoliberal, también hubo reformas en ambos sectores, que en el caso de las obras sociales implicó un proceso de reforma y saneamiento de estas, con la desregulación respecto a los mecanismos de elección habilitando la posibilidad de la elección de una obra social diferente a la asignada de acuerdo con la rama de actividad. En ese marco, se aprobó por Resolución del Ministerio de Salud N° 247 de 1996 el Programa Médico Obligatorio (PMO), que establece el contenido mínimo de prestaciones médico-asistenciales y medicamentos que

37 FLP 58330/2014/1/1/RH1 Internas de la Unidad N° 31 SPF y otros s/habeas corpus.

38 <https://www.argentina.gob.ar/srt>





deben proveer los agentes del seguro de salud (Ley 23.660), sea mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados, y comprende prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico. Posteriormente, por Ley 24.754 de 1997 se extendió la obligación de incluir el PMO a las empresas de medicina prepaga del sector privado ³⁹.

4.4 Desempleo

El seguro de desempleo, instituido por Ley 24.013 de 1991, cubre a personas despedidas de un empleo en relación de dependencia y que se encuentren involuntariamente desempleadas. El tiempo durante el cual los trabajadores pueden percibir esta prestación aumenta según la duración del trabajo registrado previo al desempleo. Durante dicho periodo, los beneficiarios tienen derecho a una cobertura de salud, a recibir asignaciones familiares y a computar aportes previsionales.

En síntesis, el andamiaje institucional en Argentina en materia de seguridad social, en el que paulatinamente se ha integrado la esfera contributiva y no contributiva, aunque con diferencias, habilitó respuestas ágiles en el escenario de crisis provocada por la pandemia del coronavirus. A los refuerzos de las transferencias existentes, se sumaron nuevos programas de emergencia, como el caso del Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), que tuvieron una cobertura masiva gracias a la capacidad institucional de la ANSES, en condiciones de restricción de su funcionamiento, pero que pudo transferir dinero aproximadamente a 9 millones de personas. Estas experiencias abren un interrogante respecto a los dilemas que la seguridad social atravesará en la pospandemia.

5. Conclusiones

El recorrido realizado por la institucionalidad de la seguridad social en Argentina da cuenta de una robusta recepción constitucional, enmarcada en el artículo 14 bis de la CN y de los pactos y tratados internacionales, y por el reconocimiento amplio e interdependiente con otros derechos contenidos en las constituciones provinciales.

A su vez, los estándares interpretativos establecidos en el corpus de derechos humanos como en líneas jurisprudenciales, en general, refuerzan el reconocimiento como derecho a la seguridad social establecido con carácter integral, tal como lo establece la Constitución, y no como prestaciones aisladas. A pesar de su relevancia, ampliación y masividad de la cobertura, aún resultan insuficientes para enfrentar las desigualdades e inequidades existentes con fuertes sesgos de género.

La matriz centrada en el empleo asalariado aún sigue cristalizando aspiraciones en el campo de las políticas sociales, dilatando transformar y brindar respuestas institucionales centradas en un enfoque de derechos humanos. Las condicionalidades establecidas en transferencias monetarias dan cuenta de la dificultad de desprender prestaciones de las necesidades y supeditarlas al mérito, el que además debe ser certificado y acreditado.

La Constitución establece un reconocimiento de la seguridad social desde un abordaje *integral e irrenunciable*, el que debe recepcionar a su vez los principios de derechos humanos referidos a la indivisibilidad, universalidad e interdependencia entre derechos civiles, políticos y los DESC. La

³⁹ Al respecto, la CSJN, en el fallo Cambiaso Perés de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas, 28/8/2007-Fallos: 330:3725, expresó, en primer término, que “de acuerdo al art. 1° de la ley 24.754 las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales –actualizadas periódicamente art. 28 ley 23.661–, las necesarias para la rehabilitación de las personas con discapacidad y las previstas en la ley 24.901 en la medida en que conciernan al campo médico asistencial”.

evidencia que arroja la experiencia argentina, con sistemas altamente fragmentados, da cuenta de la complejidad inherente al diseño y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y de las políticas sociales.

En concordancia, la pandemia de la COVID-19 puso en evidencia que estar protegido o cuidado va más allá de un componente asistencial o del acceso a los recursos. Por el contrario, así como el virus no operó de manera democrática sino de manera interseccional por posición socioeconómica, de género, edad, etnia, geográfica, las respuestas estatales organizadas en torno a un enfoque de derechos posibilitaron soluciones articuladas para afrontar una crisis de tamaño dimensión.

En esta dirección, resulta ineludible considerar la responsabilidad del cuidado como una responsabilidad social –y su reconocimiento como derecho– y, por lo tanto, incorporada dentro del sistema de seguridad social. Implica que no se pueden seguir considerando aportes desvinculados de las trayectorias laborales y de vida de cada persona, sino que la manera en que cada persona asumió sus responsabilidades de cuidados es parte inescindible de su historia laboral. Recientemente se han incorporado medidas en esta dirección que resultan auspiciosas, pero que requieren de mayor institucionalidad y periodicidad.

Sin embargo, resulta fundamental –y urgente– promover una revisión en el campo de la teoría constitucional, del derecho público, en general, y del derecho a la seguridad social, en particular, respecto a los principios en los que se debe basar un nuevo consenso, tanto doctrinario como respecto de las políticas públicas. En la medida que se incorpore efectivamente un enfoque de derechos humanos, de género y diversidades, se podrán enfrentar de manera más equitativa los desafíos para el escenario pospandemia, al mismo tiempo que posibilitará una revisión de los estándares interpretativos judiciales.

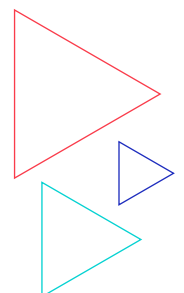
Justamente para avanzar en dar respuestas a la compleja característica de integralidad y universalidad, vinculada al principio de progresividad y no regresividad, la seguridad social debe asumir nuevamente un importante papel.

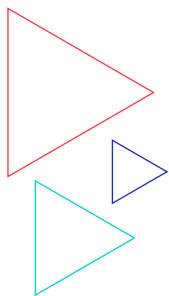
Una seguridad social amplia debe al menos cuestionarse un desacople de las prestaciones de seguridad social de la relación asalariada formal. Pero tampoco puede desvincularse de las capacidades estatales en un país federal como Argentina, demorando acciones y medidas que intervengan sobre diseños superadores de la fragmentación actual.

Sin embargo, la vía de salida no puede ser a través de protecciones sociales atadas a mecanismos administrativos discrecionales y asistenciales, sino prestaciones que se fundamenten en un derecho a la seguridad social. Tampoco debe basarse en establecer nuevas contribuciones, que se apliquen a las personas que trabajan o al Estado, o como derechos derivados de una relación matrimonial o filial, sino pensar formas novedosas de financiar las prestaciones y el sistema junto con una definición integral y transformadora de este.

El caso argentino muestra cómo la aplicación de importantes medidas de protección social, sumadas a estrategias de ampliación de la cobertura como el programa de inclusión previsional, tienen un elevado impacto en términos de calidad de vida de la población. Sin embargo, no alcanzan a revertir las inequidades del sistema. A su vez, si no se aplican en conjunto con medidas para el mercado de trabajo remunerado o el reconocimiento del cuidado como trabajo y como derecho, las estrategias continuarán siendo coyunturales.

La Constitución recuerda los imperativos de igualdad, justicia y ciudadanía social, que deben ser las bases para todo el proceso de revisión del alcance, del ejercicio y de la protección del derecho a la seguridad social con enfoque de género y derechos humanos.

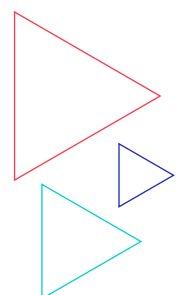


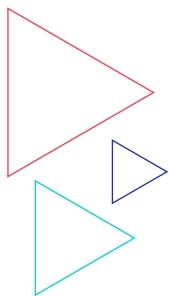


6. Bibliografía

- Abramovich, Víctor. 2009. "El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales". En V. Abramovich y L. Pautassi, comps., *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Abramovich, Víctor y Laura Pautassi, comps. 2009. *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social). 2011. *Análisis de la Cobertura Previsional del SIPA: Protección, Inclusión e Igualdad*. Buenos Aires.
- . 2021. "La Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH): hacia un esquema más inclusivo". Serie Estudios de la Seguridad Social, Dirección General de Planeamiento - Observatorio de la Seguridad Social, junio de 2021.
- Arcidiácono, Pilar. 2012. *La política del "mientras tanto". Programas sociales después de la crisis 2001-2002*. Buenos Aires: Biblos.
- Ariño, Mabel. 2010. "Transformaciones en el mercado de trabajo (PEA, empleo, salarios, ingresos)". En Susana Torrado, dir., *El costo social del ajuste (Argentina 1976-2002)*. Buenos Aires: Edhasa.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2019. *La utopía del oprimido. Los derechos de la pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. Ciudad de México: Akal.
- Barbeito, Alberto y Rubén Lo Vuolo. 1992. *La modernización excluyente. Transformación económica y Estado de Bienestar en Argentina*. Buenos Aires: UNICEF, Ciepp y Losada.
- Bestard, Ana M. 2022. "El control de convencionalidad como herramienta para hacer efectivos los derechos sociales: a propósito del fallo 'Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto'". En Laura Pautassi y Gustavo Gamallo (dirs.), *Brechas de bienestar en Argentina. Políticas contributivas y no contributivas en Argentina (2002-2019)*. Buenos Aires: Biblos.
- Bidart Campos, Germán. 1995. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI. Buenos Aires: Ediar.
- . 1997. *Manual de Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Calvi, G. y E. Cimillo. 2010. "Del SJP al SIPA. Cambios recientes en el sistema de previsión social argentino". *Taripawi. Revista sobre justicia y sociedad* 1 (1).
- Campos, L. y G. Kletzel. 2006. "Progresividad y prohibición de regresividad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina". En Christian Courtis, comp., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cayuso, Susana y Verónica Ientile. 2021. *Constitución de la Nación Argentina comentada. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, 2.ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley.
- Cecchini, Simone y María Nieves Rico. 2015. "El enfoque de derechos en la protección social". En Simone Cecchini, Fernando Filgueira, Rodrigo Martínez y Cecilia Rossel, eds., *Instrumentos de protección social*. Santiago de Chile: CEPAL.

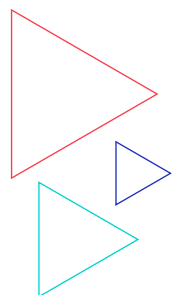
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). 1996. *Quince años de desempeño económico. América Latina y el Caribe, 1980-1995*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL.
- Cetrángolo, Oscar y Ariela Goldschmit. 2018. "Organización y financiamiento de la provisión de salud por parte de la seguridad social en Argentina", Documento de trabajo 25. IIEP-BAIRES.
- Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. 2021. *Objetivos de Desarrollo Sostenible, Metas priorizadas e Indicadores de seguimiento*. Buenos Aires: Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales.
- Dvoskin, Nicolás. 2015. "La seguridad social argentina entre el desarrollismo y el neoliberalismo (1957-1994). Ideas y teorías económicas en los debates sobre su reforma". Tesis doctoral, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (mimeo).
- ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. 2011. *Sistema previsional en Argentina y equidad de género. Situación actual (2003-2010) y perspectivas futuras*. www.ela.org.ar
- Etchichury, Horacio. 2013. *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- . 2019. "Comentario al artículo 5º". En Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, dirs., *Constitución de la Nación Argentina comentada*, tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Gamallo, Gustavo. 2015. "Régimen previsional, seguros provinciales de salud materno-infantil y transferencias a las familias en la Argentina de la posconvertibilidad". En Laura Pautassi y Gustavo Gamallo (dirs.), *El bienestar en brechas. Las políticas sociales en la Argentina de la posconvertibilidad*. Buenos Aires: Biblos.
- Gargarella, Roberto, coord. 2008. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- . 2013. "Injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos (1917-1980)". En Luciana Bercovich y Gustavo Maurino, eds., *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*. Buenos Aires: Eudeba.
- . 2021. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- GTPSS (Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador). 2018. *Observaciones y recomendaciones finales a la República Argentina*. Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, mayo de 2018. http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/Observaciones_finales_GTPSS_Argentina.pdf
- Hernández, Antonio María, dir. 2012. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Leiras, Marcelo. 2013. "Las contradicciones del federalismo argentino y sus consecuencias políticas y sociales". En Carlos Acuña, comp., *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- López Mourelo, Elva. 2020. *La COVID-19 y el trabajo doméstico en Argentina*. Informe técnico. Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para la Argentina.
- Marco, Flavia. 2004. "Rasgos generales de los sistemas previsionales de capitalización individual y de sus contextos laborales y demográficos". En F. Marco, comp., *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género*, 31-60. Santiago de Chile: CEPAL.
- Mesa-Lago, Carmelo. 1977. *Modelos de seguridad social en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Siap.



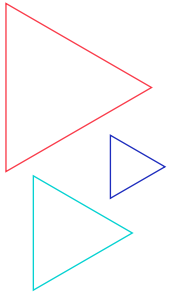


- MTEySS (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social). 2021. *Boletín Estadístico de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.
- Nun, José. 1987. "Vaivenes de un régimen social de acumulación en decadencia". En José Nun y Juan Carlos Portantiero, comps., *Ensayos sobre la transición democrática en la Argentina*. Buenos Aires: Puntosur.
- OIT. 2003. *África: en busca de un trabajo decente. Trabajo. Revista de la OIT* 49. Ginebra: OIT, diciembre de 2003.
- . 2010. *Informe Mundial sobre la Seguridad Social 2010/11. Brindar cobertura en tiempos de crisis y después de las crisis (World Social Security Report 2010/11: Providing coverage in times of crisis and beyond)*. Ginebra: OIT.
- . 2020. *Panorama Laboral 2020. América Latina y el Caribe*. Lima: Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe.
- . 2021. *Construir sistemas de protección social: normas internacionales e instrumentos de derechos humanos*. Ginebra: OIT.
- Orlando, Federico. 2019. "Artículo 14 bis". En Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, dirs., *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Paganini, Mario. 1983. "El concepto de contingencia en seguridad social". Rosario: ZEUS, tomo 33.
- . 2014. "Caracteres constitucionales del derecho a la seguridad social". *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 14. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pautassi, Laura. 1995. "¿Primero las damas? La situación de la mujer frente a la propuesta del ingreso ciudadano". En R. Lo Vuolo, comp., *Contra la exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano*. Buenos Aires: Ciepp y Miño y Dávila.
- . 2005. "¿Bailarinas en la oscuridad? Seguridad social en América Latina en el marco de la equidad de género". Ponencia presentada en la Trigésima Octava Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Mar del Plata, septiembre de 2005; en el Panel sobre Protección Social y Género.
- . 2007. *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, Serie Mujer y Desarrollo 87. Santiago de Chile: CEPAL, octubre de 2007.
- . 2009. "Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública". En Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho II*. Buenos Aires: Eudeba.
- . 2013. "Seguridad y protección social. Lecciones de la experiencia argentina". En Luciana Bercovich y Gustavo Maurino, eds., *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*, 79-102. Buenos Aires: Eudeba.
- . 2020a. "La agenda de progresividad en el Sistema Interamericano. Una aproximación a partir del derecho a la salud". En Mariela Morales Antoniazzi, Laura Clérico y Liliana Ronconi, coords., *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaval de la Corte IDH*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- . 2020b. "Monitoring the implementation of social rights through indicators with special focus on the inter-American level". En Christina Binder, Jane Hofbauer, Flávia Piovesan y Amaya Úbeda de Torres, eds., *Research Handbook on International Law and Social Rights*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing.

- Rico, María Nieves y Daniela Trucco. 2014. *Adolescentes: derecho a la educación y al bienestar futuro*, Serie Políticas Sociales 190. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- Rodríguez Garavito, César. 2011. *El derecho en América Latina. Un mapa del pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Rulli, Mariana. 2019. *La política de las reformas previsionales en Argentina (1993-2015)*. Viedma: Universidad Nacional de Río Negro.
- Salama, P. 2006. "La pobreza en América Latina. La lucha contra las dos V: volatilidad y vulnerabilidad". En R. Lo Vuolo, comp., *La credibilidad social de la política económica en América Latina*. Buenos Aires: Ciepp y Miño y Dávila.
- Torrado, Susana. 2010. "Modelos de acumulación, regímenes de gobierno y estructura social". En Susana Torrado, dir., *El costo social del ajuste (Argentina 1976-2002)*. Buenos Aires: Edhasa.
- Vanossi, Jorge. 1987. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, 1.ª ed. de la edición de 1982 corregida y aumentada. Buenos Aires: Eudeba.
- Vassallo Sella, Carlos, Adolfo Sánchez de León y Guillermo Oggier. 2022. "Salud: en deuda con la equidad en el acceso y la calidad de los servicios". En Gustavo Gamallo, comp., *De Alfonsín a Macri: democracia y política social en Argentina (1983-2019)*. Buenos Aires: Eudeba.
- Vita, Leticia y Julieta Lobato. 2021. "Elevar nuestra voz a los constituyentes: las peticiones de mujeres ante la reforma constitucional de 1949". *Pasado Abierto* 13, enero-junio.



▶ **III. La seguridad social
en la Constitución
boliviana**



III. La seguridad social en la Constitución boliviana

Ritha Sandoval Peña ¹

Resumen

La aparición de la seguridad social como sistema responde al abandono de las concepciones liberales y a la aceptación de doctrinas estatistas que ponen mayor énfasis en las cuestiones sociales. En los textos constitucionales, la regulación de la seguridad social aparece en las constituciones sociales de principios de siglo XX. En Bolivia, es la Constitución de 1938 la primera que incorpora el concepto de seguridad social en su texto, aunque los progresos más importantes en la materia acontecieron durante la Revolución Nacional de 1952, plasmados recién en la Constitución de 1961. Los cambios políticos han implicado siempre una mayor o menor atención a este tema, y a otros relativos a los aspectos sociales.

En ese contexto, la Constitución de 2009, vigente en la actualidad, profundiza el tratamiento del derecho a la seguridad social. Por un lado, agudiza los aspectos protectivos y garantistas; pero, por otro lado, conceptúa de manera más amplia la noción de seguridad social; le encomienda al Estado una serie de tareas en esta materia; y, finalmente, como para el resto de los derechos fundamentales, prevé una serie de mecanismos para garantizar, hacer efectivos o, al menos, defender cualquier menoscabo a estos derechos.

Claramente, los diferentes tratados en materia de derechos humanos, así como las normas internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, incluyendo el Convenio núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima), han impactado el ordenamiento jurídico boliviano. Concretamente, el referido convenio proporciona lineamientos y establece un conjunto de parámetros a fin de garantizar el acceso a la seguridad social, incluyendo la asistencia médica y la garantía del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.

1. Introducción

En el Estado Plurinacional de Bolivia, al igual que en la mayor parte del mundo, las normas protectoras de la fuerza de trabajo han aparecido de forma gradual. La atención de la salud de los trabajadores, de los riesgos asociados al trabajo y la previsión de lo que sucederá en el futuro cuando la vejez o la invalidez no les permita seguir trabajando tuvieron una evolución que duró décadas. Sin embargo, la inserción de estos derechos en las constituciones del mundo fue un evento que apareció en un determinado momento, a principios del siglo XX, en el marco de las llamadas constituciones sociales.

Asimismo, puede observarse una evolución en el tratamiento constitucional de la seguridad social, desde su reconocimiento inicial, de una manera muy abstracta, hasta las disposiciones

¹ Abogada especialista en pensiones. Máster en Dirección y Gestión de Planes de Fondos de Pensiones. Diplomada en Sistemas de Pensiones. Especialidad Gestión de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social. Especialidad Gestión de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social. Catedrática en el Posgrado de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Santa Cruz, Bolivia.

actuales, en las que se establecen y atribuyen responsabilidades muy concretas al Estado. También se desarrollan una serie de mecanismos que permitan hacer efectivos estos derechos para que las personas puedan acceder a ellos.

Concretamente, en el Estado Plurinacional de Bolivia, tanto las primeras leyes sociales como las primeras leyes y disposiciones que podemos llamar de seguridad social datan de principios del siglo XX. Pero ha sido sin duda la Constitución de 1938 la que marca un antes y un después; de ahí en adelante, el tratamiento constitucional, y consiguientemente legislativo, de este derecho ha seguido una evolución importante hasta el presente.

En este trabajo se pretende mostrar la aparición y evolución de la regulación de la seguridad social en las constituciones bolivianas, para luego analizar los mecanismos que permiten efectivizarla, así como los principios en que se sustenta. Inevitable ha sido referirse a los cambios políticos experimentados en el país, dado que las constituciones son expresión de estos cambios y de las tensiones que les preceden.

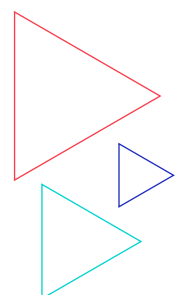
El objeto es contribuir al conocimiento de la constitucionalización del derecho a la seguridad social en Bolivia, contrastando, naturalmente, con su implementación en las leyes y los reglamentos, a fin de tener una visión del camino avanzado, pero también de las tareas pendientes en esta materia. Si bien el estudio tiene un carácter preponderantemente normativo, ha sido también inevitable hacer referencias a datos empíricos que permiten conocer el grado de aplicación y cumplimiento de los principios y las normas de la seguridad social y, naturalmente, a algunos aspectos teóricos y referencias históricas que enmarcan la evolución del reconocimiento de este derecho en el país.

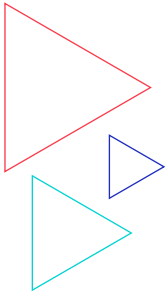
2. Antecedentes

Como se sabe, el liberalismo entró en una aguda crisis a principios del siglo XX. Después de la Primera Guerra Mundial fue abandonado casi unánimemente. Por un lado, la Revolución mexicana, con su marcado acento agrarista y anticlerical, que proclamó la célebre Constitución de Querétaro, considerada como la primera en el género de las constituciones sociales; pero también Alemania y Austria, países que salieron perdidosos de la conflagración bélica, se constituyeron en repúblicas y se dotaron de constituciones democráticas con una fuerte inclinación social. Al este, la Revolución rusa enterraba cualquier esperanza liberal al clausurar la Asamblea Constituyente en enero de 1918 y proclamar el socialismo. Las constituciones liberales, que imperaron desde fines del siglo XVIII, eran documentos de organización del poder político y, en el mejor de los casos, contenían un capítulo de declaración de derechos individuales, que en teoría autolimitaba el poder del Estado. Siguiendo la doctrina del liberalismo, estas constituciones no se ocupaban ni de la economía ni mucho menos de los problemas de la sociedad, bajo el lema de que cada uno era responsable de su propia felicidad y de que el Estado debía limitarse a garantizar el orden público y el libre desenvolvimiento de las iniciativas individuales, en el marco de la ley (Estado gendarme).

Fueron las llamadas constituciones “sociales” las que asumieron que los problemas de la población no son problemas individuales y que parte de las tareas del Estado, por no decir las más importantes, tienen que ver precisamente con resolver los problemas emergentes de la economía y de la distribución de bienes (estado de bienestar). Este modelo estatal se erigió sin negar los derechos individuales, conquistados por el liberalismo, pero sí incorporando los derechos sociales, y también los derechos del Estado respecto a la regulación de la economía.

Cuando Europa occidental transitaba de las concepciones liberales a las concepciones sociales o reformistas, en Bolivia el liberalismo se encontraba en pleno auge; de hecho, gobernaba precisamente el Partido Liberal, vencedor de un conflicto interno conocido como la guerra civil o la guerra federal, que enfrentó al progresista “norte” (La Paz, Oruro, Cochabamba) con el





conservador “sur” (Chuquisaca, Tarija, Potosí), como se denominaba en esa época a las regiones del país. Bolivia vivía de espaldas al mundo, al menos en lo que a las doctrinas políticas concierne. La era liberal (1899-1920) fue sucedida por el predominio del Partido Republicano en el poder (1920-1935); pero este partido político no era más que una escisión del Partido Liberal y, por tanto, mantenía en lo central sus mismos principios políticos.

Pero hubo un evento que sacudió profundamente la conciencia nacional: la Guerra del Chaco (1932-1935), que enfrentó a Bolivia con el Paraguay en una disputa aparentemente territorial, pero que tenía como trasfondo intereses de las grandes transnacionales del petróleo. Una vez concluida esta conflagración bélica, los desmovilizados estaban sedientos de cambio. Durante unos años el poder fue tomado por militares que habían combatido en esta guerra y que, al impulso de la movilización de los sectores de trabajadores, proclamaron sus regímenes como “socialismo militar”. En 1938 el Gobierno presidido por el teniente coronel Germán Busch convocó a una Asamblea Constituyente donde se agitaron recién las nuevas tendencias políticas, y donde, en detrimento de las ideas liberales, la palabra “socialismo” fue la más utilizada. Esta Convención produjo la carta más renovadora del constitucionalismo boliviano: la Constitución de 1938, con la cual Bolivia ingresaría a la era del constitucionalismo social.

2.1 La Constitución de 1938 y la idea de la justicia social

Una de las características de las constituciones sociales es la búsqueda de la justicia social, dato que revela además el abandono de las concepciones liberales, que partían del reconocimiento de que el bienestar es un problema individual y que no atañe al Estado resolverlo. La Constitución de 1938, como no podía ser de otra manera, se propuso de manera explícita adoptar este valor, aunque sin definirlo, ya que una definición es siempre problemática. Es el artículo 106 el que adopta esta tendencia: “El régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tienden a asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano”.

Su inspiración en la Constitución de Weimar es por demás obvia. Esto es lo que dice el artículo 151 de la Constitución alemana de 1919: “El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica”.

Pero aspirar a la justicia social es una cosa, realizarla es algo muy diferente. Como todas las cartas constitucionales de la época, la Constitución de 1938, social, pero no socialista, e inauguradora del llamado “nuevo derecho”, trató de profundizar el principio de igualdad, de no quedarse en la fórmula seca de que todos los hombres son iguales ante la ley. Así, en el ámbito familiar proclamó la igualdad de los cónyuges y la de todos los hijos ante la ley. En esa misma línea, el Estado se autoproclamó como regulador de la economía, lo que permitía prohibir los monopolios, controlar la acumulación desmedida de riqueza y garantizar que los recursos naturales no fueran aprovechados por los particulares. Asimismo, se puso mayor atención al reparto de la tierra, y, sobre todo, se protegió a la fuerza de trabajo, con un amplio desarrollo de la legislación laboral, que comprendía desde el reconocimiento de los derechos de los trabajadores (estabilidad, indemnización, contratos colectivos de trabajo) hasta la sindicalización y el derecho de huelga. Y, como no podía ser de otra manera, cambió drásticamente el tratamiento de la propiedad privada, dejando de lado la concepción liberal que la consideraba como un derecho inviolable y sagrado, a una más reformista, que concibe a la propiedad como un derecho limitado, condicionado al cumplimiento de una función social. La aspiración a la justicia social quedó desde entonces impregnada en el texto constitucional, aunque podría argumentarse que futuros regímenes –como las dictaduras militares de los años 70 y los Gobiernos neoliberales de los años 90– parecieron haber olvidado esta dirección.

Cabe mencionar que el artículo 106 de la Constitución de 1938, que se había mantenido con distintas numeraciones en los sucesivos textos constitucionales, desapareció en la Constitución

de 2009. Sin embargo, como se verá más adelante, la nueva carta magna reforzó la aspiración a la justicia social, al reconocerla como un fin esencial del Estado.

Fue en este contexto que, en la sección decimocuarta de la Constitución de 1938 titulada “Régimen Social”, se estableció por primera vez la existencia del seguro social, no como una concepción de un sistema integral de seguridad social, sino señalando los elementos o contingencias que deberán ser cubiertas por la seguridad social:

► Artículo 122. La ley regulará el seguro obligatorio de enfermedad, accidentes, paro forzoso, invalidez, vejez, maternidad y muerte, los desahucios e indemnizaciones a empleados y obreros, el trabajo de las mujeres y de los menores, la jornada máxima, el salario mínimo, el descanso dominical y los feriados, las vacaciones anuales y puerperales, el goce de salario, la asistencia médica e higiénica y otros beneficios sociales y de protección a los trabajadores.

Artículo 124. El Estado dictará medidas protectoras de la salud y de la vida de los obreros, empleados y trabajadores campesinos; velará porque éstos tengan viviendas salubres y promoverá la edificación de casas baratas: velará igualmente por la educación técnica de los trabajadores manuales.

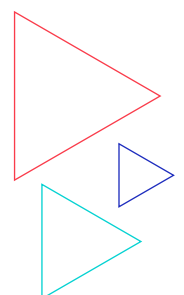
Las autoridades controlarán, asimismo, las condiciones de seguridad y salubridad públicas dentro de las que deberán ejercerse las profesiones o los oficios, así como las labores en el campo y las minas.

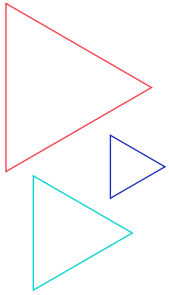
El Gobierno de Germán Busch no se quedó en las meras intenciones constitucionales, sino que, como consecuencia del texto constitucional que establecía los aspectos preliminares, en el año 1939 puso en vigor una novedosa Ley General del Trabajo, todavía vigente, que contenía algunos artículos relativos a la asistencia médica, medidas de previsión social, indemnización por riesgos profesionales y seguro social obligatorio, para dar efecto a lo consagrado en la Constitución Política del Estado (CPE). En ese entonces existían algunas normas dispersas que habían establecido jubilaciones por ramos o sectores (en 1905 se estableció la jubilación de funcionarios del ramo judicial; en 1915 para los funcionarios públicos; en 1926 de los empleados bancarios) u otras relativas a accidentes de trabajo (1924) y a las enfermedades profesionales (1928). Pero la Ley General del Trabajo reunió por primera vez en un cuerpo legal todos los aspectos relativos a las relaciones laborales, incluyendo varios títulos íntegros destinados a regular la seguridad e higiene en el trabajo, la asistencia médica y otras de previsión social, los riesgos profesionales y el seguro social obligatorio.

En 1945 y 1947 se conocieron otras reformas a la CPE, pero ninguna de ellas trajo novedad alguna respecto a la seguridad social y se limitaron a repetir los artículos 122 y 124 de la Constitución de 1938, así como el relativo a la justicia social.

2.2 La Revolución de 1952 y la seguridad social

El 9 de abril de 1952 estalló una revolución en Bolivia. Se trató de una insurrección popular que en tres días de combates callejeros aplastó al Ejército de la vieja oligarquía. Las medidas inmediatas fueron la nacionalización de las minas de estaño, que entonces se encontraban en manos de tres empresarios conocidos como “barones”, una atrevida reforma agraria y el sufragio universal para hombres y mujeres mayores de 21 años. Pero la Revolución Nacional, como se la conoció, tenía también un profundo programa social, que incluía la creación de un sólido y universal sistema de seguridad social. Fue en ese marco que en 1956 se promulgó el Código de Seguridad Social, todavía vigente en gran parte de sus capítulos, que, entre otras cosas, comprendía la creación de una Caja Nacional de Seguridad Social y algunas otras Cajas de





Salud para sectores específicos y la atención de los regímenes de corto y largo plazo (invalidez, vejez y muerte). En su redacción original, el artículo 1° definía el objetivo de este Código: proteger la salud del capital humano del país, la continuidad de sus medios de subsistencia, la aplicación de medidas adecuadas para la rehabilitación de las personas inutilizadas y la concesión de los medios necesarios para el mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar.

La Revolución Nacional, como se ha dicho, introdujo profundas reformas económicas y sociales, pero inicialmente siguió vigente la Constitución de 1938, con las reformas de 1945 y 1947, todas estas de orientación social. Fue recién en 1961 que el partido gobernante, el Movimiento Nacionalista Revolucionario, se decidió a reformar la Constitución Política en el marco de un Congreso Nacional Extraordinario. La nueva constitución consagraba las grandes conquistas revolucionarias y acentuaba el carácter social del Estado, su papel en la economía, así como el reconocimiento de los derechos sociales. El régimen social fue también profundizado y modernizado en distintos ámbitos, pero en lo que concierne a la seguridad social, solo un artículo se ocupó del tema:

-
- Artículo 175. El Estado protegerá la salud del capital humano del país, asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y la rehabilitación de las personas inutilizadas; y propenderá al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar.

Los regímenes de seguridad social se inspirarán en los principios de universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad y eficacia, cubriendo las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, invalidez, vejez y muerte, paro forzoso, asignaciones familiares y vivienda de interés social.

En la Constitución de 1967, es decir, ya en el marco de una dictadura militar como fue la del presidente René Barrientos, este artículo se mantuvo intacto, y así se conservó en las sucesivas reformas de 1994 y 2004.

2.3 El periodo neoliberal y la Constitución de 2009

Se conoce como el “periodo neoliberal” al lapso que duró entre 1985 y 2005. En agosto de 1985, el Gobierno de entonces promulgó el muy conocido Decreto Supremo 21060, que tenía el objetivo inicial de detener una inflación galopante que había paralizado el aparato productivo y provocado una crisis económica, pero las medidas fueron acompañadas por un programa económico cuya finalidad era el desmantelamiento del Estado productor e interventor. Este decreto estableció la libre oferta y demanda, liberalizó las relaciones laborales (es decir, legalizó la libre contratación y el despido de trabajadores por encima de lo que la ley laboral establecía en la protección del empleo) y preparó el camino de la privatización de las empresas estatales, entre otras medidas. El mencionado decreto es considerado como el inicio del periodo neoliberal en Bolivia, que se mantuvo durante veinte años y tuvo como objetivo desmantelar todos los avances sociales que se habían construido desde 1938 y profundizado en 1952. Uno de sus autores define sus objetivos en los siguientes términos: “(...) tenía por objeto detener el proceso inflacionario que en septiembre de 1985 había llegado a la astronómica cifra de 23 500 por ciento de incremento anual. Este programa también tenía por objeto implantar una importante reforma estructural en la economía de Bolivia”.

El régimen de la seguridad social a largo plazo no se mantuvo incólume. El 29 de noviembre de 1996 se promulgó la Ley de Pensiones (Ley N.º 1732), que demolió el sistema de reparto previsto en el Código de Seguridad Social y vigente desde el año 1956, privatizando los Fondos de Pensiones e introduciendo las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Este Sistema de Pensiones de Capitalización Individual fue creado durante la vigencia del artículo 175, y, aunque se han realizado algunos cambios, el sistema de cuentas individuales se mantiene

vigente hasta la fecha. Además, los planes de privatización del régimen de seguridad a corto plazo no prosperaron porque el ciclo neoliberal iniciado en 1985 se agotó en 2005.

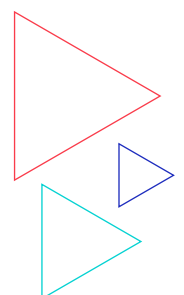
El periodo neoliberal no requirió una nueva constitución. Si bien existieron dos procesos de reforma constitucional, en 1994 y 2004, estos procesos no tocaron el régimen económico ni social, sino solamente a las instituciones judiciales y mecanismos de representación política. En otros términos, podría decirse que la “Constitución económica y social” fue modificada por leyes y decretos supremos, sin necesidad de reformar la Constitución Política, algo que puede parecer extraño pero que ha sucedido más de una vez en Bolivia, al contar con la “aceptación” de la instancia judicial de control de constitucionalidad.

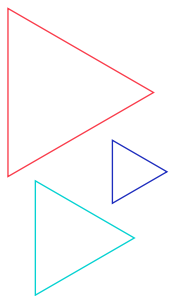
Después de cinco años de una grave crisis social y política, en enero de 2006 asumió el Gobierno Evo Morales, del Movimiento al Socialismo (MAS). Una de las medidas iniciales del nuevo Gobierno fue la convocatoria, en el mismo año 2006, a una Asamblea Constituyente, que se propuso reformar “totalmente” la Constitución. El texto aprobado fue sometido a un referéndum popular, en el que obtuvo el voto mayoritario del pueblo, y, así aprobado, entró en vigencia en febrero de 2009. El producto fue novedoso en gran medida; en lo referente al catálogo de derechos, estos se ampliaron notablemente; de hecho, la Constitución Política de 2009 es la más larga de la historia constitucional boliviana y una de las más extensas en el mundo, con sus 411 artículos y diez disposiciones transitorias. Esta Constitución mantiene tanto los derechos individuales que proclamó hace dos siglos el liberalismo como los derechos sociales, que, como hemos visto, datan de un siglo atrás.

No obstante, la estructura del texto ha cambiado significativamente. Los llamados regímenes especiales, donde se regulaban, por ejemplo, el laboral y el de seguridad social, han desaparecido; y estos y otros regímenes son ahora regulados en la primera parte, en el título de “Derechos fundamentales y garantías”. En uno de sus capítulos que se titula “Derechos Sociales y Económicos”, por primera vez se dedica una sección a la seguridad social, no junto con el trabajo (que tiene otro apartado), sino junto con la salud, por lo que el título de esta sección es “Derecho a la salud y a la seguridad social”. Vale la pena citar de manera extensa el contenido del artículo 45, cuyas implicaciones se discutirán en la siguiente sección:

► Artículo 45.

- I. Todas las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a acceder a la seguridad social.
 - II. La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social.
 - III. El régimen de seguridad social cubre atención por enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas; maternidad y paternidad; riesgos profesionales, laborales y riesgos por labores de campo; discapacidad y necesidades especiales; desempleo y pérdida de empleo; orfandad; invalidez y viudez, vejez y muerte; vivienda y asignaciones familiares y otras previsiones sociales.
 - IV. El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo.
 - V. Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y posnatal.
 - VI. Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados.
-





Adicionalmente, cabe mencionar que en el numeral 1 del artículo 9 de esta Constitución se reconoce explícitamente a la justicia social como uno de los fines y de las funciones esenciales del Estado: “la construcción de una sociedad justa y armoniosa, sin discriminación y con plena justicia social”, reemplazando a su primigenio que decía que la organización económica responderá a principios de justicia social. Así mismo, en el capítulo relativo a la estructura y organización económica del Estado, se inscriben una serie de principios, incluyendo: el vivir bien, la complementariedad, la reciprocidad, la solidaridad, la redistribución, la igualdad, la seguridad jurídica, la sustentabilidad, el equilibrio, la justicia y la transparencia.

3. Eficacia de los derechos de la seguridad social

La declaración de los derechos de la seguridad social que se encuentra en la Constitución Política del Estado es amplia y protectora. Al igual que en los capítulos primero y segundo contenidos en el Título II, donde se encuentran proclamados otros derechos fundamentales, como los descritos en este catálogo de derechos, el reconocimiento que se da al derecho a la seguridad social constituye, desde todo punto de vista, un progreso importante. En la línea de las reformas sociales iniciadas en 1938 y profundizadas a partir de 1952, la actual Constitución retoma no solamente el papel descollante del Estado, sino también las finalidades de atender los programas sociales. Pero cabe preguntarse si estas disposiciones se cumplen en su totalidad, y, sobre todo, ¿existen mecanismos constitucionales para exigir ese cumplimiento?

A la primera pregunta se puede responder que se cumple en cierta medida, pero no totalmente. Comenzaremos analizando la cobertura de los seguros a corto plazo (enfermedad, maternidad, riesgos profesionales) administrados por las Cajas de Salud. Según la información estadística disponible, el 71,66 por ciento de los trabajadores está afiliado a la Caja Nacional de Salud, entidad que, al aglutinar este significativo segmento poblacional, no logra un óptimo otorgamiento de las prestaciones, por lo que se evidencian deficiencias en personal médico y en infraestructura. El restante 28,34 por ciento de la población asegurada se encuentra en las otras Cajas de Salud existentes, que, a pesar de contar con un menor número de asegurados, también presentan algunas problemáticas, por ejemplo, puede observarse que entre las cajas existen marcadas diferencias en la forma y calidad en la prestación de los servicios.

Ahora bien, retomando el tema de la cobertura, al considerar el acceso a la asistencia médica del total de la población y no únicamente de los trabajadores, el Instituto Nacional de Estadística (INE) estima que, a julio del 2021, solo el 17,7 por ciento de la población en del Estado Plurinacional de Bolivia contaba con un seguro médico. Debido al trabajo informal, que es muy alto en el país, hay un segmento importante de trabajadores que no goza de estos beneficios. Así mismo, cabe mencionar que hay ámbitos laborales que no reciben las prestaciones del seguro social de corto plazo, aun cuando existan previsiones legales que así lo ordenen. El caso más penoso es el de los trabajadores domésticos, ya que, aunque desde el año 2003 existe una ley que regula el trabajo asalariado del hogar, disponiendo que estos trabajadores deberán ser asegurados en las Cajas de Salud a efectos de las prestaciones del seguro a corto plazo, pasaron dieciocho años para que el Órgano Ejecutivo aprobara el reglamento correspondiente. Es decir que, en la práctica, la afiliación de estos trabajadores al seguro y la consecuente aplicación efectiva de este derecho estaba impedida.

Por su parte, en lo que se refiere a las contingencias del desempleo y la pérdida de empleo –incluidas en el parágrafo III del artículo 45 de la Constitución actual–, se debe entender más como una aspiración que como una realidad. En pocas palabras: no existe en el Estado Plurinacional de Bolivia un seguro de desempleo –o algo parecido– que proteja a las personas en caso de que esta contingencia se materialice.

Distinto es el caso del tratamiento de sectores de la población desfavorecidos, como es el de quienes sufren una discapacidad o de los niños huérfanos y niñas huérfanas. La atención estatal

a estos sectores se configura bajo esquemas de asistencia social; sin embargo, puede decirse que estos programas todavía distan de ser intervenciones integrales en las que el Estado asista de manera permanente a fin de asegurar la existencia digna de estos colectivos. Existen leyes protectivas de los derechos de las personas con discapacidad y recientemente se han creado algunos bonos en su favor. La protección de la orfandad en realidad está ligada a la adopción, por lo que el Estado llega como máximo a atender los hogares de acogida.

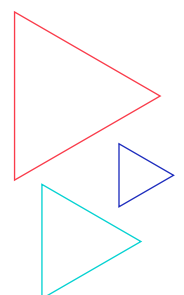
Un rubro novedoso del artículo 45 de la Constitución actual es la mención a la atención a las víctimas de enfermedades catastróficas y epidemias. Se trata también de un ideal antes que de una realidad, en el que el Estado reacciona tardíamente y sin un plan uniforme.

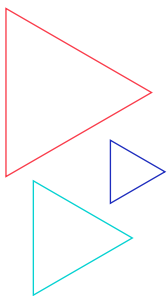
La protección de la maternidad y paternidad se realiza mediante el reconocimiento de ciertos derechos a la madre gestante hasta 90 días después del parto, pero esta protección alcanza solamente a la población laboral que percibe un sueldo o salario. Se reconocen también asignaciones en especie, consistentes en productos lácteos y otros necesarios para la salud y la alimentación de la madre y de los niños, los cuales se proporcionan tanto al padre como a la madre que trabajen. Finalmente, existen leyes que protegen la inamovilidad laboral tanto de padres como de madres trabajadoras hasta que el recién nacido haya cumplido el primer año de edad. Más difícil de medir en cuanto al cumplimiento es la “visión y práctica intercultural” de la que habla el párrafo V del referido artículo 45 de la Constitución, porque la legislación vigente no especifica cómo se traducen estos conceptos en el caso de las mujeres y su derecho a la maternidad.

El ámbito de la seguridad social a largo plazo (vejez, invalidez y muerte) tiene otras particularidades. A principios del siglo XX se crearon Cajas de Ahorro y Ayuda Mutua, más por iniciativa de personas en ciertas profesiones, oficios o gremios que por una política estatal. En el marco del Código de Seguridad Social de los años cincuenta, la jubilación fue erigida sobre la base del sistema de solidaridad y reparto y de los aportes tripartitos: estatal, patronal y laboral. Sin embargo, tal y como se mencionó anteriormente, ese sistema fue liquidado en los años noventa, con la entrada en vigencia de la Ley de Pensiones de 1996. En primer lugar, se modificaron los aportes laborales, quedando los empleadores y el Estado exentos de aportar para la jubilación de los trabajadores. Por otra parte, se introdujeron las AFP, dos empresas privadas transnacionales, que hasta la fecha administran las Cuentas Personales Previsionales (cuentas individuales de los trabajadores). En diciembre de 2010 se aprobó una nueva Ley de Pensiones N° 065, que prevé la creación de una Gestora Estatal de los seguros a largo plazo en sustitución de las dos AFP, en el marco constitucional. Sin embargo, más de diez años después de la entrada en vigencia de la ley, la operación efectiva de la Gestora Estatal no ha acontecido; recientemente el Gobierno anunció una nueva prórroga y se prevé que en 2023 la Gestora estará operando plenamente.

Cabe agregar que esta ley creó el “aporte solidario” con el objeto de coadyuvar a una mejora en el monto de pensión de sectores de trabajadores con ingresos medios a bajos y con continuidad de aportaciones. Esta medida busca beneficiar tanto a titulares como a los derechohabientes en primer y segundo grado o a terceros declarados expresamente por los trabajadores que son aportantes. No obstante, cabe mencionar que los montos por este concepto a través de los diez años desde la vigencia de la citada Ley de Pensiones son tan mínimos que discutiblemente se puede hablar de que los beneficiarios accedan realmente a una renta de vejez, o que lo puedan hacer dignamente. Este es un aspecto que debe ser revisado para cumplir con los preceptos constitucionales de mantener ingresos dignos.

Con respecto a la cobertura legal del régimen de seguridad a largo plazo, la normatividad vigente –Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010– dispone que los trabajadores dependientes son afiliados obligatorios, mientras que la afiliación de los trabajadores independientes es de carácter voluntaria. De otra parte, según los datos oficiales disponibles a la fecha de realización de este informe, los asegurados en las dos AFP que actualmente operan





en el país apenas llegan a 2 millones y medio de personas, lo cual muestra que la cobertura efectiva del sistema es aún baja en proporción a la población económicamente activa (PEA). De acuerdo con los datos del INE, en el área urbana, la PEA corresponde a 4 millones de personas (corte a noviembre de 2020). Algunas iniciativas estatales para ampliar el universo de asegurados del régimen de largo plazo han tenido resultados al menos discutibles, por ejemplo, las jubilaciones del sector del autotransporte o de los trabajadores de la construcción. A pesar de que estos sectores están contemplados dentro del alcance de la citada Ley de Pensiones y de las buenas intenciones gubernamentales, así como de algunas medidas dispuestas, a la fecha –once años después de su promulgación–, no se han logrado los acuerdos con los sectores respecto a la modalidad de recaudación de los aportes y de las formas de obligatoriedad de realizarlos, al tratarse de trabajos eventuales y jornaleros. Así, los resultados esperados no se han materializado, en el primer caso porque no son trabajadores asalariados, y en el segundo porque, a pesar de que los trabajadores en el sector de la construcción son trabajadores en relación de dependencia, se trata normalmente de empleos eventuales.

Hay que señalar también que, luego de la promulgación de la Ley de Pensiones N° 1732 –que privatizó el sistema de reparto instituyendo el sistema de capitalización individual administrado por las AFP–, se presentó un recurso de inconstitucionalidad durante el Gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada. En dicho recurso se argumentó que la CPE de la época (que databa de 1967) establecía que el sistema de seguridad social se basaba en el principio de solidaridad, y claramente el nuevo sistema de cuentas individuales se basaba en la individualidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de la época rechazó este recurso y dio luz verde al nuevo sistema, que afectó grandemente a los nuevos jubilados.

En lo que concierne al parágrafo IV del artículo 45, sobre el derecho a la jubilación con carácter “universal, solidario y equitativo”, al igual que los demás principios consagrados en la CPE, se caracteriza por su indeterminación, ya que todavía no ha sido objeto de ninguna modulación o precisión semántica por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional. Por eso al presente se puede discutir todavía si se suplen o no, y se podría argumentar en uno o en otro sentido.

Sin embargo, es importante recalcar que a partir de la Ley N° 3791, de 28 de noviembre de 2007, se ha dispuesto la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), que es de carácter universal, como bien dice su denominación, y se otorga de manera mensual a todos los bolivianos residentes en el Estado que cumplan 60 años de edad. Esta renta forma parte del Sistema Integral Pensiones, bajo el amparo de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 diciembre de 2010, que estableció esta prestación dentro del Régimen de Seguridad Social no Contributivo.

Por último, cabe agregar que, si bien la vivienda no es un tema tradicional de la seguridad social a nivel internacional, el artículo 45 de la Constitución Política hace una referencia específica a los programas de vivienda social.

4. Responsabilidades del Estado

La Constitución Política boliviana de 2009, si bien tiene un amplio catálogo de derechos sociales y le concede al Estado una importante participación e intervención en la economía, siguiendo en gran medida la orientación ideológica de las constituciones sociales, en particular la de 1938, no es, en rigor, una constitución social a secas, sino que también tiene características de las constituciones modernas. Concretamente, se enmarca en la corriente del llamado “neoconstitucionalismo”, desde que su artículo 1 proclama a Bolivia como un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”, hasta que se concibe a sí misma no como una constitución-instrumento –propia del liberalismo decimonónico– o como una constitución-programa –propia de las constituciones sociales del siglo XX–, sino que es una constitución-norma, al ser la norma más importante del ordenamiento jurídico que establece no solamente ciertos mandatos o limitaciones al ejercicio del poder, sino que fundamentalmente establece

normas de hacer y normas de no hacer para el propio Estado. Así lo dispone el artículo 410, en el que se explicita que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional Plurinacional en numerosas sentencias, pero particularmente en la Sentencia Constitucional 1369/2013 de 16 de agosto de 2013, en la que ratifica los fines del Estado, a saber: alcanzar una sociedad justa y armoniosa, con bienestar y seguridad para el pueblo, basada en la descolonización y la justicia social. En palabras del Tribunal, “corresponde al Estado garantizar no solo el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intercultural y plurilingüe, sino entre otras funciones más, garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Ley Fundamental”.

Es en ese marco que la actual Constitución boliviana, al sumarse a la corriente del “neoconstitucionalismo”, proclama su adhesión a la comunidad internacional protectora de derechos humanos. El ya citado artículo 410 señala que en la aplicación normativa prevalecerán los tratados y convenios de derechos humanos por sobre la legislación boliviana. El párrafo IV de su artículo 13, en esa misma línea, dispone: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

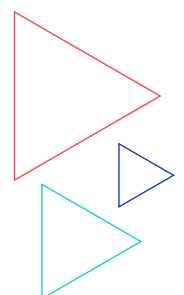
De acuerdo a esta orientación, es importante e imprescindible entonces señalar lo dispuesto por el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, que tiene rango constitucional en el Estado Plurinacional de Bolivia:

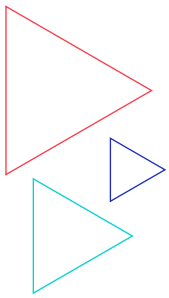
-
- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y los de su familia, especialmente por la alimentación, el vestido, el domicilio, los cuidados médicos y los servicios sociales necesarios; toda persona tiene derecho a la seguridad en caso de paro, enfermedad, invalidez, viudez, vejez o en los otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por consecuencia de circunstancias independientes a su voluntad.
 - 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a ayuda y asistencia especiales. Todos los niños, hayan nacido en el matrimonio o fuera de él, gozan de la misma protección social.
-

Asimismo, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y ratificado por Bolivia en 1982, reconoce que toda persona tiene derecho a la seguridad social y al seguro social.

Esta dirección también se observa en lo concerniente al derecho a la seguridad social, es decir, que el Estado se convierte en un sujeto ya no investido de poderes, sino básicamente de deberes y de responsabilidades que debe asumir y cumplir. Sin embargo, otro aspecto que es propio del neoconstitucionalismo es que la constitución es un repertorio de principios y reglas, algo que también está presente en la Constitución boliviana vigente. Esto quiere decir que no solamente se encuentran normas de hacer, no hacer o de permitir, sino que existe a cada paso una declaración principista, axiológica, un señalamiento de un ideal por alcanzar, antes que una regla de conducta.

Entonces, por un lado, están las responsabilidades del Estado. La primera de ellas es que corresponde al Estado ejercer la dirección y la administración de la seguridad social. Pero lo realiza con “control y participación social” (artículo 45, párrafo II). El texto constitucional no especifica a través de qué tipo de organismos, pero estos son los seguros a corto plazo, a través de las Cajas de Salud, y los seguros a largo plazo, a través de la Gestora Pública, que,





como se ha señalado, si bien ya existe, todavía no está en pleno funcionamiento, ya que las AFP todavía operan en el país. Por su parte, la Constitución Política, en el capítulo relativo a las competencias de los distintos niveles de gobierno, así como las leyes que regulan los niveles dotados de autonomías, señala que es una competencia exclusiva del nivel central del Estado el régimen de la seguridad social (artículo 298). Por competencias exclusivas se debe entender, según definición de la propia Constitución, aquellas que comprenden la facultad legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo las dos últimas ser transferidas y delegadas.

Ahora bien, esta disposición constitucional puede bien ser interpretada como una prohibición de que los distintos regímenes de la seguridad social sean privatizados o prestados por terceros diferentes al Estado o entes estatales. Al menos es esa la dirección adoptada por la Ley de Pensiones de 2010, en la que se establece que las AFP deben cesar de operar en Bolivia, ya que el régimen de largo plazo será en adelante prestado por el Estado. Por si existiera alguna duda de esta interpretación, el párrafo VI se encarga de despejarla, al señalar que los servicios de seguridad social pública no pueden ser ni privatizados ni concesionados. Esto resulta coherente con la orientación ideológica del texto constitucional en esta materia, que es por demás estatista y antiprivatizador. Aquí se puede ver una clara cesura entre las concepciones neoliberales que imperaron en los años noventa y las tendencias estatistas que se han impuesto a partir del año 2006 y que se han consolidado con la aprobación de la Constitución actualmente vigente.

Los ámbitos comprendidos por el régimen de la seguridad social, que se encuentran enumerados en el párrafo III del transcrito artículo 45, no son solamente las contingencias señaladas por el Código de Seguridad Social y la Ley de Pensiones, sino que cubren otros elementos, como el régimen de vivienda, que siempre ha tenido un tratamiento separado, tanto normativamente como institucionalmente. En tanto que los principios están también presentes en el régimen de la seguridad social, o en el ámbito de todo el ordenamiento jurídico, pero que se aplican también a esta materia. Por ejemplo, la igualdad ante la ley, completado con el principio de no discriminación (salvo la discriminación positiva, que es la única aceptada). Este principio está explicitado en el párrafo I del artículo 45 de la CPE, que dice que todos los bolivianos y todas las bolivianas tienen derecho a acceder a la seguridad social.

Cabe mencionar que la seguridad social propiamente dicha tiene un conjunto de principios que están enunciados en el segundo párrafo II de este mismo artículo, que son: universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia.

Los principios constitucionales en la seguridad social aparecen en la Constitución a partir de 1961 y se mantendrán hasta el presente. Sin embargo, estos principios no están definidos, sino solamente enunciados. Concretamente, ni en el Código de Seguridad Social –todavía vigente– ni en su Reglamento existe artículo alguno que se ocupe de los principios rectores. No obstante, la actual Ley de Pensiones proclama casi los mismos principios que los señalados en la Constitución, con uno adicional: “igualdad de género”. Entonces, para precisar su significado se debe recurrir, además de al marco normativo, a criterios doctrinales o a experiencias de otros países, así como a las definiciones que otorga la Ley de Pensiones.

La universalidad es la proclamación de que la seguridad social no es solamente para unos cuantos. En el Estado Plurinacional de Bolivia, desde principios del presente siglo, se creó el “seguro universal de salud”, que, a juicio de la autora, ha sido más una medida administrativa que una seria aplicación de este principio. El principio de universalidad implica la ausencia de toda discriminación.

Si bien en sus inicios el campo de aplicación de la gran mayoría de las prestaciones de la seguridad social estuvo orientado a cubrir a los trabajadores asalariados, hoy en día se busca expandir su ámbito, siguiendo este principio que no pone ningún límite respecto a los beneficiarios. En este sentido, la Ley de Pensiones dispone que la universalidad es la garantía de protección y acceso de las bolivianas y los bolivianos a la seguridad social a largo plazo, sin

que exista discriminación por la clase de trabajo que realizan, por la forma de remuneración que perciben, por el nivel económico en que se encuentran, ni discriminación por sexo, intragenérica o por religión (artículo 3, literal a)). De este modo se ha pretendido incorporar a los trabajadores agrícolas, cuentapropistas, trabajadoras del hogar, en algunos casos aprobando leyes o mediante decretos supremos.

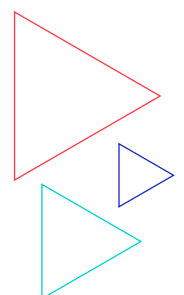
El principio de integralidad de la seguridad social no ha sido definido en la doctrina boliviana. Sin embargo, a juicio de la autora, este puede interpretarse como la necesidad de que los beneficiarios o asegurados no solamente sean atendidos en los rubros, digamos, “clásicos” de la seguridad social (enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, etcétera), sino también en aquellos que se derivan de otros eventos, algunos de los cuales ni siquiera tienen relación con el ámbito laboral; desde el paro forzoso hasta las consecuencias de catástrofes o situaciones como la orfandad, tal y como se desprende del artículo 45 de la Constitución Política. La Ley de Pensiones define este principio en función de la articulación necesaria de los regímenes para el otorgamiento de las prestaciones (artículo 3, literal c)).

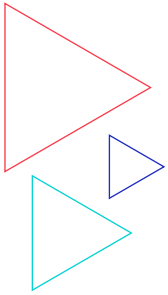
De conformidad con la Ley de Pensiones, el principio de equidad es el otorgamiento equánime de prestaciones por las contribuciones efectuadas al sistema de seguridad social a largo plazo (artículo 3, literal d)). Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, la autora destaca que en virtud del principio de equidad no solamente se busca dar igual a atención a todos (que ese sería el entendimiento de la clásica igualdad de todos ante la ley), sino que debería privilegiarse a los más desfavorecidos o a quienes por su situación requieren mayor atención: adultos mayores, mujeres gestantes, personas desempleadas, etcétera.

El principio de solidaridad es uno de los más conocidos y la columna vertebral de la seguridad social; de hecho, esta se asienta sobre la solidaridad, entendida como la ayuda mutua, la participación de quienes tienen una mejor posición económica a favor de quienes tienen una posición más desfavorecida; de la población más joven a favor de la más vieja; de quienes están sanos a favor de los enfermos. La Ley de Pensiones precisa que el principio de solidaridad es la protección de los asegurados menos favorecidos con el aporte de quienes gozan de mayores ingresos (artículo 3, literal e)).

La unidad de gestión hace referencia al ámbito administrativo de la seguridad social, que, a juicio de la autora, debe estar articulado con los otros principios. Al respecto, puede mencionarse que, en el parágrafo II de su artículo 35, la CPE dispone que el sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos, es decir que la Constitución prevé un solo mando, una sola entidad que administre estos regímenes. En la práctica, el principio de unidad de gestión debe ser uno de los que menos ha podido cumplirse. En el caso de la seguridad a corto plazo, desde su creación han coexistido varios entes gestores. Lo mismo ha sucedido con el régimen a largo plazo, en el que anteriormente existía más de un Fondo de Pensión; con la privatización se administra a través de solo dos AFP, y actualmente se pretende volver a los orígenes de la unidad de gestión con una sola Entidad Gestora, que, como se ha dicho repetidamente, todavía no funciona plenamente. La Ley de Pensiones entiende que este principio articula las políticas, los procedimientos y las prestaciones (artículo 3, literal f)).

El principio de economía es más complejo, porque puede entenderse, por un lado, como la obligación que tiene el Estado de atender los gastos que demanden –aunque sea en parte– los distintos regímenes de la seguridad social; pero, también, como la eficiencia de la administración de estos recursos. En resumen: se podría entender que ningún sistema de seguridad social puede funcionar en el tiempo, ningún rubro puede ser atendido satisfactoria y duraderamente si no se garantiza la existencia de estos recursos y la garantía de un rendimiento mínimo por parte del Estado. Sobre este principio, la Ley N° 065 de Pensiones dispone que “es la gestión efectiva, racional y prudente de los recursos de la Seguridad Social de Largo Plazo, manteniendo





el equilibrio actuarial y financiero necesarios para otorgar las prestaciones y beneficios, establecidos en la presente Ley” (artículo 3, inciso h)).

El principio de oportunidad hace referencia al reconocimiento y otorgamiento de las prestaciones y los beneficios de la seguridad social en el momento que en derecho correspondan. Este principio puede encontrarse en la legislación de otros países como el “principio de inmediatez”, y exige que los procedimientos sean ágiles y que las instituciones que atienden los regímenes de seguridad social estén prestas a su atención.

El principio de interculturalidad no se encuentra en ningún tratado ni en ninguna exposición del derecho de la seguridad social; buscar en otras leyes o reglamentos tampoco ofrecerá ningún resultado relevante. Se puede decir que el concepto de interculturalidad es muy propio de la Constitución boliviana y eso tiene que ver con la orientación de este texto constitucional que se proclama en más de una ocasión como multicultural, plurinacional y pluralista también en términos jurídicos. Asimismo, en más de un artículo se proclama el respeto a los diversos saberes y cosmovisiones en función de distintas culturas; en tanto que el artículo 1 de la CPE dispone que Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. Ahora bien, en el ámbito de la seguridad social no se encuentra un mayor desarrollo y solo cabría decir, más que conceptualizarlo, que se debe trabajar en el entendimiento primero de este concepto, y, después, en los ámbitos en los que se deberá aplicar el principio de interculturalidad –así entendido– en la seguridad social. La Ley de Pensiones lo contempla en su catálogo de principios de la seguridad a largo plazo y lo entiende como el “reconocimiento de la igualdad de oportunidades y derechos de convivencia entre las culturas del Estado Plurinacional de Bolivia”. A título de ejemplo se puede señalar que la Constitución boliviana reconoce la pluralidad lingüística tan propia del país, al darle el mismo estatus de oficial a 36 lenguas originarias que se hablan en el territorio nacional.

Por último, el principio de eficacia, estrechamente relacionado con el principio de economía, más que un principio filosófico, es un principio de la buena administración. La eficacia se encuentra definida en la Ley de Pensiones como el correcto uso de los recursos de la seguridad social para garantizar el pago de las prestaciones y los beneficios que ella otorga. Uno no se excluye con el otro y normalmente van juntos, entonces, aunque no lo diga la Constitución, por disposición de otras leyes que rigen la administración de recursos públicos, la tríada economía-eficacia-eficiencia también está presente en este ámbito.

5. Mecanismos para garantizar los derechos de la seguridad social

Los mecanismos que establece la CPE para que los derechos a la seguridad social allí consagrados sean efectivamente cumplidos no son diferentes de los que se establecen para cualquier derecho fundamental en general. En primer lugar, debe señalarse que la Constitución dispone que los derechos así reconocidos son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos (artículo 13). Adicionalmente, dispone que el hecho de estar proclamados no debe entenderse como negación de otros derechos no enunciados, es decir, que siempre existirá la interpretación extensiva a favor de los derechos. Y finalmente, que no existe una “jerarquía” de derechos –como existe una jerarquía de normas, por ejemplo–, lo que quiere decir que ningún derecho es superior a otro (artículo 13).

Ahora bien, tanto la Constitución Política como el Código Procesal Constitucional –que es un cuerpo normativo aprobado en 2012 para regular las distintas acciones y recursos constitucionales de manera autónoma e independiente a las reglas del proceso civil y otros procesos judiciales– establecen un conjunto de acciones y recursos tendientes a asegurar el cumplimiento del texto constitucional, evitar abusos de autoridades y particulares, y también

que normas de inferior jerarquía, como leyes y decretos supremos, lo contradigan. En lo que concierne al sistema de seguridad social, consideramos que los mecanismos que pueden hacerse valer para asegurar el cumplimiento de lo establecido en la Constitución son: la acción de inconstitucionalidad, la acción de amparo, la acción de cumplimiento y la acción popular. Estas acciones se caracterizan porque se hacen públicas en una jurisdicción especial, que es conocida como jurisdicción constitucional, aunque tienen distintos matices. Para comenzar, solo la primera de ellas es presentada y resuelta en única instancia en el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP); en tanto que las tres últimas se presentan en los Tribunales Departamentales de Justicia, que tienen Salas Constitucionales especializadas, y sus fallos son revisados de oficio en el TCP. A continuación se presenta un resumen muy sucinto de estas acciones, todas comprendidas en el Código Procesal Constitucional.

La acción de inconstitucionalidad pretende descalificar cualquier norma inferior a la Constitución (ley, decreto supremo o norma emanada de un nivel de gobierno subnacional) que sea contraria al texto constitucional. Puede plantearse en la vía abstracta (en la que solo algunas autoridades pueden ser demandantes) o en la vía concreta o incidental (en la que cualquier ciudadano puede presentarla, pero dentro de un proceso judicial o administrativo).

La acción de amparo constitucional tiene por objeto garantizar los derechos de toda persona, reconocidos tanto en la Constitución como en las leyes, contra actos ilegales u omisiones indebidas de parte de servidores públicos o particulares que restrinjan estos derechos, los supriman, amenacen suprimir o restringir.

La acción de cumplimiento tiene por objeto garantizar la ejecución de la norma constitucional o legal cuando es omitida por servidores públicos o por órganos estatales.

Finalmente, la acción popular, como su nombre lo indica, pretende que se defiendan los derechos e intereses colectivos (relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública y el medio ambiente) reconocidos por la Constitución Política del Estado cuando sean violados o amenazados por autoridades o servidores públicos.

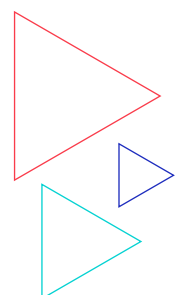
Cabe agregar que las decisiones del TCP, y de las respectivas Salas Constitucionales, tienen carácter vinculante, es decir, son de obligatorio cumplimiento. Su desobediencia (la ley dice que deben ser cumplidas de manera inmediata y sin condición alguna) genera responsabilidad penal en contra de las autoridades que se apartan de estos fallos o se resisten a cumplirlos.

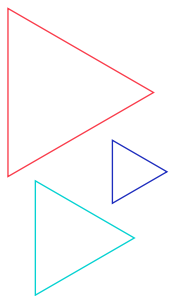
Al margen de estos mecanismos estrictamente constitucionales, para resolver las controversias en materia de seguridad social, las personas afectadas pueden recurrir a otros mecanismos de reclamo, y otras instancias, tanto legislativas, administrativas o judiciales, pueden conocer estas peticiones, y eventualmente atenderlas. Para comenzar, los propios entes gestores de la seguridad social; los entes que ejercen tuición; el Defensor del Pueblo; las respectivas comisiones legislativas; los niveles de gobierno subnacional en lo que les concierne.

6. Conclusiones

El régimen de la seguridad social, en sus distintos rubros, tiene declaración y protección constitucionales en Bolivia desde que en 1938 se introdujo el denominado constitucionalismo social. Sin embargo, no ha sido solo el reconocimiento en el texto constitucional lo que le ha dado una verdadera vigencia a este derecho, sino también los profundos cambios ocurridos en el país a partir de la Revolución del 9 de abril de 1952, cuando se promulgó el Código de Seguridad Social y se hicieron efectivos los regímenes de corto y largo plazo.

A juicio de la autora, las limitaciones de los distintos regímenes de la seguridad social en el Estado Plurinacional de Bolivia no se originan ni se explican por las restricciones o los defectos de su tratamiento en la Constitución Política, sino por las políticas adoptadas por los distintos





Gobiernos que se han sucedido en el poder, así como por las dificultades económicas propias de un país subdesarrollado como es Bolivia. Como ejemplo de esto puede mencionarse la capitalización del sistema de pensiones, reforma implementada durante el auge del neoliberalismo y que privatizó el régimen de la seguridad a largo plazo sin que hubiese sido necesario modificar el texto constitucional.

En el marco de la constitución vigente, que data de 2009, se puede concluir que ha habido un progreso importante en el tratamiento constitucional de la seguridad social, caracterizado por ser ampliamente garantista y protector de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, al garantizar, por ejemplo, el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo. También porque le encomienda tareas y responsabilidades al Estado que este no puede eludir, incluyendo la responsabilidad general sobre la dirección y administración del sistema de seguridad social, y, finalmente, porque prevé mecanismos que permiten hacer efectivos, es decir, garantizar los derechos fundamentales, entre los que figuran los relativos a la salud y a la seguridad social.

No obstante, por su carácter, la Constitución de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia fija un marco que en algunos casos es todavía un ideal por alcanzar más que una realidad patente. Asimismo, cuando regula la seguridad social, introduce ámbitos y materias que tradicionalmente no hacen parte de las ramas típicas de la seguridad reconocidas en el derecho internacional, como la vivienda. Todo esto en el marco de una redefinición del papel del Estado, caracterizado por una presencia directora y robusta en la economía, pero también por una profundización de la igualdad, con disposiciones en contra de la discriminación de género. Por lo anterior, puede concluirse que persisten grandes desafíos y múltiples tareas para garantizar que todos los bolivianos y todas las bolivianas puedan realizar su derecho humano a la seguridad social incluyendo salud, de conformidad con el principio de universalidad, y que al finalizar su vida laboral puedan recibir una pensión digna.

El enfoque del sistema de seguridad social como un derecho humano de segunda generación debe concebirse de manera integral, interdependiente y complementaria, para garantizar al asegurado, a su grupo familiar y/o a sus derechohabientes en lo referente a salud, prevención y a su futuro en lo relacionado a las pensiones. Esto desde el punto de vista constitucional con una obligación de llegar a un 100 por ciento de cobertura, con sostenibilidad financiera y con prestaciones tanto en salud como en pensiones eficientes, constituye, probablemente, el desafío del sistema de seguridad social.

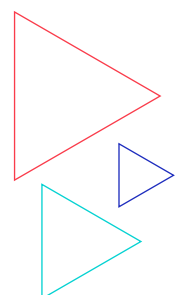
7. Bibliografía

- Alexy, R. 2017. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Artola, M. 1986. *Los derechos del hombre*. Madrid: Alianza.
- Bühler, Ottmar, Walter Jellinek, Constantino Mortati y Juan Antonio García Amado. 2019. *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*. Madrid: Tecnos.
- Cariaga, J. 1997. *Estabilización y desarrollo*. La Paz: Los amigos del libro.
- Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario (CEDLA). 2010. "Nueva Ley de Pensiones: continuidad de la política neoliberal". Separata de prensa.
- Frerking Salas, O. 1942. *El desarrollo histórico de la legislación del trabajo en Bolivia*. Sucre.
- Galindo de Ugarte, M., ed. 1991. *Constituciones bolivianas comparadas: 1826-1967*. La Paz: Los amigos del libro.

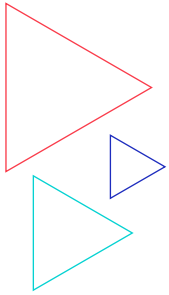
- Klein, H. 1968. *Orígenes de la revolución nacional boliviana*. La Paz: Juventud.
- Manili, P. 2016. *Constitucionalismo social*. Buenos Aires: Astrea.
- Peñaloza, L. 1963. *Historia del Movimiento Nacionalista Revolucionario*. La Paz: Juventud.
- Prieto Sanchís, L. 2013. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Rolón Anaya, M. 1989. *Democracia, Constitución y Parlamento en Bolivia*. La Paz: Juventud.
- Salinas Mariaca, R., ed. 1989. *Las Constituciones de Bolivia*. La Paz: Artes Gráficas Don Bosco.
- Sandoval Rodríguez, I. 1987. *Digesto laboral boliviano*. La Paz: Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Valencia Vega, A. 1998. *Desarrollo del constitucionalismo*. La Paz: Juventud.

Documentos legales

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009.
- Código de Seguridad Social de 14 de diciembre de 1956.
- Reglamento del Código de Seguridad Social.
- Código Procesal Constitucional (Ley N° 254 de 5 de julio de 2012).
- Ley General del Trabajo de 24 de mayo de 1939.
- Reglamento de la Ley General del Trabajo.
- Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010.
- Ley N° 2450 de Regulación del Trabajo Asalariado del Hogar de 9 de abril de 2003.
- Ley N° 602 de Gestión de Riesgos de 14 de noviembre de 2014.
- Ley N° 223 General de Personas con Discapacidad de 2 de marzo de 2012.
- Decreto Supremo N° 21060 de 29 de agosto de 1985.
- Decreto Supremo N° 1893 (Reglamento de la Ley General para Personas con Discapacidad).
- Decreto Supremo N° 4589, que reglamenta la Ley N° 2450, de 9 de abril de 2003, de Regulación del Trabajo Asalariado del Hogar, referido a la afiliación de las trabajadoras o trabajadores asalariados del hogar ante la Caja Nacional de Salud.
- Sentencia Constitucional 1369/2013 de 16 de agosto de 2013.



▶ **IV. El derecho a la seguridad social en la Constitución brasileña de 1988**



IV. El derecho a la seguridad social en la Constitución brasileña de 1988

Luiz Carlos de Andrade Júnior¹
Leonardo David Quintiliano²

Resumen

El sistema de seguridad social en Brasil cuenta con una impresionante riqueza y detalle previstos en la Constitución, por medio de normas programáticas e imposiciones a los poderes constituidos, reforzada por tratados internacionales. El sistema se estructura sobre el trípode: previsión social, asistencia social y protección de la salud. El sistema de previsión social tiene carácter contributivo y afiliación obligatoria para quienes tienen un trabajo registrado. La asistencia social llega a personas en situaciones de vulnerabilidad a través de beneficios económicos y otros programas. La protección de la salud se organiza en un sistema que distribuye habilidades y financiamiento entre los tres niveles de gobierno del país, con carácter universal.

La efectividad de tales derechos está garantizada por varios mecanismos de acceso al Poder Judicial, que incluyen la justicia gratuita y la acción de órganos que ayudan a los ciudadanos más pobres y actúan en demandas de interés difuso o colectivo. Para un universo de poco más de 200 millones de habitantes, es un sistema muy efectivo, que todavía aún se puede mejorar con cambios específicos en la legislación constitucional e infraconstitucional, mitigación de la pobreza, desarrollo económico y un aumento de la capacidad financiera del Estado brasileño.

1. Introducción

La Constitución brasileña de 1988 es una constitución social, inspirada en gran medida en la Constitución portuguesa de 1976, con una característica dirigente o programática, que establece el deber de las autoridades públicas de cumplir con los derechos sociales previstos en la Constitución (Canotilho 1995). Como principal característica del Estado social, reconoció constitucionalmente los derechos sociales, incluido el derecho a la seguridad social³.

El derecho a la seguridad social en Brasil está, por tanto, fuertemente constitucionalizado. La Constitución no solo garantiza tales derechos, sino que indica principios de su organización (art. 194), formas de financiamiento (art. 195), bases para estructurar cada uno de los derechos que la integran, a saber: la salud (art. 196), la previsión social (art. 201) y la asistencia social (art. 203). La disciplina constitucional de la seguridad social se complementa además con el art. 40, que se ocupa exclusivamente de la seguridad social de los empleados públicos. Junto con las

1 Abogado de la Universidad de San Pablo. Doctor en Derecho (Universidad de San Pablo). Profesor de Derecho Civil, Universidad Mackenzie.

2 Abogado de la Universidad de San Pablo. Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Lisboa). Doctor en Derecho (Universidad de San Pablo). Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Ibirapuera, Escuela Paulista de Derecho.

3 La Constitución brasileña de 1988 prevé expresamente los derechos sociales en su artículo 6, como una especie de derechos fundamentales. Véase art. 6º en Constituição da República Federativa do Brasil. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

normas constitucionales del texto permanente, la seguridad social también está regulada por enmiendas a la Constitución, entre ellas, la Enmienda Constitucional N° 20/1998, la Enmienda Constitucional N° 41/2003 y la enmienda más reciente, la Enmienda Constitucional N° 103/2019, con 34 artículos con disposiciones independientes, asegurando reglas transitorias.

El texto constitucional trae no solo normas programáticas, sino también órdenes para legislar. La omisión del deber de legislar implementando las normas constitucionales que garantizan los derechos de seguridad social puede derivar en la intervención jurisdiccional y el remedio de la omisión por parte del Poder Judicial, ya que también está controlada por los mecanismos de control judicial y el fácil acceso al Poder Judicial, individual y colectivamente.

Este conjunto de elementos, junto con la conveniencia política de generar estos beneficios sociales, ciertamente contribuye a garantizar una efectividad satisfactoria del derecho a la seguridad social en Brasil.

En Brasil, la seguridad social ha evolucionado como lo ha hecho a nivel internacional. Primero, fue privado y voluntario. Posteriormente, pasó a ser regulado y ofrecido por el Estado (Alencar 2007, 30)⁴. El reconocimiento constitucional del derecho a la jubilación sucedió con la proclamación de la república en 1891⁵. El hito de la seguridad social en la historia brasileña está representado por la promulgación del Decreto N° 4.682/1923 (denominada Ley Eloy Chaves)⁶, mediante la creación de un sistema contributivo de jubilaciones y pensiones para una categoría profesional: los trabajadores de los ferrocarriles.

La Constitución de 1934 fue la primera en establecer derechos sociales, especialmente derechos destinados a proteger a los trabajadores, incluidas la asistencia médica y la seguridad social. También fue la primera en establecer financiamiento con recursos de empleados, empleadores y el Estado⁷. La Constitución de 1937, otorgada por Getúlio Vargas, amplió la seguridad social, estableciendo la institución del seguro social para vejez, invalidez, vida y accidentes laborales⁸.

Después de casi diez años de dictadura, Brasil tuvo un nuevo Gobierno elegido democráticamente en 1946 y, con él, una nueva constitución (1946), que cambió poco en materia de seguridad social, adoptando prácticamente los mismos términos presentes en el régimen anterior⁹. Bajo la Constitución de 1946, se creó la primera Ley Orgánica de Seguridad Social (Ley N° 3.807/1960)¹⁰ y el Instituto Nacional de Seguridad Social (INPS) como autarquía federal¹¹.

4 Sobre la historia de la seguridad social en Brasil, véanse Sérgio Pinto Martins, *Direito da seguridade social*, 30ª ed. (San Pablo: Atlas, 2010), 3-7; Fábio Zambitte Ibrahim, *Curso de direito previdenciário*, 15.ª ed. (Río de Janeiro: Impetus, 2010), 1 y ss.

5 Sin embargo, este derecho solo alcanzó a los empleados públicos que quedaron inválidos y que hubieran sido justificados por una protección de los militares (responsables de la revolución republicana). Según el artículo 75: "A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação" (La jubilación solo se puede dar a los funcionarios públicos en caso de invalidez en el servicio de la Nación). Véase la Constitución brasileña de 1891: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

6 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682-1923.htm. Véanse Martins, *Direito da seguridade social*, 7; Ibrahim, *Curso de direito previdenciário*, 28; Alencar, *Benefícios previdenciários*, 30.

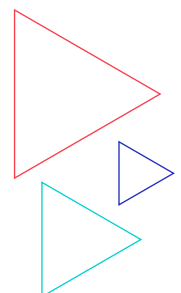
7 Véase artículo 121, §1º, "h" de la Constitución de 1934. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

8 Véase artículo 137, §1º, "m" y "n" de la Constitución de 1937. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

9 Véase artículo 157, XVI y §2º de la Constitución de 1946. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

10 Véase Ley N° 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm.

11 Véase Decreto-ley N° 72, de 21 de noviembre de 1966. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/dei0072.htm#:~:text=DECRETO-LEI%20N%C2%BA%2072%2C%20DE,1965%2C%20combinado%20com%20%20art.





En 1967, se instaló una nueva dictadura y un nuevo orden constitucional en Brasil, que mantuvo la protección social existente ¹².

Con el retorno a la democracia y la promulgación de la Constitución de 1988, actualmente vigente, se instituyó en Brasil el actual modelo de seguridad social, formado por el trípode de la seguridad social: previsión social, asistencia social y protección de la salud.

Con respecto al derecho internacional, Brasil también es signatario de tratados internacionales que garantizan la observancia y la progresividad en la garantía de los derechos sociales de su población. Según el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución de 1988: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales de los que haga parte la República Federativa de Brasil”. Acerca de la jerarquía de las normas del derecho internacional y de las normas constitucionales, el Supremo Tribunal Federal entiende, considerando el párrafo 3 del artículo 5 de la Constitución, que existen dos niveles: a) los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos que se aprueben en cada Cámara del Congreso Nacional, equivalentes a las enmiendas constitucionales; b) otros tratados y otras convenciones internacionales de derechos humanos, normas infraconstitucionales y supraleales ¹³.

En materia de seguridad social, se destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 y promulgado en Brasil el 6 de julio de 1992 ¹⁴, que garantiza, como la Constitución brasileña, el derecho a la seguridad social o al seguro social, la protección de la maternidad con prestaciones de seguridad social adecuadas y otros beneficios ¹⁵.

En América, se destaca el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). En su artículo 9 se garantiza que el derecho a la seguridad social proteja a toda persona “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”.

Ambos pactos no se consideran jerárquicamente del mismo nivel constitucional, ya que no fueron aprobados en los términos del § 3 del art. 5 de la Constitución de Brasil. Sin embargo, agregan poco a lo que ya está implícita o explícitamente determinado por la Constitución brasileña sobre seguridad social, ya que tiene gran protección a estos derechos, garantizando, desde su artículo 193, una amplia protección a la salud, previsión social y asistencia social.

2. El derecho a la seguridad social bajo la Constitución brasileña de 1988

A diferencia de otros países, el sistema de seguridad social brasileño está fuertemente constitucionalizado, lo que refleja presiones preconstitucionales y la importancia de este derecho social en el país. El derecho constitucional comparado presenta básicamente tres estructuras jurídicas de seguridad social: la que resulta de interpretaciones basadas en la concepción de la dignidad humana, la que se funda directamente en las normas de derechos sociales consagradas en el texto constitucional, sin mayor detalle, como en Portugal, y la que no solo se basa, sino que se detalla ampliamente en el texto constitucional, como es en Brasil.

¹² Véase artículo 158, XVI, de la Constitución de 1967. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

¹³ RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009, Tema 60. Disponible en <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>.

¹⁴ Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

¹⁵ Véase art. 9º y siguientes del Pacto, disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf

La justicia distributiva está bien delimitada en los objetivos que rigen el sistema de la seguridad social, explícitamente listados en la Constitución, en el artículo 194, párrafo único, como la universalidad de cobertura y atención; la uniformidad y equivalencia de los beneficios y servicios a las poblaciones urbanas y rurales; la selectividad y distribución en la prestación de servicios y beneficios; la irreductibilidad del valor de los beneficios, la equidad en la forma de participación en el costo; y el carácter democrático y descentralizado de su administración ¹⁶.

El carácter distributivo queda aún más en evidencia con el financiamiento de la seguridad social, a cargo de toda la sociedad, conforme previsto en el artículo 195 de la Constitución.

El sistema de seguridad social en Brasil se estructura sobre un trípode compuesto por tres subsistemas: la previsión social, la asistencia social y la salud, en los términos del artículo 194 de la Constitución: “La seguridad social comprende un conjunto integrado de acciones iniciadas por el Poder Público y la sociedad, encaminadas a asegurar los derechos relacionados con la salud, la previsión social y la asistencia social”.

A continuación, se analizará en detalle cada uno de los subsistemas.

2.1 La previsión social

La previsión social es un seguro público cuya función es garantizar que las fuentes de ingresos del trabajador y de su familia sean preservadas cuando este pierde temporalmente la capacidad de trabajar (enfermedad, accidente, maternidad) o de manera permanente (muerte, invalidez y edad avanzada). Esta es responsable por el pago de diversos beneficios al trabajador, tales como la pensión de jubilación, el salario-maternidad, el salario-familia, el auxilio-enfermedad, el auxilio-accidente y la pensión de sobrevivencia. Todos los trabajadores con contrato laboral formal se encuentran obligatoriamente protegidos por la previsión social, y los otros pueden afiliarse voluntariamente, como contribuyentes individuales (en el caso de los trabajadores autónomos y de los empresarios) o como contribuyentes facultativos (en el caso de estudiantes, amas de casa, etc.).

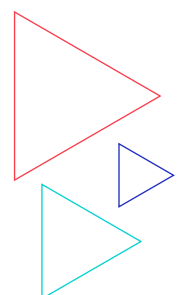
Entre los subsistemas de seguridad social, el subsistema de previsión social es el de mayor constitucionalización en Brasil. Sin embargo, la inserción de los requisitos para obtener la jubilación en el texto constitucional explica por qué este tema también ha sido quizás el que ha experimentado el mayor número de cambios desde la proclamación de la Constitución de 1988. El modelo original distinguía a los funcionarios públicos de los trabajadores privados, con reglas más favorables para los primeros, lo que resultó en una tendencia a reducir esta diferencia durante estos treinta y dos años de la Constitución.

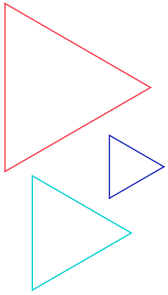
Otros tres factores contribuyeron a una sucesión de intentos de reforma del sistema constitucional de previsión social: el aumento de la longevidad de los ciudadanos brasileños, la disminución de la tasa de natalidad y el consecuente desequilibrio actuarial del modelo ¹⁷.

A pesar de que su naturaleza es de carácter contributivo (es decir, de ella participan solo aquellos que contribuyen mensualmente), la previsión social garantiza una cobertura legal prácticamente universal, asegurándoles el derecho a afiliarse incluso a los trabajadores domésticos (artículo 201, párrafo 12, de la Constitución de 1988). Con el fin de actuar en la justicia distributiva, los trabajadores rurales y aquellos que ejerzan sus actividades en el régimen de economía familiar,

¹⁶ Véase párrafo único del mismo artículo en http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf

¹⁷ Aunque existe una considerable divergencia en la doctrina sobre la necesidad efectiva de reforma. Véase S. H. Salvador, T. V. Agostinho y R. L. da Silva, “A fragilidade argumentativa do déficit como justificativa central da proposta de reforma da Previdência Social (PEC n. 06/2019) e seus reflexos no ideário da efetividade dos direitos fundamentais”, *Revista Brasileira de Direito Social* 2 (3). Disponible en <https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/102>. Véase también <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/10/22/quando-sera-necessario-fazer-nova-reforma-da-previdencia.htm>.





como el productor rural, el pescador y el minero de aluvión, también se encuentran protegidos (artículo 201, parágrafo 7, inciso II, de la Constitución de 1988).

La opción por la constitucionalización de normas de derechos sociales debe considerar, sin embargo, el carácter altamente dinámico y dependiente de la infraestructura social y económica y, en consecuencia, los constantes cambios formales que resultarán de esta necesidad.

Junto con la crisis económica y de las finanzas públicas, presiones políticas y sociales como las que buscan una mayor igualdad en la prestación de los derechos sociales o su incremento por categoría específica, además de cuestiones demográficas como la tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida, así como otros elementos actuariales que inciden en los derechos previsionales, requieren constantes ajustes a estas normas, por lo que no parece aconsejable su disposición en el texto constitucional.

En cualquier caso, esta no fue la elección de la constituyente de 1988, lo que quizás explica por qué las normas relativas a los derechos de la seguridad social son las que han sufrido los cambios más formales en estos más de treinta años de la Constitución.

La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 (Constitución de 1988) mantuvo la separación entre los sistemas de pensiones público y privado. En la concepción original, el sistema privado estaba unificado, presentaba un carácter contributivo y universal, y era obligatorio para todos los trabajadores que no fueran funcionarios públicos.

Según el artículo 201, en su versión original, los regímenes de previsión social deben tener o proporcionar: (a) carácter contributivo, (b) afiliación obligatoria; (c) observancia de criterios que preserven el equilibrio financiero y actuarial; (d) cobertura de enfermedad, invalidez, eventos de muerte, incluidos los derivados de accidentes de trabajo, vejez y prisión; (e) ayuda para el mantenimiento de los dependientes, de los asegurados de bajos ingresos; (f) protección de la maternidad, especialmente para mujeres embarazadas; (g) protección al trabajador en situaciones de desempleo involuntario; y (h) pensión por fallecimiento del asegurado, hombre o mujer, al cónyuge o pareja y dependientes.

El sistema de seguridad social brasileño ha experimentado dos reformas constitucionales importantes desde 1988: en 1998 y en 2019.

La primera reforma estructural del sistema de seguridad social brasileño ocurrió mediante la Enmienda Constitucional N° 20/1998. Entre sus principales cambios, instituyó la obligación de la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios de crear un sistema de seguridad social para sus empleados, que observase reglas de equilibrio financiero y actuarial (art. 40); introdujo la disposición expresa de jubilación especial para los que realizaran actividades en condiciones especiales que lesionen su salud o integridad física (art. 201, § 1°), y modificó los criterios de edad y tiempo de contribución requeridos para la jubilación.

En 2019, el presidente Jair Messias Bolsonaro, electo por el Partido Social Liberal, llegó al poder con un discurso de implementación de políticas de libertad económica y reducción del Estado, que incluiría la reforma de la seguridad social.

Después de muchas discusiones, se aprobó la Enmienda Constitucional 103/2019, que promovió varios cambios en el sistema de previsión social, destacándose:

- a. el aumento de la edad de jubilación de las mujeres, que pasó de 60 a 62 años;
- b. el requisito de un periodo mínimo de contribución, que sería fijado por ley;
- c. los límites porcentuales de la cuota familiar para percibir la pensión por fallecimiento;
- d. el aumento de las tasas de cotización y creación de un sistema progresivo, para que quienes más ganan paguen más;

- e. las reglas transitorias para proteger las expectativas legítimas de los beneficiarios que ya estaban en el sistema;
- f. el endurecimiento de las normas de jubilación de los empleados públicos y la búsqueda de la convergencia entre los sistemas público y privado.

La redacción actual es la siguiente:

► Artículo 201. La previsión social se organizará con sujeción al Régimen General de Previsión Social, de carácter contributivo y afiliación obligatoria, observando criterios que preserven el equilibrio financiero y actuarial, y de conformidad con lo establecido por la ley, tendrá por objeto:

I – la cobertura de eventos por incapacidad laboral temporal o permanente y edad avanzada;

II – la protección de la maternidad, especialmente a las mujeres embarazadas;

III – la protección a los trabajadores en situación de desempleo involuntario;

IV – las asignaciones familiares y el subsidio de prisión para los dependientes de los asegurados de bajos ingresos;

V – la pensión de viudez en caso de muerte del asegurado, sea hombre o mujer, al cónyuge o pareja y sus dependientes, observando lo dispuesto en el párrafo 2.

La Enmienda Constitucional 103/2019, sin embargo, continuó impulsando una fuerte constitucionalización de la previsión social, incorporando normas en la Constitución Federal que deberían dejarse al legislador ordinario y, en algunas situaciones, al propio poder regulatorio, dado que la constitucionalización impone una rigidez que dificulta los cambios que puedan hacerse.

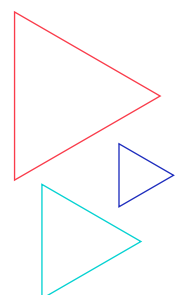
La Constitución de 1988 adoptó un sistema contributivo y solidario¹⁸ de previsión social, bajo un régimen simple de reparto¹⁹. Debido al carácter contributivo, para tener derecho a los beneficios, el afiliado debe contribuir. Sin embargo, debido al carácter solidario, no todos los que aportan se ven reflejados en beneficios. Bajo el régimen simple de reparto, el valor de los beneficios pagados a los trabajadores jubilados se financia con las contribuciones de los trabajadores que aún no se han jubilado.

La Constitución de 1988 no preveía originalmente la afiliación obligatoria, previsto únicamente por el legislador ordinario. Sin embargo, el § 7º de la redacción original ya preveía implícitamente la creación de un seguro colectivo que sería mantenido por la previsión social, de carácter optativo y complementario. Esta disposición, todavía, nunca se aplicó.

La Enmienda Constitucional N° 20/1998 modificó el § 7º, previendo en el § 5º la situación de afiliados opcionales, afiliados obligatorios y afiliados prohibidos. La regla antes mencionada en el § 5 prevé la posibilidad de afiliación opcional al Régimen General de Previsión Social (RGPS), sin, todavía, detallarla. *A contrario sensu*, por lo tanto, establece que los demás casos son de afiliación obligatoria. Como afiliación prohibida, el referido dispositivo coloca a los empleados públicos, porque ellos están cubiertos por su propio sistema de previsión social.

18 Véase art. 195: “La seguridad social será financiada por toda la sociedad, de forma directa e indirecta, en los términos establecidos por la ley, mediante recursos provenientes de los presupuestos de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios, y de las siguientes contribuciones sociales”.

19 En los regímenes de reparto, existe un compromiso intergeneracional: quien trabaja financia a las pensiones actuales. Véase Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, “Coexistência do regime de repartição com o regime de capitalização”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 97 (2002): 211.





La Constitución continúa sin establecer la universalidad de la afiliación obligatoria. Solo prevé la obligatoriedad de afiliación para los trabajadores formales o empresarios, no para la población en general.

El anterior § 7º también se detalló en los actuales §§ 12 y 13, que previeron la creación de un sistema especial de previsión social, dirigido a personas de bajos ingresos, o a los trabajadores privados, como los trabajadores domésticos, principalmente mujeres. Por la característica inclusiva y social del sistema, el constituyente previó alícuota y carencias diferenciadas para estos asegurados. La Enmienda Constitucional N° 103/2019 reconoció expresamente la preocupación por la informalidad, pero dejó al legislador la reglamentación del asunto ²⁰.

Desde la redacción constitucional original, la previsión social ofrece cobertura integral, es decir, para todas las situaciones que puedan imposibilitar que una persona obtenga ingresos, a saber: eventos de enfermedad, embarazo, invalidez, muerte, vejez, desempleo involuntario y encarcelamiento, la protección de la maternidad, por las personas a cargo de los asegurados de bajos ingresos y por los asegurados fallecidos, previendo el beneficio de la pensión por fallecimiento (art. 201).

El constituyente también se había preocupado, en su redacción original, por las personas a cargo de los asegurados de bajos ingresos y de los asegurados fallecidos, previendo el beneficio de la pensión en caso de fallecimiento. La Enmienda Constitucional N° 20/1998, sin embargo, redujo la protección de las personas a cargo de los asegurados de bajos ingresos, limitándola al *salario-familia* (beneficio pagado al asegurado por número de hijos, actualmente de valor insignificante, que, en consecuencia, no cumple con la finalidad prevista en la disposición constitucional) y a la asistencia social proporcionada durante el encarcelamiento. La enmienda buscaba promover los principios de selectividad y distribución de la seguridad social (art. 194, III, de Constitución de 1988) ²¹. Con la modificación, solo los asegurados de bajos ingresos, definidos por el legislador, tendrán derecho a tales beneficios.

En el caso del subsidio de reclusión, beneficio que se paga a los dependientes del asegurado preso, cuando son de bajos ingresos, no estaba claro qué ingresos debían considerarse, si los del asegurado preso o los de sus dependientes. El Supremo Tribunal Federal entendió que se aplica la segunda interpretación ²².

La Constitución también establece la garantía de un valor mínimo de jubilación, al afirmar, en el actual § 2, que "Ningún beneficio que reemplace el salario de cotización o la renta del trabajo del asegurado tendrá un valor mensual inferior al salario mínimo" ²³.

Esta garantía generó polémica. Primero, hay beneficios de seguridad social que se pagan como un porcentaje del salario. Es el caso de la prestación por accidentes, correspondiente al 50 por ciento del salario de referencia ²⁴. Alguien que ya recibe un salario equivalente al salario

²⁰ Véase art. 20 y siguientes de la Ley N° 8.212/91: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm; y art. 11 del Decreto 3.048/99: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm.

²¹ El principio de la selectividad toma en cuenta las necesidades que merecerán la cobertura de la seguridad social y la definición de los beneficios y servicios adecuados para enfrentar esta cobertura. A su vez, el principio de distributividad busca delimitar qué poblaciones pueden tener acceso a estos beneficios y servicios, según las necesidades de cada uno. Véase Miguel Horvath Júnior, *Direito previdenciário*, 10.ª ed. (San Pablo: Quartier Latin, 2014), 104 y ss.

²² RE 587.365 (rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 25-3-2009, P, *DJE* de 8-5-2009, Tema 89 da Repercussão Geral. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591563>

²³ Es decir, todos los beneficios previstos en el artículo 201 de la Constitución de 1988 (pensión de invalidez, baja por enfermedad, baja por maternidad, seguro de desempleo, prestación por prisión, prestación por accidente y pensión por fallecimiento), excepto el salario-familia, ya que este beneficio no reemplaza el salario de cotización.

²⁴ La prestación por accidente es una indemnización adeudada al asegurado que tiene una reducción en la capacidad de trabajo que normalmente realizaba, provocada por un accidente de cualquier naturaleza. Se paga mensualmente y se puede combinar con salario y otros beneficios, finalizando solo con el fallecimiento o

mínimo, ¿podría recibir asistencia en caso de accidente por un valor menor? Según el Supremo Tribunal Federal, no. En el RE 597.022 se estableció que el valor de los beneficios pagados por la seguridad social que reemplacen el salario o los ingresos del asegurado no pueden ser inferiores al salario mínimo, independientemente de su naturaleza.

Además de asegurar un valor mínimo de beneficios, también es importante asegurar la actualización monetaria de los valores de las bases de contribución, así como la actualización proporcional de los beneficios. Esta regla existe desde la redacción original y se encuentra en el § 4 del actual artículo 201.

La Constitución también asegura que todos los salarios de contribución considerados en el cálculo del beneficio serán corregidos monetariamente (art. 201, § 3)²⁵.

La previsión de equilibrio financiero y actuarial fue incluida en el artículo 201 por el constituyente derivado de 1998. Es un principio que pretende limitar la edición de nuevas normas infraconstitucionales en materia de seguridad social por parte del legislador. Su disposición ofrece un contrapunto al principio de solidaridad e invocación de los derechos subjetivos derivados del carácter contributivo del sistema. Visto así, el principio mismo de contribución, junto con el principio de seguridad jurídica (derecho adquirido y acto jurídico perfecto), pueden relativizarse en la búsqueda de la preservación de ese equilibrio²⁶.

La Constitución de 1988, en su redacción original, dispuso la jubilación plena, proporcional y especial, estableciendo reglas para el cálculo de los beneficios. La Enmienda Constitucional N° 20/1998 modificó estos criterios, sin cambiar sustancialmente los requisitos para la jubilación, como se hizo con la pensión del sector público. La Enmienda Constitucional N° 103/2019 promovió un aumento del rigor para la jubilación, exigiendo no solo la edad o tiempo de cotización, sino también la edad mínima y tiempo de cotización, para alcanzar el beneficio pleno.

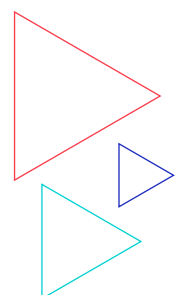
La Enmienda Constitucional N° 103/2019 cambió los criterios previstos por la Enmienda Constitucional N° 20/1998, fijando las edades mínimas de jubilación en 62 años para las mujeres (aumento de dos años) y 65 años para los hombres (sin variación), extinguiendo la jubilación exclusiva por tiempo de contribución. Se empezó a prever la existencia de un tiempo mínimo, que sería fijado por ley. Hasta que se cree la ley antes mencionada, la Enmienda N° 103 establece el requisito mínimo de quince y veinte años de contribución, respectivamente, para mujeres y hombres (art. 19 de la Enmienda Constitucional N° 103/2019).

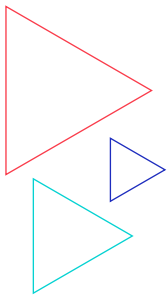
La Constitución de 1988 preveía la jubilación especial por edad, con una reducción de cinco años para quienes ejercían la actividad económica familiar. La idea es atender a personas que laboran en actividades del sector primario, como pequeño productor o trabajador, como a las que se dedican a la extracción de minerales y plantas, la agricultura y la pesca. Por regla general, estos trabajadores, a pesar de llevar una vida teóricamente más saludable, debido al contacto

jubilación del asegurado. Véase art. 86 y siguientes de la Ley de Prestaciones de Previsión Social (Ley 8.213/91) (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). El salario de prestación consiste en el promedio aritmético simple de los salarios de cotización más altos correspondientes al 80 por ciento de todo el periodo de cotización (art. 29, II, de la Ley 8213/91).

25 Según el art. 29-B de la Ley de Prestaciones de Previsión Social (Ley 8.213/91), “los salarios de contribución considerados en el cálculo del monto del beneficio se ajustarán mes a mes de acuerdo con la variación total del Índice Nacional de Precios al Consumidor, calculado por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística -IBGE-”.

26 La Constitución brasileña de 1988 prevé expresamente la protección del acto jurídico perfecto y el derecho adquirido como derechos fundamentales, algo poco común en otras constituciones. Así, en su artículo 5, XXXV, señala: “La ley no perjudicará los derechos adquiridos, los actos jurídicos perfectos ni la cosa juzgada”. El concepto de derecho adquirido y de acto jurídico perfecto está dado por el Decreto-ley N° 4657/1942: “Art. 6. La Ley vigente tendrá efecto inmediato y general, respetando el perfecto acto jurídico, el derecho adquirido y la cosa juzgada. § 1° Se considera acto jurídico perfecto el ya consumado según la ley vigente en el momento de su realización. § 2 Los derechos que el titular, o alguien por él, pueda ejercitar, tales como aquellos cuyo inicio del ejercicio tiene un plazo fijo, o una condición preestablecida inalterable, a discreción de otros, se consideran adquiridos”. Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.





con la naturaleza y al equilibrio de los alimentos, tienen un trabajo más agotador y, debido a los antecedentes sociales, económicos y culturales, comienzan a trabajar muy temprano, junto con sus padres. Existe cierto consenso en que tal reducción tiene como objetivo atender, por un lado, al trabajador sometido a las condiciones laborales más severas y agotadoras y, por otro, mantener el incentivo a la producción rural. Esta condición justifica la reducción de la edad de jubilación ²⁷.

La Enmienda Constitucional N° 103/2019 mantuvo la reducción de la jubilación de los docentes en cinco años, así como la de los trabajadores rurales y de quienes desarrollan sus actividades en el régimen de economía familiar, incluidos productores rurales, mineros (garimpeiros) y pescadores artesanales. La enmienda también conservó expresamente el derecho adquirido, de acuerdo con las normas vigentes antes de su publicación.

2.2 La salud

La Constitución brasileña regula el derecho a la salud en los artículos 196 a 200. El artículo 196 establece que “La salud es un derecho de todos y un deber del Estado que ha de ser garantizado mediante la estructuración de políticas sociales y económicas destinadas a reducir el riesgo de padecer enfermedades y otras contingencias, así como el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”.

La salud es un servicio público. En el sistema constitucional brasileño, corresponde al poder público la prestación de servicios públicos (art. 175). Esto significa que el Estado tiene el deber de prestar servicios públicos directamente, pero no excluye la posibilidad de que el sector privado también pueda hacerlo, a diferencia de otras actividades económicas, en las que el Estado no está obligado, pero puede ejercerlas cuando sea necesario por imperativos de la seguridad nacional o de interés colectivo relevante (art. 173).

Se puede decir que en Brasil ningún derecho social es monopolio del poder público, ya que estos también pueden ser provistos por el sector privado. La salud, como la educación, por lo tanto, pueden ser prestadas directamente por el Estado (a través de entidades públicas), indirectamente (por concesión o permiso), o incluso directamente por el sector privado ²⁸.

La financiación del sistema se realiza a través de la coparticipación presupuestaria de la Unión, los estados y los municipios. Según el artículo 198, § 2°, de la Constitución de 1988, los mecanismos de financiación son ingresos corrientes, producto de la recaudación de impuestos con diferentes baremos según sea la Unión, los estados y el Distrito Federal o los municipios.

En materia de protección de la salud, en lo que no se refiere a la “seguridad social”, los municipios, los estados y el Distrito Federal son competentes para definir, siguiendo criterios de predominio de su interés, el principio de precaución y el más alto nivel de protección de

27 Véanse, en este sentido, Aparecida de Moraes Silva y Rodrigo Constante Martins, “A degradação social do trabalho e da natureza no contexto da monocultura canavieira paulista”, *Sociologias* 12 (24) (2010): 108. Cláudia Chiesy Márcio Mendes Rocha, “Impactos da aposentadoria rural especial como política pública para a agricultura familiar”, *Geosaberes* 6 (1) (2015):123-137. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/5528/552856409012.pdf>. Luiz Gustavo Boiam Pancotti y Bianca Rodrigues Grégio, “Aposentadoria especial do trabalhador rural: análise no exercício canavieiro”, *Revista Brasileira de Direito Social* 2 (2) (2019). Disponible en <https://rbds.emnuvens.com.br/rbds/article/view/83/87>.

28 En Brasil existe una complementariedad entre los regímenes público y privado. Según un artículo publicado en 2018, comparando el país con Francia, Italia, Portugal, España y el Reino Unido (países con sistemas de salud similares, universales y públicos), Brasil fue el país con la participación más baja del gasto público en salud, con un 40 por ciento en el primer año (2000) y un 46 por ciento en el último año analizado (2014). El segundo lugar lo ocupó Portugal, con un 67,7 por ciento y un 64,8 por ciento, respectivamente. Véase J. O. Figueiredo, N. M. B. L. Prado, M. G. Medina y J. S. Paim, “Public and private health expenditures in Brazil and selected countries”, *Saúde Debate* 42 (2) (2018): 37-47. Disponible en <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/hbzvsvZn57PbVJsXsfWJSfB/?format=pdf&lang=pt#>:

los derechos fundamentales conexos (un principio no adoptado expresamente por el Supremo Tribunal Federal) ²⁹.

Impulsada por el Colegio de Abogados de Brasil, la Corte Suprema reafirmó que la protección de la salud es una competencia común de los estados y los municipios, y en caso de conflicto entre ellos, los principios implícitos del federalismo, como el predominio del interés y el principio de precaución deben prevalecer ³⁰.

El reconocimiento del derecho a la salud en la Constitución brasileña y en los tratados internacionales de los que Brasil es signatario, como derecho social expresamente reconocido e imposiciones constitucionales a los Poderes para asegurar la protección de la salud, es sin duda una de las causas de su materialización, con relativa eficacia. La legislación y la jurisprudencia infraconstitucional brasileña actúan en cumplimiento de estos mandamientos constitucionales, garantizando la existencia de la atención universal de salud para los ciudadanos brasileños.

Ciertamente, la efectividad del derecho a la salud sería mucho menor si no fuera por las disposiciones constitucionales expresas que garantizan su gratuidad y universalidad, así como por la exigencia de gastos mínimos por parte del poder público en salud pública.

2.3 La asistencia social

Para aquellos que no obtienen rentas suficientes para hacer parte del sistema de previsión social, e incluso aquellos que efectivamente participan pero se encuentran en situación de vulnerabilidad económica o social, el sistema de asistencia social ofrece algún tipo de amparo, mediante auxilio financiero, sin ninguna contrapartida, conforme previsto en el artículo 203 de la Constitución de 1988:

► Art. 203. La asistencia social será prestada a quien la necesite, independientemente de la contribución a la seguridad social, y tiene por objetivos:

I - la protección de la familia, la maternidad, la infancia, la adolescencia y la tercera edad;

II - el amparo a los niños y adolescentes en estado de necesidad manifiesta;

III - la promoción de la integración al mercado laboral;

IV - la habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad y la promoción de su integración a la vida comunitaria;

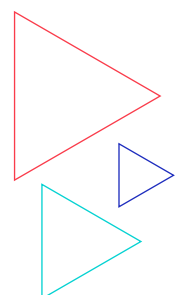
V - la garantía de la asignación mensual de un salario mínimo a las personas con discapacidad y al adulto mayor de la tercera edad que compruebe no poseer medios suficientes para proveer su propia manutención o de que ésta sea provista por su familia, conforme disponga la ley ³¹;

VI - la reducción de la vulnerabilidad socioeconómica de las familias en situación de pobreza o pobreza extrema (el subrayado es nuestro).

29 Sobre la división de competencias en Brasil, véase Leonardo David Quintiliano, "Autonomia federativa: delimitação no direito constitucional brasileiro" (tesis doctoral, Universidad de San Pablo, 2012). Disponible en <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/pt-br.php>

30 Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 672/DF. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>

31 La asistencia social está regulada por la Ley N° 8.742/1993. Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742compilado.htm.





El citado artículo 203 establece los principios y el contenido de la asistencia social garantizada por la Constitución, pero remite al legislador la tarea de implementarla.

El artículo 203 fue reformado recientemente con la inclusión del inciso VI ya descrito anteriormente por un cambio en la Constitución aprobado el 15 de diciembre de 2021 y aún no publicado ³².

El mismo cambio incluye un nuevo párrafo al artículo 6 de la Constitución, que prevé un ingreso familiar básico para todos los brasileños en situación de vulnerabilidad social, remitiendo también al legislador la tarea de regularlo.

2.4 Principios constitucionales conexos

La seguridad social es una expresión de los principios de justicia social y dignidad humana. El principio de la dignidad humana está previsto en el artículo 1, III, de la Constitución, como fundamento de la República Federativa de Brasil ³³. También es un principio implícito o estructurante del Estado de derecho, igualmente proclamado en el mismo artículo ³⁴. La expresión justicia social, a su vez, es un principio implícito o estructurante del estado de bienestar ³⁵. Además de ser implícito, la Constitución brasileña lo contempla expresamente en el artículo 170, como un principio que debe ser observado por el orden económico ³⁶. La justicia social como uno de los propósitos del Estado brasileño también se reconoce en su preámbulo constitucional:

► Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias, promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución (el subrayado es nuestro).

³² El ítem VI fue incluido por PEC 46/2021, ya aprobado por el Congreso Nacional el 15/12/2021, pero aún no publicado. Véase <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2311542>.

³³ Establece el artículo 1º:

“La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

I la soberanía;

II la ciudadanía;

III la dignidad de la persona humana;

IV los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa;

V el pluralismo político.

Parágrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución.”

³⁴ Véanse Ingo Wolfgang Sarlet, “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídicoconstitucional necessária e possível”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC (2007): 361-388. José de Melo Alexandrino, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, en *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão I* (Coimbra, Coimbra Editora, 2008), 481-511. Disponible en <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/445/321>. Peter Häberle, “Dignita’Dell’Uomo e Diritti Sociali nelle Costituzioni degli Stati di Diritto”, en Marco Borghi, *Costituzione e diritti sociali* (Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg, 1990), 99.

³⁵ Véase Ernst Forsthooff, *Stato di diritto in trasformazione*. Trads. L. Riegert y C. Amirante (Milán: Giuffrè, 1973), 322 y ss.

³⁶ “Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: (...)”.

El derecho a la seguridad social presenta básicamente dos tipos de relación con los principios constitucionales del Estado brasileño. La primera relación es una relación consecutiva. Por tratarse de un Estado democrático de derecho (art. 1), el derecho a la seguridad social tiene como objetivo garantizar el mínimo existencial, actuando sobre el principio estructurador de la dignidad humana, expresamente incorporado en la Constitución de 1988 (art. 1, III). Otro derecho estructural inherente al Estado de derecho social es el principio de igualdad material. La segunda relación es una relación condicionante, ya que los principios constitucionales estructurantes, formales o materiales, o postulados de interpretación constitucional terminan limitando el papel de los poderes constituidos en la supresión, implementación o alteración de este derecho.

Estos principios se analizan brevemente a continuación.

2.4.1 Principio de la dignidad de la persona humana

En la Constitución brasileña, *la dignidad de la persona humana* aparece como fundamento del Estado: “Artículo 1. La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y se fundamenta en: I – la soberanía; II – la ciudadanía; III – la dignidad de la persona humana; IV – los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; V – el pluralismo político” (el subrayado es nuestro).

La vaguedad e indeterminación del contenido del principio también provoca relativización y abuso retórico en Brasil, no solo de la doctrina, sino del propio Poder Judicial.

En una investigación sobre el tema, realizada por Natália Alves Amancia en un programa de la Sociedad Brasileña de Derecho Público, titulado “El principio de la dignidad de la persona humana en la jurisprudencia del STF”, en 2010, la investigadora concluyó que es posible extraer de los ministros del Supremo Tribunal Federal un carácter normativo del principio de dignidad humana, aunque –reconoce– “tal contenido normativo no es propio del principio de la dignidad de la persona humana, pero sí de otros principios”. En ese punto, la investigadora también pudo concluir un incipiente recurso al principio de dignidad humana para juzgar en casos que involucren derechos sociales, como el derecho a la vivienda ³⁷.

En el caso de garantizar derechos de prestaciones sociales, como la seguridad social, el Supremo Tribunal Federal ha invocado el principio de la dignidad de la persona humana junto con otros principios, como el derecho al mínimo existencial y la prohibición del retroceso social. Es importante señalar que en Brasil su fundamento diverge de países que tienen sus derechos sociales implícitamente extraídos del principio de la dignidad de la persona humana por interpretación del Poder Judicial, como en Alemania.

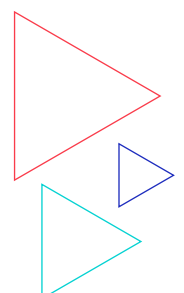
En el caso brasileño, una gran parte de los derechos sociales tiene su propia disposición en las normas constitucionales que lo garantizan de manera expresa, como se vio anteriormente. Aun así, a partir de 2011 el Supremo Tribunal Federal también comenzó a recurrir al principio de la dignidad humana para dar mayor efectividad a la expresión de derechos sociales, como el derecho a la guardería y a la salud ³⁸.

2.4.2 Principio de la igualdad material

El principio de igualdad tiene una función normativa y una función social (Canotilho 2001, 385). La función normativa del principio de igualdad asegura una función de control y la función social puede utilizarse como una imposición constitucional relativa.

³⁷ Véase https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/197_Monografia-Natalia-Amancia.pdf.

³⁸ Véase STF ARE 639337/SP. Pleno, Rel. Ministro Celso de Mello. J. 23.8.2011.





La igualdad formal (igualdad ante la ley) obliga al legislador en la medida en que le prohíbe otorgar un trato diferente a diferentes ciudadanos. Sin embargo, especialmente en lo que respecta al estado de bienestar, tiene mayor importancia una dimensión intrínseca del principio: la igualdad material (igualdad *de facto*, a pesar de la ley)³⁹.

Uno de los terrenos más fértiles para aplicar la distinción entre igualdad formal y material es precisamente el de la seguridad social, pues la búsqueda de la justicia social está íntimamente ligada a la idea de justicia distributiva, que se basa en la primacía de la igualdad para todos. Por ejemplo, en el caso de la norma que prevé requisitos de jubilación diferenciados para hombres y mujeres, la búsqueda de la igualdad material o “reparación” descarta la igualdad formal.

Como constitución social, la Constitución brasileña impone al legislador el objetivo de corregir las desigualdades fácticas con el uso de acciones afirmativas o la promulgación de leyes que consideren su existencia y adopten medidas compensatorias (Canotilho 2001, 384).

Es precisamente en este principio de igualdad material en el que se basan las leyes de transferencia de ingresos, como la Renta Básica del Ciudadano, Bolsa Familia, Auxilio Brasil y los beneficios previstos en la Ley de Asistencia Social (Ley N° 8742/93).

Además, dichos principios también pueden ser utilizados por el Poder Judicial para subsanar vacíos o deficiencias legales, como la exclusión de algunas personas en situación de vulnerabilidad que, de no cumplir con algún requisito formal previsto por el legislador, injustamente no lo recibirían. Es el caso de una persona sin ingresos en 2020, pero que no tenía derecho a ayuda de emergencia durante la pandemia, por haber percibido una renta imponible superior a 28 559,30 reales brasileños (R\$), en 2018 (art. 2, V, de la Ley 13982/2020)⁴⁰.

2.4.3 Principio de la seguridad jurídica

La seguridad, no solo como mera protección de la integridad física, sino también como estabilidad del orden jurídico,⁴¹ constituida por el elemento que quizás más justificó la construcción del Estado moderno, es indiscutiblemente un elemento inherente al Estado de derecho, como reconoce el Supremo Tribunal Federal⁴².

En esta capacidad, la seguridad jurídica aparece no solo como un principio implícito, sino como un verdadero principio estructurante, capaz de condicionar todos los poderes constituidos, incluido el constituido-constituyente.

El principio de la seguridad jurídica implica no solo estabilidad, sino también previsibilidad. Sin una garantía mínima de lo que se puede o no se puede hacer, cualquier intento de planificación se ve comprometido, lo que compromete a su vez el progreso del propio individuo y, en última instancia, de cualquier sociedad.

La Constitución brasileña presenta un tipo de protección especial contra la retroactividad, que consiste en prohibir expresamente la retroacción de la ley que afecte el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada (art. 5, XVI).

39 Esta es también la comprensión del Supremo Tribunal Federal. Véase STF, MI 58, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/04/91. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81737>.

40 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm

41 Como escribe Paulo Mota Pinto, “la confianza está en la base de la ‘posibilidad de vigencia del orden constitucional’, ya que es el mantenimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico, y el respeto a las garantías y normas que este brinda, lo que permite a la continuidad de la vigencia del orden constitucional”. Paulo Mota Pinto, “A proteção da confiança na jurisprudência da crise”, en Luís Pereira Coutinho y Gonçalo de Almeida Ribeiro, orgs., *O tribunal constitucional e a crise: Ensaios críticos* (Coimbra: Almedina, 2014), 137.

42 Véase STF. Tribunal Pleno. MS 24448 / DF. Rel. Min. Carlos Britto. J. 27/09/2007. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494628>.

El *derecho adquirido* es aquel que ya ha sido incorporado al patrimonio de su tenedor y ya puede ejercitarse, ya que se han cumplido todas las condiciones de adquisición ⁴³.

El derecho a la pensión requiere, entre otros, el requisito puramente temporal (implementación de la edad) o el requisito temporal mixto (implementación de antigüedad o pago de cotizaciones a la previsión social).

Durante el transcurso del tiempo, aún no se ha constituido el derecho a la jubilación. Por eso, se dice que hay solo una *expectativa de derecho* o un derecho en formación. Queda, por tanto, saber dos cosas: si existe un derecho adquirido a esas condiciones predeterminadas y, de no ser así, si debe protegerse la mera expectativa.

En el derecho brasileño, la distinción entre *expectativa de derecho* y *derecho adquirido* comienza con la definición jurídica de *derecho adquirido*, que aporta el párrafo 2 del artículo 6 de la Ley de introducción de normas en el derecho brasileño: es aquel "que su titular, o quien por él pueda ejercer, como aquellos cuyo inicio del ejercicio tiene un plazo fijo, o una condición preestablecida inalterable, a la voluntad de otra persona" ⁴⁴ (la traducción es nuestra).

Mucho se ha discutido acerca de la ampliación del concepto de derecho adquirido llevada a cabo por este precepto, si llegara a alcanzar las hipótesis de *expectativa de derecho* o el *derecho adquirido a un régimen jurídico* ⁴⁵.

En la jurisprudencia constitucional brasileña, la discusión sobre los derechos en formación se hizo más conocida bajo el aspecto de *derecho adquirido a un régimen jurídico*. Para el Supremo Tribunal Federal, este derecho no existe ⁴⁶.

En este punto, la doctrina se divide igualmente. Hay autores que defienden la tesis del derecho adquirido a un régimen jurídico, con el argumento de que la naturaleza de la relación de previsión social estaría enmarcada en un régimen de derechos adquiridos, no de expectativa de derechos ⁴⁷.

Una segunda corriente entiende que se trata de un *derecho adquirido parcial o proporcional*, sustentando una protección parcial de los derechos en formación. Para esta corriente, si la nueva ley solo modifica el plazo para adquirir el derecho, como en el caso de los derechos de jubilación, en el que uno de los requisitos es la implementación de la edad, servicio o pago de contribuciones a la previsión social, el tiempo ya abonado *habría sido adquirido*. Así, el nuevo tiempo debería aplicarse solo proporcionalmente a quienes ya estaban implementando tales requisitos para adquirir el derecho ⁴⁸.

43 Véanse Elival da Silva Ramos, *A proteção dos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro* (San Pablo: Saraiva, 2003), 182. Sérgio Resende de Barros, *A reforma da previdência e os direitos adquiridos dos servidores*. Texto básico de la conferencia "A reforma da Previdência Social no Congresso Nacional", 2 de junio de 2003, N° 1° Ciclo de Seminarios, realizado en el Auditorio Franco Montoro, en San Pablo., bajo el patrocinio de la Asamblea Legislativa del Estado de San Pablo. Disponible en <http://www.srbarros.com.br/pt/a-reforma-da-previdencia-e-os-direitos-adquiridos-dos-servidores.cont>

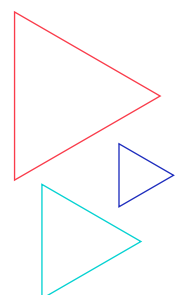
44 Véase Decreto-ley N° 4.657, del 4 de septiembre de 1942. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

45 Véase Vicente Ráo, para quien el precepto establecería un *derecho condicional adquirido*. Vicente Ráo, *Ato jurídico* (San Pablo: Max Limonad, 1961), 290.

46 STF. ADI 3128/DF. Acórdão. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cesar Peluso. J. 18/08/2004.

47 Véase José Tarcízio de Almeida Melo, *Direito constitucional brasileiro* (Belo Horizonte: Del Rey, 1996), 221.

48 Véase Celso Antônio Bandeira de Mello, "Direito adquirido proporcional", *Revista Trimestral de Direito Público* 36 (2001): 18-19. En el mismo sentido, Sérgio Resende de Barros se posiciona: "En este momento, hay hechos pasados (ya pasaron), pendientes (están pasando) y futuros (todavía pasarán). En virtud del principio de irretroactividad, la reforma no afecta en absoluto los hechos pasados, afecta los eventos futuros en todo, todavía afecta parcialmente los eventos pendientes. Pero de estos, ¿a qué parte se llega? Hay derechos que dependen únicamente de su ejercicio (*iura pendencia exercitatione*) y los que dependen de la adquisición (*iura pendencia acquisitione*). En la primera categoría, los derechos dependen únicamente de la ejecución o ejercicio por parte del titular que los adquirió. El derecho se adquiere, ya que se cumplen todas las condiciones de adquisición. Simplemente no se ha ejercitado. Pero su ejecución y ejercicio están incluidos en





Finalmente, una tercera corriente defiende que, en este caso, debe existir la *protección de la expectativa del derecho*. En este sentido, el juscivilista brasileño Clóvis Beviláqua, al abordar el problema desde la perspectiva del régimen jurídico de los funcionarios públicos, en el caso en que una ley preveía un aumento de la remuneración cada cinco años, concluyó que el Estado no tiene derecho a declarar, o tiene derecho a declarar, antes de que hayan transcurrido los plazos antes mencionados, que ya no pagará los aumentos prometidos. El Estado está obligado por su promesa, y debe cumplirla, siempre que se cumpla la condición a la que estaba sujeto: si el profesor se encuentra en el ejercicio del cargo, dentro del tiempo señalado; si lo ejerce durante diez, quince o veinticinco años. La ley posterior puede, sin duda, abolir estas adiciones; pero solo en relación con los profesores nombrados durante su mandato (Beviláqua 1923, 21) (el subrayado es nuestro).

La divergencia sobre el tema en la doctrina civilista es considerable, así como hay mucha bibliografía. Lo mismo puede decirse de las formas de adquisición de derechos subjetivos, así como de la transposición del tema al derecho público ⁴⁹.

Otra pregunta es si tal derecho adquirido puede oponerse al interés público que requiere reformas estructurales en el país. Aquí, de hecho, habrá un equilibrio entre principios. En este sentido, la disposición constitucional del derecho adquirido es quizás inocua, ya que, de hecho, la seguridad jurídica, especialmente en su dimensión subjetiva –la confianza–, ya ofrecería la misma protección.

En Brasil, debido a la limitación del legislador por el *derecho adquirido*, la modificación estaría prohibida por ley, no por enmienda constitucional. En este sentido, la seguridad jurídica, en su versión subjetiva, la protección de la confianza, acaba siendo relevada por la aplicación del derecho adquirido. Sin embargo, tanto el derecho adquirido como la tutela de la confianza no pueden ser invocados ante reformas constitucionales, por lo que la posición del Supremo Tribunal Federal es, en nuestra opinión, acertada, al declarar constitucional la modificación del derecho mediante reforma constitucional ⁵⁰.

Más recientemente, sin embargo, un juez brasileño declaró parte de la reforma constitucional promovida por Enmienda Constitucional N° 103/2019 inconstitucional, por atentar contra el principio de protección de la confianza ⁵¹.

2.4.4 Proporcionalidad y razonabilidad

Parte de la doctrina y la jurisprudencia brasileñas siguen, total o parcialmente, la concepción alemana (y, por qué no, europea) de razonabilidad y proporcionalidad, como principios, máximas o postulados normativos, intrínsecos al Estado de derecho ⁵².

su adquisición, bajo pena de adquirir una cosa y recibir otra, lo que sería un fraude por derecho propio. De ahí la inconstitucionalidad de la tributación de las personas inactivas: el derecho debe ejercerse en las mismas condiciones en que fue adquirido. No puede sufrir abatimiento sin ser herido. En la segunda categoría, porque aún queda alguna condición adquisitiva por cumplir, la reforma incide en la causa de adquirir el derecho y la modifica en términos de lograrlo, para bien o para mal. Pero, en la medida en que esta causa ya se cumpla, hay que respetarla: el derecho se adquirirá parcialmente. De ahí que las reglas de transición sean indispensables para la reforma (llamadas ‘peaje’, porque permiten la transición de lo ya adquirido a lo que aún se adquirirá)”. Véase Sérgio Resende de Barros, *A reforma da previdência e os direitos adquiridos dos servidores*. Disponible en <http://www.srbarros.com.br/pt/a-reforma-da-previdencia-e-os-direitos-adquiridos-dos-servidores.cont> (la traducción y el subrayado son nuestros).

49 En este sentido, se puede encontrar una síntesis satisfactoria del tema en José Adércio Leite Sampaio, *Direito adquirido e expectativa de direito* (Belo Horizonte: Del Rey, 2005), 11 y ss.

50 Véase STF. ADI 3128/DF. Acórdão. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cesar Peluso. J. 18/08/2004.

51 Véase <https://www.conjur.com.br/2021-ago-02/juiz-declara-inconstitucional-artigo-reforma-previdencia>. En el mismo texto, hay acceso a la sentencia.

52 Véanse Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 19.ª ed. (San Pablo: Malheiros, 2019) 163 y ss. Luís Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 91 (798) (2002): 27.

A pesar de algunas divergencias sobre su alcance, aplicación y metodología, es común que los tribunales brasileños apliquen los subelementos de la regla de proporcionalidad para evaluar si una norma es inconstitucional o no, debido a la violación de tales "principios". Tales elementos son adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, con gran influencia en Brasil sobre este tema por parte del jurista alemán Robert Alexy y su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, traducida al portugués por el constitucionalista Virgílio Afonso da Silva ⁵³.

El principio de proporcionalidad y razonabilidad también es observado por la doctrina y la jurisprudencia brasileñas y puede servir como parámetro para analizar la constitucionalidad de las reformas en el sistema de seguridad social, junto con la protección de la confianza y la prohibición del retroceso ⁵⁴.

2.4.5 Prohibición de retroceso

La teoría de la prohibición del retroceso, en sentido amplio, puede concebirse como el deber, inherente al Estado social, de incrementar progresivamente los beneficios del Estado, con el fin de garantizar una mayor justicia social ⁵⁵. En sentido contrario, si se mantienen las posibilidades económicas, existiría la imposibilidad legal de que el Estado emita actos que redujeran la efectividad de los derechos fundamentales o los derechos de prestaciones sociales ⁵⁶.

Como en Europa, también hay mucha discusión en Brasil sobre la existencia de este deber implícito ⁵⁷.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir de 2011 ⁵⁸, comenzó a invocar este principio como implícito y autovinculante del legislador. El principio de prohibición de retroceso se menciona por primera vez en la Corte Suprema Federal de Brasil, en la sentencia ADI 2.065/DF, en la que se estableció la constitucionalidad de una norma que extinguía el Consejo Nacional de Seguridad Social y los Consejos Estatales y Municipales de Seguridad Social ⁵⁹. En este caso, también señalado como precursor de la recepción jurisprudencial de la tesis de la prohibición del retroceso en Brasil, el Ministro relator Sepúlveda Pertence entendió que, si ya existe una norma infraconstitucional necesaria para la plena vigencia de la norma constitucional, el legislador puede hacerle cambios, incluso regresivos, pero no puede volver atrás en la omisión anterior ⁶⁰.

53 Véase Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 5.ª ed. alemana (San Pablo: Malheiros, 2008), 10.

54 Véanse Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 163 y ss. Luis Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", 27.

55 Véase Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11.ª ed. (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012), 455-457.

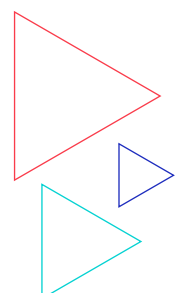
56 Véase Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional IV (IV)* (Coímbra: Coimbra Editora, 2000), 397.

57 Véase Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial* (Coímbra: Coimbra Editora, 2006), 5.

58 En la sentencia de ARE 639337 AgR/SP. Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.8.2011. Pub. 15.9.2011.

59 Véase STF, ADI 2065, Tribunal Pleno, 17/02/2000.

60 Véase STF, ADI 2065, Tribunal Pleno, 17/02/2000.





Después de algunas sentencias sin dar gran relevancia al principio ⁶¹, a pesar de su invocación, el Supremo Tribunal Federal aceptó la prohibición de retroceso a partir de la sentencia del RE 639.337/SP ⁶².

El ministro Celso de Mello reconoció la autonomía normativa del principio:

-
- De hecho, la cláusula que prohíbe la retrocesión en materia social traduce, en el proceso de su implementación, una verdadera dimensión negativa pertinente a los derechos sociales de prestación (como el derecho a la educación y la salud, por ejemplo), previniendo, en consecuencia, que los niveles de realización de estas prerrogativas, una vez alcanzados, serán aún más reducidos o suprimidos por el Estado, salvo en la hipótesis –totalmente inexistente en la especie– en la que las políticas compensatorias sean implementadas por las instancias gubernamentales ⁶³.
-

En el caso brasileño, sin embargo, la discusión sobre la existencia de un principio implícito de prohibición del retroceso se supera por dos razones. Primero, porque el sistema brasileño reconoce una omisión inconstitucional, lo que implica la prohibición de crear una omisión contraria a la Constitución. En segundo lugar, porque Brasil es signatario de tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2º) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), normas que prevén el desarrollo progresivo de estos derechos. Por lo tanto, cualquier retroceso debe ser excepcional y justificado con base en los principios de proporcionalidad y razonabilidad (Hachez 2008, 26; Courtis 2006, 8).

De hecho, parte de la doctrina solo admite la tesis de la prohibición del retroceso social, así como pasa con los derechos de libertad, si se revoca una norma infraconstitucional que implemente una imposición constitucional para legislar, sin ser reemplazada por otra (Andrade 1983, 369, n. 37).

También con algún disenso, la doctrina reconoce que dicha prohibición se producirá si hay una revocación de una norma sin reemplazar la implementación legal, cuando: a) se vulnere *la dignidad de la persona humana* (Otero 2009, 578-592); b) viole los principios de protección de la confianza, igualdad, prohibición de arbitrio y razonabilidad ⁶⁴; c) las concretizaciones deben ser consideradas materialmente constitucionales (Andrade 1983, 378); o d) afectar el contenido esencial del derecho (Otero 2009, 578-592).

61 Dos años después, en la sentencia ADI No. 2213/DF, interpuesta por el Partido de los Trabajadores contra una medida provisoria adoptada por el presidente de la República, que reguló la reforma agraria y contenía disposiciones contrarias a los intereses de los movimientos sociales que “invadían” tierras consideradas improductivas por ellos mismos, el retroceso social fue alegado por los demandantes. Sin embargo, el Supremo Tribunal de Justicia entendió que ni siquiera era un retroceso, dado el fuerte componente axiológico involucrado en la colisión entre los derechos de propiedad y su función social. Véase ADI N°. 2213 MC / DF. J. 4.4.2002. En la sentencia ADI 3105/DF, el magistrado Celso de Mello basó la inconstitucionalidad del artículo 4 de la CE N° 41/2003 en la prohibición del retroceso social, sin indicar, sin embargo, criterios para tal posición. En cualquier caso, fue un voto perdedor, que no influyó en la sentencia. Véase ADI N° 3105/DF. J. 18.8.2004.

62 Véase ARE 639337 AgR/SP. Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.8.2011.

63 Véase ARE 639337 - AgR/SP. J. 23.8.2011,162.

64 Véanse Paulo Otero, *Instituições políticas e constitucionais 1* (Coimbra: Almedina, 2009), 596. Carlos Bernal Pulido, “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a ‘existem direitos sociais?’ de Fernando Atria”. En Daniel Sarmento y Cláudio Pereira de Souza Neto, coords., *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008), 161. Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, 70.

Algunos, sin embargo, encuentran un deber de progresividad implícito en algunas disposiciones constitucionales como el artículo 3, I y III ⁶⁵, el artículo 7, la *caput* ⁶⁶ y el art. 170, *caput* y puntos VII y VIII de la CRFB ⁶⁷.

El tema debe ser discutido nuevamente en razón de las recientes reformas del sistema de seguridad social en el país, cuyas acciones aún serán objeto de juicio ⁶⁸.

3. La materialización del derecho a la seguridad social en Brasil

La materialización del derecho a la seguridad social en Brasil incluye al principio el papel fundamental del legislador en la regulación de los derechos establecidos constitucionalmente, como se detalla a continuación, con ejecución por los gobiernos de la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, asegurado por el Poder Judicial, cuyo acceso está garantizado por diversos mecanismos de justiciabilidad.

3.1 Materialización de la previsión social

La seguridad social está regulada por la Ley N° 8.212/ 991, que establece las fuentes de financiamiento y contribuyentes del sistema, y por la Ley N° 8.213/1991, que regula los beneficios de la seguridad social.

El artículo 18 de la Ley N° 8.213 prevé los siguientes beneficios:

I - para el asegurado: a) jubilación por invalidez; b) jubilación por vejez; c) jubilación por antigüedad; d) jubilación por tiempo de cotización; e) jubilación especial; f) paga por enfermedad; g) subsidio familiar; h) subsidio de maternidad; i) asistencia en caso de accidente;

II – para el dependiente: a) pensión por fallecimiento; b) subsidio por encarcelamiento;

III - en cuanto al asegurado y dependiente: a) ahorro; b) servicio social; c) rehabilitación profesional.

Todos estos beneficios son administrados y otorgados por una autarquía mantenida y controlada por la Unión: el Instituto Nacional del Seguro Social, creado en 1990 ⁶⁹.

Los empleados públicos de entidades que hayan instituido su propio sistema de seguridad social solo tienen las prestaciones previstas en el artículo 40, a saber: jubilación, prestación por servicio permanente y pensión por fallecimiento. Otros beneficios pueden ser establecidos por leyes específicas de la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios para sus empleados públicos, pero no se consideran beneficios de seguridad social para ellos, como en el caso de la paga por enfermedad.

65 Según el mencionado artículo:

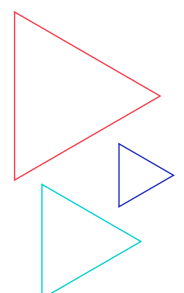
Artículo 3. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I – construir una sociedad libre, justa y solidaria; (...) III – erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales (...).

66 Según el artículo 7: “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros dirigidos a mejorar sus condiciones sociales (...)” (el subrayado es nuestro).

67 Según el artículo 170: “El orden económico, basado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los preceptos de la justicia social, observando los siguientes principios: I – la soberanía nacional; (...) III - la función social de la propiedad (...). Véase Felipe Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso*, 2007, 382.

68 Véase <https://www.migalhas.com.br/quentes/329727/lewandowski-pede-destaque-no-julgamento-da-reforma-previdenciaria-de-2019> ADIns 6.254, 6.255, 6.258, 6.271 e 6.367.

69 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8029cons.htm#art17.





3.2 Materialización del derecho a la salud

La salud pública se garantiza a través del Sistema Único de Salud (SUS), que reúne a la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, con un sistema de división de gastos e ingresos, así como de obligaciones entre estos, con el fin de garantizar la atención a la población en todos los niveles. El SUS es uno de los mayores sistemas públicos de salud en el mundo ⁷⁰. Abarca desde el servicio simple ambulatorio hasta el trasplante de órganos, garantizando el acceso integral universal y gratuito a toda la población del país ⁷¹.

Las acciones y los servicios de salud amparados por el art. 22, XXIII, de la Constitución de 1988, están regulados por la Ley N° 8.080, de 19 de septiembre de 1990, que creó el SUS. De acuerdo con su artículo 4, “el conjunto de acciones y servicios de salud, prestados por organismos e instituciones públicas federales, estatales y municipales, de la administración directa e indirecta y fundaciones que mantiene el poder público, constituye el Sistema Único de Salud (SUS)” ⁷².

Según datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), en 2019, el 28,5 por ciento de la población de Brasil (59,7 millones de personas) tenía algún seguro privado de salud. El porcentaje cambia drásticamente si se compara con los tramos de ingresos. En la población con ingresos mensuales de hasta el 25 por ciento del salario mínimo, el 2,2 por ciento contaba con un seguro privado de salud. En el rango de más de cinco salarios mínimos, el 86,8 por ciento tenía un seguro privado de salud. Además, el 45,4 por ciento de los planes de salud fueron pagados por los empleadores, total o parcialmente ⁷³.

3.3 Materialización de la asistencia social

La regulación de la asistencia social en Brasil está hecha especialmente por la Ley N° 8.742, de 7 de diciembre de 1993. La norma establece reglas de organización, divide competencias entre la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, creando un Sistema Único de Asistencia Social (SUAS) y los siguientes programas para materializar el derecho a la asistencia social: a) Beneficio de Prestación Continuada (BPC - art. 20), b) Beneficios Ocasionales (art. 22), c) Programas de Asistencia Social (art. 24), Proyectos de Combate a la Pobreza (art. 25) y Ayuda-Inclusión (art. 26-A).

De estos, el más destacado es el BPC, que es la garantía de un salario mínimo mensual para las personas con discapacidad y para las personas mayores de 65 años o más con un ingreso familiar per cápita mensual igual o inferior a una cuarta parte del salario mínimo (art. 20 y § 3 de la Ley N° 8.742/93). Los demás beneficios y programas no tienen el mismo carácter permanente y dependen de regulaciones específicas. La Ayuda-Inclusión es una cantidad que se paga a la persona con discapacidad, que percibe el BPC y cuya remuneración se limita a dos salarios mínimos, además de otros criterios previstos en el art. 26-A de la Ley N° 8.742/93.

70 Acerca de los datos del SUS, véase el sitio del Gobierno brasileño: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus>.

71 Según el modelo federativo adoptado por la Constitución de 1988 (art. 22, XXIII), es responsabilidad exclusiva de la Unión legislar sobre seguridad social, incluida la salud. Pero según el art. 23, II, el cuidado de la salud es una competencia común de la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios. Es decir, solo la Unión puede crear reglas generales, y corresponde a los estados y municipios “cumplir” con las “órdenes” del régimen federal.

72 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.

73 Véase <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete>.

Además de los beneficios previstos en la Ley de Asistencia Social, se destacaron tres nuevos beneficios de asistencia a lo largo de la Constitución de 1988. El primero fue la Renta Básica del Ciudadano, creada por la Ley N° 10.835 / 2004, pero nunca se implementó. El segundo fue el Programa Bolsa Familia, creado por la Ley N° 10.836 / 2004 y reemplazado en 2021 por Auxilio Brasil, creado por MP 1.061 / 2021.

Además de los beneficios previstos en la Ley de Asistencia Social, se destacaron tres nuevos beneficios de asistencia a lo largo de la Constitución de 1988. El primero fue la Renta Básica del Ciudadano, creada por la Ley N° 10.835/2004, que nunca se implementó. El segundo fue el Programa Bolsa Familia, creado por la Ley N° 10.836/2004 y reemplazado en 2021 por Auxilio Brasil, creado por MP 1.061/2021.

3.3.1 Beneficio de Prestación Continuada (BPC) (Ley N° 8.742/1993)

La redacción original de la disposición preveía la edad de 70 años como límite mínimo para su recepción, con un ingreso mínimo mensual per cápita de una cuarta parte del salario mínimo nacional, que hoy representa 261,25 reales brasileños (unos 50 dólares de los Estados Unidos)⁷⁴.

En 2020, con el advenimiento de la pandemia de la COVID-19, surgió la necesidad de ampliar la asistencia social, con el fin de garantizar medios de vida básicos para miles de trabajadores informales, además de personas que tuvieran el contrato de trabajo suspendido por unos meses.

Una de las medidas adoptadas fue la aprobación del aumento del límite de ingresos permitido para recibir el BPC, de una cuarta parte a la mitad del salario mínimo nacional. El presidente de la República, sin embargo, apeló al Supremo Tribunal Federal, señalando defectos formales en la propuesta legislativa. El Supremo Tribunal Federal, por lo tanto, con base en este fundamento, concedió una medida cautelar. Posteriormente, antes de que el Supremo Tribunal Federal juzgase el asunto, la Ley N° 14.176, del 22 de junio de 2021, revocó el aumento, restableciendo que solo tienen derecho al beneficio quienes reciban un ingreso per cápita igual o menor a una cuarta parte del salario mínimo nacional⁷⁵.

Finalmente, solo en 2021, la Ley N° 14.176 volvió a prever la posibilidad de considerar un ingreso familiar de hasta medio salario mínimo para tener derecho al beneficio, de acuerdo con el reglamento del Poder Ejecutivo (art. 20, § 11-A). Esta modificación es permanente⁷⁶.

3.3.2 Renta Básica del Ciudadano (Ley N° 10.835, de 8 de enero de 2004)

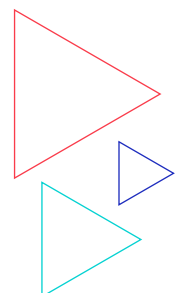
La Ley N° 10.835/2004 creó, en su art. 1°, una renta básica que consiste en el derecho de todos los brasileños residentes en el país y de los extranjeros que residen por lo menos cinco años en Brasil, independientemente de su nivel socioeconómico, a recibir, anualmente, un beneficio monetario. Según su § 2°, el pago del beneficio debe ser de igual valor para todos, y suficiente para cubrir los gastos mínimos de cada persona en alimentación, educación y salud, considerando para ello el nivel de desarrollo del país y las posibilidades presupuestarias.

El monto del beneficio debería haber sido establecido por el Poder Ejecutivo. Como a más de quince años de la vigencia de la ley aún no se ha implementado, la Defensoría Pública (organismo con abogados para la defensa de los más pobres y causas colectivas) presentó una demanda en el Supremo Tribunal Federal, en abril de 2020. La Corte brasileña, sin embargo, entendió en abril de 2021 que el cumplimiento de la Ley 10.835/2004, que obliga al Ejecutivo a fijar un valor de renta básica, implicaría un riesgo de gasto anual importante, considerando la realidad fiscal, económica y social, agravada por la pandemia. Así, la Corte ordenó al Gobierno federal implementar, en 2022, la fijación de la renta básica “para el estrato de la población brasileña en situación de vulnerabilidad socioeconómica” y apeló “a los Poderes Legislativo y Ejecutivo para adoptar medidas administrativas o legislativas necesarias para actualizar los

74 Actualmente, el salario mínimo nacional es 1045,00 reales brasileños (alrededor de 200 dólares de los Estados Unidos).

75 Véase STF. ADPF/662-MC/DF. 07/04/2020. Véase <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342832909&ext=.pdf>

76 Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14176.htm.





valores de beneficios básicos y variables del programa Bolsa Familia (Ley 10.836/2004), de manera individual o conjunta, y también para mejorar los programas sociales de transferencia de ingresos actualmente vigentes, en especial la Ley 10.835/2004, unificándolos, si es posible”⁷⁷.

3.3.3 Bolsa Familia (Ley N° 10.836, de 9 de enero de 2004)

Un día después de la publicación de la Ley N° 10.835/2004, fue promulgada la Ley N° 10.836/2004, creando el programa Bolsa Familia.

Bolsa Familia fue, en esencia, un programa que contribuyó a la lucha contra la pobreza y la desigualdad en Brasil, con tres objetivos principales: i) un complemento a la renta que consistía en que todos los meses las familias atendidas por el programa recibían un beneficio en efectivo, transferido directamente por el Gobierno; ii) la posibilidad de acceso a los derechos, siempre que las familias cumplieran con ciertos compromisos (condiciones) cuyo objetivo era fortalecer el acceso a la educación, la salud y la asistencia social; iii) la articulación con otras acciones, ya que se buscaba que el programa tuviera la capacidad de integrar y articular diversas políticas sociales con el objetivo de estimular el desarrollo de las familias, contribuyendo a la superación de su situación de vulnerabilidad y pobreza.

La gestión del programa era descentralizada, es decir, tanto la Unión como los estados, el Distrito Federal y los municipios contaban con un rol en su ejecución.

El programa se dio por terminado el 9 de noviembre de 2021 mediante la Medida Provisional 1.061⁷⁸, que instituyó el Programa Auxilio Brasil y el Programa Alimenta Brasil. El Gobierno fue acusado de su carácter electoral, considerando las elecciones de 2022 y la imagen de Bolsa Familia muy ligada al principal competidor de Bolsonaro, el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva⁷⁹. Sin embargo, la unificación de los programas sociales de transferencias de ingresos actualmente en curso fue determinada por el Supremo Tribunal Federal en el proceso 7300, mencionado anteriormente.

3.3.4 Auxilio de Emergencia durante la pandemia de la COVID-19

Más recientemente, en el contexto de la pandemia de la COVID-19, Brasil creó un programa de ayuda de emergencia, por el monto de 600 reales brasileños (alrededor de 120 dólares de los Estados Unidos), para trabajadores mayores de 18 años, sin empleo formal y con ingresos individuales y familiares considerados insuficientes para la supervivencia bajo la ley⁸⁰.

En septiembre de 2020, tras varias negociaciones y en medio de una politización con fines electorales (con vistas a las elecciones de 2022), se prorrogó el auxilio de emergencia hasta el 31 de diciembre de ese año, a través de la Medida Provisoria N° 1.000, de 2 de septiembre de 2020⁸¹.

77 Véase MI 7300. Disponible en <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886456>

78 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1061.htm.

79 Por haber sido promulgada por Bolsonaro solo para “hacer que la población desvincule el Bolsa Familia del ex presidente Lula”. Para una mejor comprensión, véanse <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2021/08/4943755-entenda-o-que-esta-por-tras-do-fim-do-bolsa-familia.html> y <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsa-familia-x-auxilio-brasil-como-separar-programa-social-do-eleitoral/>.

80 Véase art. 2° de La Ley N° 13.982, de 2 de abril de 2020. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm

81 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1000.htm

El 18 de marzo de 2021, se instituyó el Auxilio de Emergencia 2021 mediante la Medida Provisoria N° 1.039. Su artículo 1 disponía:

-
- Art. 1 - Se establece el Auxilio de Emergencia 2021, a pagar en cuatro cuotas mensuales, a partir de la fecha de publicación de esta Medida Provisoria, por la cantidad de 250 (doscientos cincuenta reales brasileños) a los trabajadores beneficiarios del Auxilio de Emergencia previsto en el art. 2 de la Ley n° 13.982, de 2 de abril de 2020 y los auxilios residuales de emergencia a que se refiere la Medida Provisoria n° 1.000, de 2 de septiembre de 2020, elegibles en diciembre de 2020 ⁸².
-

Por lo tanto, el Auxilio de Emergencia 2021 corresponde a cuatro cuotas mensuales de 250 reales brasileños (aproximadamente 50 dólares de los Estados Unidos) y se proporciona a personas que tienen condiciones similares a las ya previstas en la Ley N° 13.982/2020 ⁸³, que instituyó los primeros auxilios de emergencia ⁸⁴.

3.3.5 Auxilio Brasil

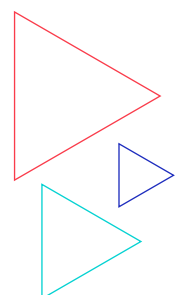
El programa Auxilio Brasil tiene mayor alcance que el programa Bolsa Familia, especialmente porque unifica otros programas sociales. Al igual que Bolsa Familia, el programa Auxilio Brasil se basa en un núcleo básico de beneficios que considera tres factores diferentes: 1) asistencia a familias en extrema pobreza, 2) asistencia complementaria pagada a gestantes o a personas con edades comprendidas entre los 3 y 21 años incompletos y 3) subsidio por primera infancia, pagado por niño entre cero y 36 meses incompletos. Además, para garantizar que personas no sean perjudicadas por los nuevos criterios de concesión de las nuevas transferencias, la Medida Provisoria 1.061/2021 prevé también una ayuda transitoria compensatoria, que complementa una posible diferencia entre los importes recibidos por Bolsa Familia y Auxilio Brasil. Finalmente, la Medida Provisoria 1.061/2021 también concentra otros programas previstos en normas dispersas como la Ayuda Deportiva Escolar, la Ayuda de Iniciación Científica Juvenil, la Ayuda Ciudadana Infantil, la Ayuda de Inclusión Productiva Rural y la Ayuda de Inclusión Productiva Urbana.

Todas las ayudas anteriores solo pueden ser percibidas por quienes tengan derecho a recibir las ayudas previstas en el artículo 3 de la Medida Provisoria 1.061/2021. Solo la Ayuda Ciudadana Infantil se concede de forma independiente para el acceso del niño a tiempo completo o parcial a las guarderías reguladas o autorizadas que ofrecen educación para la primera infancia (art. 6).

82 Véase <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.039-de-18-de-marco-de-2021-309292254>

83 Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13982.htm.

84 Se destacan los siguientes cambios: a) actualización de 2018 a 2019, como referencia para recibir ingresos gravables superiores a 28 559,70 reales brasileños (manteniendo este criterio criticable); b) no tener, al 31 de diciembre de 2019, posesión o propiedad de bienes o derechos, incluido el terreno con un valor total superior a 300 000; c) no haber recibido en el año 2019 rentas exentas, no tributables o gravadas exclusivamente en la fuente, cuya suma haya sido superior a 40 000; o no haber movido los importes relacionados con las ayudas de emergencia a que se refiere el art. 2 de la Ley N° 13.982/2020, puesta a disposición en la cuenta contable a que se refiere el inciso III del § 12 del art. 2 de la Ley N° 10.836/2004, que regula el programa "Bolsa Familia", o en ahorro digital abierto. Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13982.htm.





En el siguiente cuadro, es posible visualizar mejor la comparación entre ambos programas:

► **Cuadro IV.1. Comparación entre los programas Bolsa Familia y Auxilio Brasil**

	Bolsa Familia ⁸⁵	Auxilio Brasil ⁸⁶
Pobreza extrema considerada	R\$ 89	R\$ 100
Pobreza considerada	R\$ 178	R\$ 200
Ayuda para superar la pobreza extrema	R\$ 89	R\$ 100
Ayuda variable por beneficiario	R\$ 49 (familias que tienen mujeres embarazadas o personas de 3 a 17 años)	R\$ 65,00 (familias que tienen mujeres embarazadas o personas de 3 a 21 años)
Ayuda variable al adolescente	R\$ 57	---
Ayuda para la primera infancia	---	R\$ 130,00 (para familias con niños de hasta 3 años. La prestación debe pagarse por hijo de este grupo de edad y el límite será de cinco prestaciones por familia).

La nueva ayuda debe atender a 17 millones de personas, con un pago promedio de 300 reales brasileños (unos 55 dólares de los Estados Unidos) por mes. En Bolsa Familia, había cerca de 14,6 millones de brasileños, con un beneficio mensual promedio de 191 reales brasileños (unos 34 dólares de los Estados Unidos) ⁸⁷.

4. Las dificultades para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social en Brasil

Si bien existen muchos programas sociales, normas e instituciones que garantizan el derecho a la seguridad social en Brasil, se pueden señalar algunas dificultades para obtenerlo o reconocerlo. Esto casi siempre se debe al marco de subdesarrollo del país, que genera que una gran cantidad de personas que dependan de las ayudas estatales.

Como todos los derechos de prestaciones sociales, el derecho a la seguridad social depende de los recursos financieros, que son escasos, especialmente en los países en desarrollo. La efectividad de la realización de estos derechos, por lo tanto, está directamente relacionada no solo con la buena voluntad del poder público, ni con una norma legal que crea una obligación, a veces imposible de concretar.

La protección de la salud está muy desarrollada y es amplia, y se basa legalmente en competencias bien definidas entre los tres niveles de gobierno, federal, estatal y municipal. El problema, como se ve, radica en la gran cantidad de personas atendidas, lo que lleva a un tiempo de espera muy largo para recibir asistencia. Las cuestiones específicas sobre la cobertura del SUS para determinados procedimientos son resueltas satisfactoriamente por el Poder Judicial, cuestión en la que siempre se considera el costo y el beneficio de los tratamientos y los factores de necesidad y urgencia.

⁸⁵ Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5209.htm.

⁸⁶ Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10852.htm.

⁸⁷ Véase <https://www.cnnbrasil.com.br/business/entenda-as-diferencas-entre-o-auxilio-brasil-e-o-bolsa-familia/>.

Con respecto a la previsión social, una crítica que se puede hacer es la falta de disposiciones para la afiliación universal obligatoria también para los trabajadores informales, directa o indirectamente. Según datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, la tasa de informalidad en el país fue de 41,6 por ciento en 2019, es decir, casi 40 millones de brasileños, de los aproximadamente 100 millones de población económicamente activa, no necesariamente contribuyen a la previsión social, pero pueden beneficiarse de ella en el futuro ⁸⁸.

Una forma de solucionar el problema sería adoptar mecanismos menos burocráticos para la formalización de actividades actualmente no reconocidas y exención tributaria para las actividades de bajos ingresos, ya que una de las causas de la informalidad es el alto costo de los impuestos, junto con una burocracia excesiva ⁸⁹.

Finalmente, en lo que respecta a la asistencia social, el modelo brasileño generalmente adoptado por la Ley N° 8.742/1993 es una valiosa herramienta para atender a la población más vulnerable, especialmente a las personas con discapacidad y a las personas mayores de 65 años. Ayudas como Bolsa Familia, recientemente sustituida por Auxílio Brasil, también son programas fundamentales para la transferencia de ingresos y la asistencia a personas de escasos recursos.

Las prestaciones no contributivas, entre las que se incluye la asistencia social, surgen de la necesidad de que el Estado garantice el mínimo existencial, derivado del principio de dignidad humana, inherente al Estado social y de derecho. Además, dichas prestaciones son instrumentales para cumplir con los derechos sociales previstos en el artículo 6 de la Constitución de 1988 (educación, salud, alimentación, trabajo, vivienda, transporte, recreación, seguridad, previsión social, protección a la maternidad y la infancia y asistencia a las personas desamparadas).

Como puede verse, las dificultades para la realización del derecho a la seguridad social en Brasil están más relacionadas con los aspectos económicos y financieros del país que con la falta de normas constitucionales o infraconstitucionales. El caso de la Renta Básica del Ciudadano es el mayor ejemplo de ello. Promulgada en 2004, la Ley N° 10.835 instituyó un ingreso básico para todos los brasileños y extranjeros residentes en el país durante más de cinco años. Después de quince años sin implementación, en una demanda interpuesta por la Defensoría Pública, la Suprema Corte se vio obligada a reconocer que la ley no podía cumplirse, aunque era constitucional, por falta de recursos económicos ⁹⁰.

El 15 de diciembre de 2021, sin embargo, el Congreso Nacional aprobó la inclusión en la Constitución del derecho a una renta básica para las familias económica y socialmente vulnerables, que sería definida por el legislador ⁹¹.

En el ámbito jurídico, la complejidad de la división de competencias federativas también es problemática. La Constitución de 1988 atribuyó a la Unión casi todos los poderes legislativos, pero reconoció a los estados y municipios competencias materiales para cuidar de la salud, la educación y la seguridad pública, áreas que requieren gastos sustanciales.

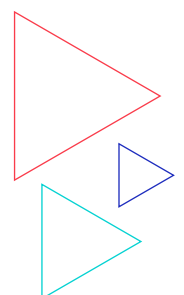
Los estados no tienen autonomía para promover innovaciones internas en estos ámbitos, estando únicamente obligados a financiar e implementar un sistema impuesto horizontalmente por la Unión, sin respetar las diversidades regionales, especialmente la voluntad de su población,

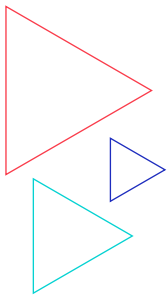
88 Véase <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-11/ibge-informalidade-atinge-416-dos-trabalhadores-no-pais-em-2019>

89 Véase <https://www.cps.fgv.br/cps/bd/papers/es61-Informalidade-e-trabalho-no-Brasil-causas-consequencias-e-caminhos-de-Políticas-Públicas-Marcelo-Neri.pdf>

90 Véase MI 7300. Disponible en <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886456>

91 Véase Enmienda Constitucional N° 114/2021. El nuevo párrafo dice: "Todo brasileño en situación de vulnerabilidad social tendrá derecho a una renta familiar básica, garantizada por el gobierno en un programa de transferencia permanente de renta, cuyas reglas y requisitos de acceso serán determinados por ley, en cumplimiento de la legislación fiscal y presupuestaria".





que incluso compromete iniciativas innovadoras e incubadoras de eficiencia. Internamente, los estados están obligados a respetar la autonomía local de los municipios, los cuales también deben cumplir con el sistema horizontal establecido por la Unión.

En materia de seguridad social, la competencia legislativa y material es exclusiva de la Unión, pero en el ámbito de la asistencia social, la competencia común impone a los estados y municipios una ayuda concurrente, con programas regionales y locales. De esta manera, muchos estados y municipios, durante la pandemia, crearon su propio auxilio de emergencia, complementando la ayuda de emergencia de la Unión.

En 2020, sin embargo, solo 10 por ciento de los brasileños recibieron más de 5 000 reales brasileños (1 000 dólares de los Estados Unidos), es decir, el mínimo necesario para una existencia digna, según las promesas constitucionales previstas en el artículo 6 de la Constitución de 1988⁹². Es una situación insostenible en la que alrededor del 40 por ciento de la población brasileña económicamente activa depende del sistema de seguridad social⁹³.

Esta situación explica las dificultades de Brasil para hacer efectiva la realización plena o más amplia del derecho a la seguridad social. Existe una disposición constitucional y un Poder Judicial que es muy activo en su salvaguarda, y sin duda Brasil es uno de los países con más acceso a la justicia. La ley, sin embargo, solo registra compromisos y derechos, pero no promueve el desarrollo económico y social por sí misma, que es la mayor barrera para la efectividad de la seguridad social en Brasil.

5. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social en el sistema brasileño

A pesar de estas dificultades, el sistema brasileño cuenta con numerosas formas de acceso a la justicia para garantizar el acceso a la seguridad social.

La Constitución de 1988 garantiza el acceso universal al Poder Judicial, para cualquier acción u omisión, incluido el poder público, que viole o amenace un derecho: “XXXV – la ley no podrá impedir que sean sometidas a examen por parte del Poder Judicial las lesiones o amenazas a los derechos”.

Esto también incluye el acceso a derechos y políticas públicas de seguridad o justicia social.

Para una mejor comprensión, es necesario tener una visión general de la organización de la justicia brasileña y los mecanismos de acceso al Poder Judicial previstos en la Constitución y en la ley brasileña.

5.1 La organización de la justicia brasileña

La justicia brasileña presenta una compleja repartición de competencias jurisdiccionales cuya estructura puede resumirse como sigue.

En primer lugar, los estados, el Distrito Federal y la Unión cuentan con una rama judicial propia. Algunas materias, sin embargo, fueron reservadas a la rama judicial especializada, mantenida por la Unión, como es el caso de aquellas jurisdicciones relacionadas con los militares, con las cuestiones electorales y con las relaciones laborales, las cuales constituyen

92 Véase <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/10-mais-ricos-ficam-com-43-da-renda-nacional-diz-ibge.shtml>

93 Véase <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-11/ibge-informalidade-atinge-416-dos-trabalhadores-no-pais-em-2019>

materia de competencia de la justicia militar, de la justicia electoral y de la justicia del trabajo, respectivamente.

La competencia para juzgar las demás materias está dividida entre la justicia común y federal y la justicia común estatal, según el mismo criterio taxativo-central empleado para la repartición de competencias legislativas entre la Unión y los estados. Es decir que únicamente aquello que la Constitución de 1988 prevé expresamente como competencia de la Unión es lo que constituye competencia federal, cabiéndole a la justicia común estatal juzgar todas las otras materias.

En el ámbito de la justicia común estatal y federal se encuentran los llamados Juzgados Especiales Civiles, Penales y de Hacienda Pública, para discutir causas de menor cuantía.

En todos estos, sea ante la justicia común federal y estatal o ante los juzgados especiales federales y estatales, existe una garantía de doble grado de jurisdicción. Adicionalmente, las justicias especializadas garantizan, incluso, una especie de tercer grado de jurisdicción, mediante la provisión de tribunales superiores.

En lo atinente a materias comunes entre jurisdicciones, estas poseen una unificación jurisprudencial asegurada por el Superior Tribunal de Justicia, el cual garantiza la uniformidad de tratamiento en el ámbito de la justicia federal y estatal.

En cualquier caso, es competencia del Supremo Tribunal Federal la salvaguarda de la Constitución, pudiendo analizar discusiones acerca de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos. Esto lo puede hacer a través del control directo de constitucionalidad o a través del control difuso, en calidad de órgano de apelación ante cualquier decisión de los tribunales de justicia y de los colegios de segunda instancia (órganos de segundo grado de los juzgados especiales o de los tribunales superiores).

De este modo, la efectividad de la seguridad social en el Brasil se encuentra garantizada por un aparato judicial complejo. En cualquier grado, sea en un juzgado especial de cualquiera de los estados o en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, una violación a un derecho de seguridad social puede ser invocado.

5.2 Actuación institucional

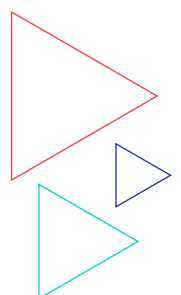
5.2.1 Ministerio Público

El Ministerio Público es una institución pública autónoma, a la cual la Constitución de 1988 atribuyó el objetivo de defender el ordenamiento jurídico, el régimen democrático y los intereses sociales e individuales irrenunciables (art. 127). Es decir, el Ministerio Público es el gran defensor de los intereses del conjunto de la sociedad brasileña. Tiene la obligación, por lo tanto, de defender el interés público, conduciéndose, siempre, de forma neutral, apolítica, y profesional. Para ello, todos sus miembros tienen las mismas garantías otorgadas a los integrantes de la rama judicial, a pesar de no tener ningún vínculo con esta, ni con el Ejecutivo o el Legislativo.

El Ministerio Público tiene legitimidad para presentar demandas colectivas, de condenación a los agentes públicos por el incumplimiento de las leyes y demandas que cuestionen la inconstitucionalidad de normas u omisiones de los demás poderes (art. 129 de la Constitución de 1988).

5.2.2 Defensoría Pública

Según el art. 134 de la Constitución de 1988, corresponde a la Defensoría Pública brindar orientación jurídica, promover los derechos humanos y la defensa de los derechos individuales y colectivos, en todos los grados, judicial y extrajudicial, en su totalidad y de forma gratuita, a los necesitados, de conformidad con el apartado LXXIV del artículo 5 de esta Constitución Federal.





De forma similar a los demás órganos autónomos del sistema jurídico (rama judicial y Ministerio Público), la Defensoría Pública no forma parte del Ejecutivo. Posee autonomía funcional y administrativa, y representa el compromiso del constituyente de permitir que todos, incluso los más pobres, tengan acceso a la justicia (art. 134, § 2º, de la Constitución de 1988).

5.3 Mecanismos de justiciabilidad

Como *derechos fundamentales*, los derechos sociales tienen un perfil triple: (a) de garantías especiales mediante normas vinculantes; (b) de derechos subjetivos de sus titulares; y (c) de derechos sujetos a judicialización (Mendes y Branco 2013, 618). En lo que respecta a este último aspecto, se han tornado cada vez más frecuentes las discusiones judiciales sobre cómo materializar los derechos sociales. Los casos emblemáticos hacen referencia, por ejemplo, a la obligación del Estado de financiar determinados tratamientos médicos y medicamentos (derecho a la salud), sobre todo a favor de personas que sufren de enfermedades graves, cuyos tratamientos requieren considerables inversiones⁹⁴.

Brasil es sin duda uno de los países que más proporciona mecanismos de justiciabilidad a su población.

En primer lugar, cualquier ciudadano brasileño o extranjero residente puede solicitar el acceso a un servicio público o incluso la prestación de un derecho social, sin abogado y sin pagar honorarios, en los llamados tribunales especiales.

Los juzgados civiles especiales se ocupan de casos civiles de menor complejidad y hasta 40 salarios mínimos (alrededor de 8 400 dólares de los Estados Unidos)⁹⁵. Contra el poder público, cuando la responsabilidad no recaiga en una entidad dotada de personalidad jurídica de derecho privado⁹⁶, el ciudadano podrá apelar a los juzgados especiales de la Hacienda Pública, cuando el valor económico pretendido no supere los 60 salarios mínimos⁹⁷.

En los casos en que el valor pretendido supere los 40 o 60 salarios mínimos, la persona puede acudir al Tribunal Ordinario, cuyo trámite es un poco más complejo, pero que ofrece al ciudadano

94 En el 2010, la Sala Plena del Supremo Tribunal Federal desestimó nueve recursos interpuestos por el poder público contra decisiones judiciales que obligaron al Sistema Único de Salud (SUS) a proporcionar medicamentos de alto costo o tratamientos no ofrecidos por el sistema a pacientes con enfermedades graves que habían apelado ante la Justicia. Con este resultado, esas personas obtuvieron el derecho a recibir los medicamentos o tratamientos que habían solicitado por vía judicial. Véanse al respecto los siguientes precedentes: *Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278*; *Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355*; e *Suspensão de Liminar (SL) 47*.

De acuerdo con el ministro Gilmar Mendes, que participó en las deliberaciones, se constató una creciente controversia jurídica sobre la posibilidad de que las decisiones judiciales obliguen al poder público a entregar medicamentos y tratamientos (decisiones en las cuales se discutieron, incluso, los criterios para la entrega). Él afirmó que, en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, es recurrente la tentativa del poder público de suspender decisiones judiciales de este tipo. El ministro relató adicionalmente que escuchó segmentos relacionados con el tema en una audiencia pública sobre la salud, ocurrida en abril de 2009. “Después de haber oído diversos testimonios de representantes de los diversos sectores involucrados, quedó constatada la necesidad de redimensionar la cuestión de la judicialización del derecho a la salud en el Brasil, esto, porque en la mayoría de los casos la intervención judicial no ocurre por causa del derecho a la salud, sino teniendo en cuenta una determinación judicial necesaria para el cumplimiento de políticas ya establecidas”.

95 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm

96 En Brasil, la Administración pública se clasifica como “directa” e “indirecta”. La Administración directa incluye órganos directamente comandados por agentes políticos electos, sus auxiliares directos o miembros de una rama o institución, como en el caso del Poder Judicial, dirigido por jueces; el Ministerio Público, por promotores; el Poder Legislativo, por diputados y senadores, etc. Por razones de pericia técnica, conveniencia política, intervención directa o indirecta en el mercado, apoyo de capital privado, entre otras, la Administración también podrá crear entidades controladas indirectamente por la Administración directa, como las autarquías (que preserven la naturaleza de derecho público) y las fundaciones, empresas públicas y sociedades de capital mixto (que tienen personalidad jurídica de derecho privado).

97 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm

más oportunidades de recurso, especialmente el acceso al Superior Tribunal de Justicia, que juzga controversias sobre la aplicación e interpretación de la ley federal.

La Constitución Federal también pone a disposición de la población brasileña los denominados “remedios constitucionales”, acciones cuyo fin es garantizar a los ciudadanos la observancia de sus derechos fundamentales frente al poder público.

El primero es el *mandado de seguridad*. El artículo 5 de la Constitución de 1988 establece: “LXIX – se concederá *mandado de seguridad* para proteger los derechos incontrovertibles que no están amparados por el habeas corpus o el habeas data, cuando la persona responsable de la ilegalidad o el abuso de poder sea una autoridad pública o agente de una entidad jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público”⁹⁸.

El *mandado de seguridad* puede ser presentado por cualquier persona que tenga su derecho cierto y líquido, especialmente a una provisión estatal, violado. El término “liquidez” se refiere a beneficios que solo requieren cálculos aritméticos simples, sin depender de otras fórmulas sobre las que aún se debaten las discusiones. El término “cierto” se refiere a la ausencia de controversia, términos o cualquier condición que impida la constitución o exigibilidad del derecho. En casos como este, cuyo reconocimiento del derecho depende de otras pruebas, la persona debe presentar la acción ordinaria (acción común), en el juzgado especial o en el tribunal común.

Así, por ejemplo, la persona que requiere ayuda de emergencia o el derecho a un beneficio de asistencia social busca directamente agencias gubernamentales, a través de los canales disponibles. En caso de negativa de los organismos públicos, la persona podrá interponer una acción ordinaria en el juzgado especial civil o de la Hacienda Pública, respectivamente, si la obligación se imputa a una entidad dotada de personalidad de derecho privado o público. Sin embargo, si el valor del caso supera los 60 salarios mínimos, la persona debe presentar la misma acción en el tribunal común. Como es frecuente en la mayoría de estos casos, es posible solicitar la exención de tasas, mediante una declaración de que no puede costear el proceso sin perjuicio de su sustento. La misma regla se aplica al *mandado de seguridad*.

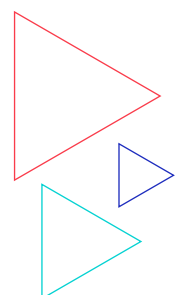
En ambos procedimientos, mediante acción ordinaria, o mediante un *mandamus*, el ciudadano puede obtener el reconocimiento previo de su derecho, antes de la decisión sobre el mérito de la acción, a través de una medida cautelar provisional o preliminar, posible en ambos tipos de acción⁹⁹.

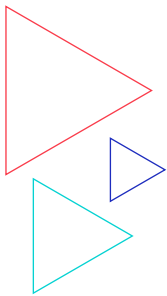
Algunos derechos de seguridad social, sin embargo, dependen de la conformación de los poderes constituidos, ya sea el legislador o el ejecutivo, en su función reguladora. Para situaciones en las que un derecho fundamental no puede ser ejercido por la omisión normativa de un poder, el constituyente de 1988 dispuso la figura del llamado “mandado de injunção”: “LXXI – se concederá el *mandado de injunção* siempre que no exista una norma reglamentaria que permita el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía”.

Durante mucho tiempo, el *mandado de injunção* en Brasil se limitó a decretar una mora legislativa, sin que ello implicase un resultado efectivamente útil para el ciudadano que seguía

98 La Constitución brasileña disponible en español utiliza el término “amparo” para traducir la expresión *mandado de segurança*. A pesar de la posible similitud entre ambos, preferimos mantener el nombre original utilizado en Brasil, ya que no es un término con traducción exacta, pues depende de su construcción y positivización jurídica en cada sistema. Por eso, utilizamos el término “mandado” (orden, mandamiento) de seguridad (o seguridad).

99 Véase art. 7, III, de la Ley N° 12.016/2019 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm) y art. 300 y siguientes del Código Civil (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).





a la espera de la acción legislativa. El decreto de mora del Poder Judicial no implicaba ningún castigo a la autoridad que había tenido una conducta omisiva.

En el mandado 107 de 1990, el Supremo Tribunal Federal se adhirió a una tesis no concreta, la de un mero organismo certificador de moras legislativas. En 1991 y 1992 se superó la función de mera certificación, se adoptó una postura concreta individual, y el Supremo Tribunal Federal fijó un plazo para que el cuerpo legislativo supliese el vacío y estableciese directrices individuales para el ejercicio del derecho fundamental hasta que se subsanase la omisión.

Aproximadamente quince años después, el Supremo Tribunal Federal cambió de postura y comenzó a admitir el carácter general concreto de las decisiones que reconocen la demora del legislador. La Corte Constitucional brasileña, inspirada en la doctrina portuguesa y la jurisprudencia italiana, comenzó a recurrir excepcionalmente a sentencias aditivas, aquellas que crean o densifican derechos basados en principios generales, algo prohibido en la arquitectura de separación de poderes, con perfil de derecho civil, adoptado por la Constitución de 1988.

La misma técnica de decisión se utilizó para extender a los empleados públicos el derecho a la jubilación especial, que ya había sido reconocido para los trabajadores privados discapacitados, o que realizaban sus actividades en situaciones de peligro de muerte o que pudieran perjudicar su salud ¹⁰⁰.

Se puede decir, por tanto, que, en el derecho brasileño vigente, un derecho fundamental líquido y cierto genera el derecho subjetivo del ciudadano a la disposición estatal en él extraída, que puede ser exigido mediante *mandado de seguridad* o *acción ordinaria*. Un derecho fundamental que depende de la conformación legislativa, además, genera el derecho subjetivo del ciudadano a exigir su regulación mediante un *mandado de injunção*, así como a gozar de este derecho fundamental a través de criterios a fijar en una sentencia aditiva del tribunal, que corrige la omisión legislativa hasta que sea subsanada por el órgano legislativo responsable.

Además de estos mecanismos puestos a disposición de cualquier ciudadano, mediante la contratación de un abogado particular o acudiendo a la Defensoría Pública, como se mencionó, si varios ciudadanos se ven afectados por omisión legislativa, o incluso por vulneración de un derecho subjetivo de prestación de servicios, existen instituciones legitimadas para interponer el *mandado de seguridad* o de *injunção* colectivo. Esto se debe a que la ley brasileña reconoce y otorga legitimidad a las asociaciones, a los partidos políticos, al Ministerio Público y a la Defensoría Pública.

La violación de los derechos de seguridad social por omisión también puede ser objeto de control concentrado en el sistema brasileño, que une el modelo de control concreto o difuso, inspirado en los Estados Unidos, y el modelo concentrado, de inspiración austriaca “kelseniana”.

En otra adaptación brasileña, en este caso inspirada en la Constitución de Portugal ¹⁰¹, su modelo constitucional adopta no solo el control concentrado de la acción, sino también de la *omisión* (art. 103, § 2º, de la Constitución de 1988).

El control concentrado de la omisión también se puede hacer, en ciertos casos, a través de otra acción típicamente desarrollada en Brasil (a pesar de sus similitudes con el juicio de amparo mexicano y el recurso de amparo español, además del recurso constitucional alemán, que

¹⁰⁰ Véase STF - MI: 758 DF, 01/07/2008. <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917111/mandado-de-injuncao-mi-758-df>

¹⁰¹ La Constitución de la República Portuguesa prevé el control concentrado de la omisión en su artículo 283: “Inconstitucionalidad por omisión: 1. El Tribunal Constitucional apreciará y verificará el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer exigibles las normas constitucionales, a requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, con fundamento en la violación de los derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Regiones Autónomas. 2. Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, lo pondrá en conocimiento del órgano legislativo competente”.

posiblemente inspiró el mecanismo brasileño)¹⁰²: el alegato de incumplimiento de precepto fundamental (*arguição de descumprimento de preceito fundamental*, ADPF) (art. 102, § 1º, de la Constitución de 1988). La acción está prevista en el § 1 del artículo 102: “§ 1. La *'arguição de descumprimento de preceito fundamental*, derivado de esta Constitución, será examinada por el Supremo Tribunal Federal, de conformidad con la ley”¹⁰³.

Como la Constitución no menciona nada más sobre esta acción, considerándola una especie de control concentrado, una vez delegado su examen en el Supremo Tribunal Federal, la legislación reguló el instituto. En la práctica, la Ley 9.882/1999, así como la jurisprudencia, admitió su uso subsidiario en el sistema brasileño, para permitir el control de constitucionalidad del incumplimiento de normas constitucionales no admitidas por acciones directas, como en los casos de normas publicadas anteriores a la Constitución de 1988, actos y leyes con efectos concretos (ley formal e inmaterial), normas municipales, además de decisiones judiciales inapelables^{104, 105}.

El alegato de incumplimiento de precepto fundamental también se puede utilizar, por lo tanto, para controlar la incapacidad del Gobierno para garantizar los derechos de prestaciones sociales, como los relacionados con la seguridad social.

En el Recurso Extraordinario 581.352, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal decidió, en un recurso protocolado por el Ministerio Público del Estado de Amazonas, por la obligación de darle consistencia a la ampliación y mejora en la atención a las mujeres embarazadas en los centros de maternidad estatales¹⁰⁶. En ese caso, la Corte Suprema propendió a darle efectividad a la norma constitucional contenida en el artículo 196 de la Constitución Federal: “Artículo 196. La salud es un derecho de todos y un deber del Estado que ha de ser garantizado mediante la estructuración de políticas sociales y económicas destinadas a reducir el riesgo de padecer enfermedades y otras contingencias, así como el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”.

Obsérvese que, en ese caso, no se está delante de una garantía tan bien definida como en el caso anterior, sino en un caso más genérico de formulación de políticas públicas que promueven y protegen la salud. Dentro de dichas acciones, se encuentra la inevitable ampliación de la maternidad, como único medio de garantizar la atención apropiada a las mujeres embarazadas.

Estos son algunos de los principales ejemplos concretos de la efectividad de los derechos de seguridad social garantizados por el Poder Judicial en Brasil. Sin embargo, no debe olvidarse que, a diario, los jueces y tribunales de los distintos estados brasileños garantizan diversos derechos sociales prestacionales.

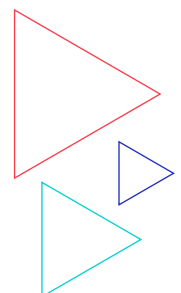
102 Véanse Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de Direito Constitucional*, 11.ª ed. (San Pablo: Saraiva Educação, 2018), 328; Alfredo Buzaid, “Juicio de amparo’ e mandado de segurança (contrastes e confrontos)”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 56 (1) (1961): 172-231. Disponible en <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>

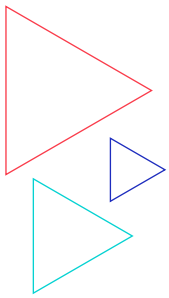
103 La Constitución en español disponible en el sitio del Supremo Tribunal Federal traduce el término como “alegato de incumplimiento de un precepto fundamental”, que no recomendamos, ya que es un *nomen iuris*. La referencia sigue, sin embargo, para transmitir la idea del instituto brasileño.

104 La *arguição de descumprimento de preceito fundamental* fue concebida por la Ley 9.882 / 99 para servir como un instrumento de integración entre los modelos difuso y concentrado de control de constitucionalidad, habilitando actos estatales que antes no eran susceptibles a la consideración directa de la Corte Suprema, tales como decisiones preconstitucionales o incluso judiciales que violen cláusulas fundamentales del orden constitucional, que aparecerían como objeto de control en un proceso objetivo (STF. Decisão Monocrática. ADPF 127, 25/2/2014).

105 Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm.

106 STF. RE 691.487. 24/09/2013.





6. Conclusiones

A pesar de presentar problemas y aunque todavía hay brasileños que no se benefician del derecho a la seguridad social, en cualquiera de sus tres componentes –salud, previsión social y asistencia social–, se puede decir que el sistema legal de protección social en Brasil está bien estructurado, especialmente después de la Constitución de 1988.

Reforzadas por tratados internacionales, las normas programáticas y las disposiciones constitucionales sobre los poderes constituidos adoptadas por el poder constituyente de 1988 ciertamente tuvieron algún efecto, sobre todo al atribuir al Poder Judicial una gran responsabilidad en su fiscalización.

La seguridad social en Brasil está, por tanto, fuertemente constitucionalizada. Las normas constitucionales que tratan los subsistemas de seguridad social, salud y asistencia social no solo establecen genéricamente principios o el derecho a tales beneficios por parte del Gobierno, sino también normas sobre la organización de estos subsistemas, fuente de financiamiento y límites mínimos para su adhesión y disfrute.

La constitucionalización más amplia de los derechos de seguridad social se debe a la expectativa de mayor efectividad. La estrategia, sin embargo, tiene ventajas y desventajas.

Como ventaja jurídica, se puede señalar la garantía judicial de control de constitucionalidad en caso de incumplimiento de la norma. Si bien las leyes también deben ser cumplidas y aseguradas por el Poder Judicial, existe una actuación muy intensa del Supremo Tribunal Federal en Brasil, revisando decisiones de los Tribunales Estatales y del Superior Tribunal de Justicia, con argumento de violación de principios constitucionales. En otras palabras, la constitucionalización ofrece una mayor instancia de control sobre la efectividad de tales derechos.

Sin embargo, existen dos desventajas. La primera reside precisamente en la dificultad de cambiar las reglas, que puede ser, en principio, una ventaja, pero, en determinadas situaciones, no. Un cambio en la Constitución requiere una mayoría de tres quintos de los parlamentarios. Dado que las condiciones económicas, sociales y políticas cambian a un ritmo dinámico, cualquier cambio necesario requiere un cambio en la Constitución. Además, las normas más genéricas enunciadas por la Constitución permiten su discusión y adecuación por parte del Poder Legislativo al momento en que se apliquen. La constitucionalización, en cambio, reduce dicha discrecionalidad, aumentando la imposición de una elección hecha en un determinado momento político y económico, que consideró precisamente esos momentos. No se debe olvidar que los cambios en la seguridad social, por ejemplo, se producen debido a los contextos económicos, la situación financiera y las condiciones demográficas.

En el caso de los subsistemas de seguridad social, sin embargo, la constitucionalización puede mejorar un ecosistema dirigido a la realización de tales derechos y un diálogo institucional. Sumado a los mecanismos de justiciabilidad brasileños, la estrategia parece haber funcionado.

La protección de la salud en Brasil está estructurada en un sistema único que divide las funciones reguladoras y ejecutivas entre los tres niveles de gobierno –federal, estatal y municipal–, cada uno de los cuales debe invertir una cantidad mínima de su presupuesto en salud. El sistema también es universal, ya que sirve a todos los ciudadanos, independientemente de su nivel de ingresos. De hecho, el sistema de salud pública de Brasil tiene una de las mayores coberturas del mundo. A pesar de ello, faltan recursos para su mejora y muchos usuarios sufren el retraso, las largas colas para consultas y cirugías electivas, tratamientos de alto costo, falta de médicos, demoras en la atención y realización de los trámites, pero rara vez involucran la denegación del derecho de acceso al sistema.

Con respecto a la previsión social, el sistema es obligatorio solo para quienes tienen ingresos formales. Quizás, en este punto, el sistema podría mejorarse y evolucionar hacia un sistema de

ingreso básico para personas desempleadas o sin trabajos registrados formalmente, con su inclusión obligatoria en el sistema de previsión social.

El sistema de previsión social también presenta quejas específicas sobre la calidad de la pericia médica. Existe una fuerte judicialización contra el Instituto Nacional del Seguro Social en Brasil, que en la mayoría de los casos niega beneficios como la paga por enfermedad y la jubilación por invalidez, que luego son revisados por el Poder Judicial. Además, no hay mayor problema con la efectividad de este derecho, salvo reclamaciones por el valor de las pensiones que llegan al máximo de 6 433,57 reales brasileños ¹⁰⁷.

En cuanto al subsistema de asistencia social, se observa que, a diferencia de los otros subsistemas, hay menos constitucionalización, pero no menos efectividad. La Constitución de 1988 solo garantiza principios en su artículo 203, salvo la garantía de un salario mínimo a la persona discapacitada y a los adultos mayores que acrediten que no tienen los medios para sustentar su propia manutención o que su familia la proporcione (inciso V del art. 203). Bolsa Familia, por ejemplo, fue creada por una regla infraconstitucional y se ha vuelto bastante efectiva. Además, una gran parte de la garantía judicial de acceso a tales beneficios es proporcionada por los Tribunales Estatales y el Superior Tribunal de Justicia (guardián de la legislación federal), no por el Supremo Tribunal Federal.

El sistema de asistencia social, aunque poco regulado constitucionalmente, puede mejorarse, ya que solo cubre a las personas con discapacidad y a las personas mayores de 65 años que sobreviven con menos de 250 reales brasileños (unos 50 dólares de los Estados Unidos). En este sentido, la Renta Básica Ciudadana, creada por la Ley 10.835/2004, y el Auxilio Brasil, creado en 2021, parecen reflejar mejor este ideal de universalidad de protección, que es uno de los instrumentos más adecuados.

El Supremo Tribunal Federal entendió que la Renta Básica prevista en la Ley 10.835/ 2004 no necesita ser otorgada de manera universal, sino solo a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad social, lo que representa un avance inequívoco.

En 15 de diciembre de 2021, sin embargo, se aprobó la inclusión en la Constitución brasileña (PEC 46/2021) del derecho a un ingreso familiar básico para todos los brasileños (cuyo valor es definido por la ley) en situación de vulnerabilidad social, no solo para las personas con discapacidad y las mayores de 65 años.

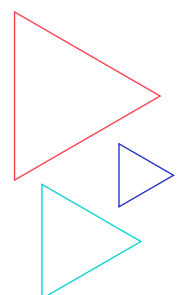
La efectividad de la seguridad social en Brasil también ha sido asegurada por el Poder Judicial brasileño, que ha presentado omisiones legislativas y administrativas, determinando la observancia de los principios constitucionales y garantizando el derecho a la salud, asistencia y resolviendo conflictos de interpretación entre autoridades públicas y ciudadanos. Esto aplicando principios de justicia social, como el mínimo existencial y el principio común de la dignidad de la persona humana.

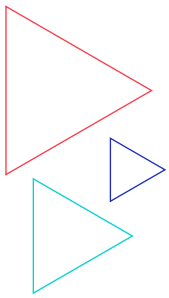
También el sistema de garantías de acceso a la justicia y los mecanismos de justicia en Brasil permiten a la población más pobre buscar el acceso a la salud, a la seguridad social y a la asistencia social en el Poder Judicial, cuando sea negado por el Gobierno o cuando exista incumplimiento de deber constitucional de legislar, haciendo efectivo el derecho.

Además, el Poder Judicial viene aplicando límites al Poder Legislativo en el retiro o en la supresión de derechos sociales, como los relacionados a la seguridad social, en cumplimiento de los principios inherentes al Estado de derecho, como la seguridad jurídica, la razonabilidad y la proporcionalidad, aunque menos que los Tribunales Constitucionales europeos.

Curiosamente, pese a que Brasil es uno de los pocos países en adoptar una protección constitucional expresa contra la retroactividad de las leyes, la protección de los derechos

¹⁰⁷ 1 132 dólares de los Estados Unidos, al 16 de diciembre de 2021.





adquiridos y el acto jurídico perfecto, la Corte Constitucional brasileña aún no aplica principios que limitan la modificación de la Constitución en violación de derechos adquiridos, como la protección de la confianza y la proporcionalidad, tal como la doctrina y la jurisprudencia europeas.

También en el Brasil se discute hasta qué punto puede actuar el Poder Judicial para garantizar la efectividad de derechos sociales como los de seguridad social sin interferir con las competencias de las otras ramas (lo que se llama ahora, y también entre nosotros, de “activismo judicial”).

Dados estos elementos, no parece posible afirmar si la efectividad del derecho a la seguridad social en Brasil cambia, o en qué medida, con el nivel más detallado de disposición constitucional.

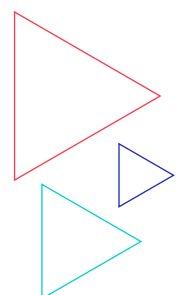
En lo que respecta a la previsibilidad constitucional, a los instrumentos legales y a la estructura para su materialización, se puede decir que Brasil cumple satisfactoriamente sus compromisos bajo los tratados internacionales que contemplan el deber del desarrollo social progresivo, considerada la posibilidad financiera.

El hecho de que el 40 por ciento de la población brasileña dependa del sistema de seguridad social, a pesar de la necesidad de reducir dicha dependencia a través de mecanismos de desarrollo económico, solo demuestra que Brasil es un país legal y materialmente estructurado para garantizar a su población la efectividad de los derechos que componen su sistema de seguridad social.

7. Bibliografía

- Alencar, Hermes Arrais. 2007. *Benefícios previdenciários*, 3.^a ed. San Pablo: Universitária de Direito.
- Alexy Robert. 2008. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 5.^a ed. alemana. San Pablo: Malheiros.
- Andrade, José Carlos Vieira de. 1983. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.
- Ávila, Humberto. 2005. *Sistema constitucional tributário*. San Pablo: Forense.
- . 2019. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 19.^a ed. San Pablo: Malheiros.
- Barros, Sérgio Resende de. 2003. *A reforma da previdência e os direitos adquiridos dos servidores*. Texto básico de la conferencia “A reforma da Previdência Social no Congresso Nacional”, 2 de junio de 2003, N° 1° Ciclo de Seminarios, realizado en el Auditorio Franco Montoro, en San Pablo, bajo el patrocinio de la Asamblea Legislativa del Estado de San Pablo. Disponible en <http://www.srbarros.com.br/pt/a-reforma-da-previdencia-e-os-direitos-adquiridos-dos-servidores.cont>.
- Beviláqua, Clóvis. 1923. *Soluções práticas de direito (pareceres)*, tomo I. Río de Janeiro: Corrêa Bastos.
- Bulos, Uadi Lammêgo. 2018. *Curso de Direito Constitucional*, 11.^a ed. San Pablo: Saraiva Educação.
- Buzaid, Alfredo. 1961. “Juicio de amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos)”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 56 (1): 172-231. Disponible en <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. 1995. “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”. *Revista Española de Derecho*

- Constitucional* 15 (43), enero-abril 1995. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79530.pdf>.
- . 2001. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.ª ed. Coímbra: Coimbra Editora.
- . 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed. Coímbra: Almedina.
- Courtis, Christian. 2006. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Derbli, Felipe. 2007. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Río de Janeiro/San Pablo/Recife: Renovar.
- Figueiredo, J. O, N. M. B. L. Prado, M. G. Medina y J. S. Paim. 2018. "Public and private health expenditures in Brazil and selected countries". *Saúde Debate* 42 (2): 37-47, octubre de 2018. Disponible en <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/hbzwsvZnS7PbVJsXsfWJSfB/?format=pdf&lang=pt#>
- Fontenelle, Leonardo Ferreira. 2017. "Nível socioeconômico, cobertura por plano de saúde, e autoexclusão do Sistema Único de Saúde". Tesis doctoral, Universidad Federal de Pelotas. Disponible en <http://www.epidemiologia.ufpel.org.br/uploads/teses/Tese%202017-10-23.pdf>
- ForsthoFF, Ernst. 1973. *Stato di diritto in trasformazione*. Trad. L. Riegert y C. Amirante. Milán: Giuffrè.
- Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca. 2000. *Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. San Pablo: Max Limonad.
- Hachez, Isabelle. 2008. *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Athènes – Bruxelles – Baden-Baden: Editions Ant. N. Sakkoulas – Bruylant – Nomos Verlagsgesellschaft.
- Horvath Júnior, Miguel. 2014. *Direito previdenciário*, 10.ª ed. San Pablo: Quartier Latin.
- Ibrahim, Fábio Zambitte. 2010. *Curso de direito previdenciário*, 15.ª ed. Río de Janeiro: Impetus.
- Lacombe, Américo Masset. 1982. "Contribuição Previdenciária: natureza jurídica". *Revista Jurídica Lemi*, Parte Especial, julio de 1982.
- . 2003. *Curso de direito tributário*. 23.ª ed. San Pablo: Malheiros.
- Martinez, Wladimir Novaes. 1996. *Primeiras lições de previdência complementar*. San Pablo: LTr.
- Martins, Sérgio Pinto. 2010. *Direito da seguridade social*, 30.ª ed. San Pablo: Atlas.
- Melo, José Tarcízio de Almeida. 1996. *Direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de. 2001. "Direito adquirido proporcional". *Revista Trimestral de Direito Público* 36.
- Mendes, Gilmar Ferreira y Paulo Gustavo Gonet Branco. 2013. *Curso de Direito Constitucional*, 8.ª ed. San Pablo: Saraiva.
- OIT. Convenciones ratificadas por Brasil. <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang-pt/index.htm>.
- Otero, Paulo. 2009. *Instituições políticas e constitucionais* 1. Coímbra: Almedina.
- Pinto, Paulo Mota. 2014. "A proteção da confiança na jurisprudência da crise". En Luís Pereira Coutinho y Gonçalo de Almeida Ribeiro, orgs., *O tribunal constitucional e a crise: Ensaio críticos*. Coímbra: Almedina.





- Pulido, Carlos Bernal. 2008. "Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a 'existem direitos sociais?' de Fernando Atria". En Daniel Sarmento y Cláudio Pereira de Souza Neto, coords., *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Río de Janeiro: Lumen Juris.
- Queiroz, Cristina. 2006. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coímbra: Coimbra Editora.
- Quintiliano, Leonardo David. 2012. "Autonomia federativa: delimitação no direito constitucional brasileiro". Tesis doctoral, Universidad de San Pablo. Disponible en <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/>.
- Ramos, Elival da Silva. 2003. *A proteção dos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. San Pablo: Saraiva.
- Ráo, Vicente. 1961. *Ato jurídico*. San Pablo: Max Limonad.
- Saraiva, Luiz Fernando y Rita de Cássia da Silva Almico. 2019. "Montepios e auxílio mútuo no Brasil Império". Disponible en http://www.abphe.org.br/arquivos/luiz-fernando-saraiva-rita-de-cassia-da-silva-almico_2.pdf
- Sarlet, Ingo Wolfgang. 2007. "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídicoconstitucional necessária e possível". *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC 9.
- . 2012. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Silva, Aparecida de Moraes y Rodrigo Constante Martins. 2010. "A degradação social do trabalho e da natureza no contexto da monocultura canavieira paulista". *Sociologias* 12 (24): 196-240.
- Silva, José Afonso da. 2002. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. San Pablo: Malheiros.
- Silva, Luís Virgílio Afonso da. 2002. "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais* 91 (798).
- Weintraub, Arthur Bragança de Vasconcellos. 2002. "Coexistência do regime de repartição com o regime de capitalização". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 97.

The background is a solid teal color. It features several large, overlapping geometric shapes in various shades of teal and light blue. A large, light blue triangle points upwards from the bottom left towards the center. Another teal triangle points downwards from the top left towards the center. A smaller teal triangle points to the right from the bottom right corner. The overall design is modern and abstract.

▶ **V. El derecho a la seguridad social en Chile**



V. El derecho a la seguridad social en Chile

Luis Lizama Portal¹

Resumen

La Constitución chilena consagra explícitamente el derecho a la seguridad social, aunque no define su contenido esencial. Este vacío ha sido integrado mediante la incorporación directa del derecho internacional al derecho interno o una interpretación conforme a los principios rectores de la propia Constitución.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que los principios clásicos de la seguridad social forman parte del contenido esencial de este derecho sin estar mencionados en el texto de la Constitución. Los tribunales superiores de justicia han hecho exigibles judicialmente tanto el derecho a la salud como el derecho a la seguridad social a través de la tutela conexa o por incorporación.

El legislador ha regulado el ejercicio de este derecho fundamental por mandato constitucional. Y lo ha hecho respecto de todos los estados de necesidad contemplados en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) de la OIT y la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, aunque con una lenta y progresiva inclusión de las recomendaciones formuladas por los órganos de control del derecho internacional.

El proceso constituyente en marcha podría terminar con una nueva constitución. Esta, muy probablemente, garantizará con un mejor estándar el derecho a la seguridad social.

1. Introducción

La Constitución de 1925 fue la primera que reguló el derecho a la seguridad social en su capítulo sobre garantías constitucionales². Esta Constitución fue otorgada en la misma época en que

1 Abogado y Magíster en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor y director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Integrante del Consejo Superior Laboral de Chile.

2 Las constituciones anteriores (establecidas a comienzos del siglo XIX) solo encomendaban a las municipalidades cuidar en su territorio de la policía de salubridad, comodidad, ornato y recreo (artículo 128 N° 1 de la Constitución de 1828) y otorgaban atribuciones a las municipalidades para promover y ejecutar mejoras sobre la policía de salubridad y comodidad (artículo 122 N° 2 de la Constitución de 1833). En consecuencia, las constituciones del siglo XIX, conforme las tendencias de la época, solo se referían a la protección de la salud. Las demás prestaciones de asistencia quedaban sujetas a la beneficencia de los particulares. Al respecto, véanse Héctor Humeres, "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) (2011): 30; Iván Obando, "El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido", *Estudios Constitucionales* 10 (1) (2012): 291; Hugo Cifuentes *et al.*, en *Seguridad Social. Parte General y Pensiones* (Santiago: Librotecnia, 2013), 223, y Fernando Muñoz, "Derecho a la seguridad social", en Pablo Contreras y Constanza Salgado, eds., *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 833-834.

se dictaron las primeras leyes³ para resolver la llamada “cuestión social”⁴ en Chile. Las leyes referidas a la seguridad social que se aprobaron fueron las siguientes: la Ley N° 4.054 sobre seguro social obligatorio de enfermedad, invalidez y vejez (seguro para trabajadores manuales financiado y administrado en forma tripartita por la Caja del Seguro Obrero), la Ley N° 4.055 sobre indemnización de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (seguro contratado por el empleador para asegurar el riesgo profesional de obreros y empleados), y la Ley N° 4.059 sobre contrato de trabajo de empleados particulares (creó un fondo de retiro e indemnización por años de servicio administrado por la Caja de Empleados Particulares).

La protección que la Constitución consagró se refería a las “obras de previsión social” y a la “salud y el bienestar higiénico del país”. Las “obras de previsión social” se extendían a la vivienda sana y a las condiciones económicas de 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”. El contenido específico de la protección debía ser regulado por la ley. Para asegurar la protección de la salud se establecía la obligación de “destinar cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”⁵.

Este principio de reconocimiento del rol del Estado en la regulación, organización y gestión de la seguridad social –formulado en el texto original de la Constitución de 1925– se consolidó con la Ley N° 17.398, que incorporó explícitamente el derecho a la seguridad social como un derecho fundamental. Esta reforma constitucional extendió la cobertura de la seguridad social más allá de la salubridad y los ingresos mínimos, y fijó como directrices de política pública: la garantía de la autonomía y dignidad humanas, la protección de la colectividad, y la redistribución equitativa de la riqueza nacional. Todo ello mediante el aseguramiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

La reforma constitucional de 1971 fue el producto de un pacto político entre el Partido Demócrata Cristiano y la coalición de izquierda Unidad Popular, denominado “Estatuto de Garantías Constitucionales”. Su objetivo fue permitir la proclamación de Salvador Allende como presidente de la República por el Congreso Nacional e incorporó un nuevo numeral 16 al artículo 10, del siguiente tenor:

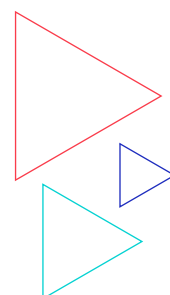
3 Estas “leyes sociales” corresponden al paquete de leyes de carácter social que fueron aprobadas por el Congreso Nacional el día 8 de septiembre de 1924. Fue por presión de un grupo de oficiales jóvenes del Ejército que ingresaron a la sesión del Senado y golpearon las conteras de sus sables contra el suelo de mármol en señal de apoyo a la agenda social del presidente de la República Arturo Alessandri Palma, quien había sido elegido con un programa que pretendía establecer una legislación que resolviera los problemas sociales. Este movimiento ha sido conocido como el “ruido de sables”. Al respecto, véase Luis Lizama, “El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2 (4) (2011): 109-114.

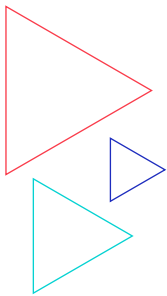
4 En la idea de “cuestión social” se han comprendido todas las consecuencias sociales, laborales e ideológicas de la industrialización y urbanización nacientes a la época, esto es: una nueva fuerza de trabajo dependiente del sistema de salarios, la aparición de problemas cada vez más complejos (vivienda obrera, atención médica y salubridad), la construcción de organizaciones destinadas a defender los intereses de la nueva “clase trabajadora”, huelgas y demostraciones callejeras, choques armados entre los trabajadores y la policía o los militares, y cierta popularidad de las ideas extremistas, con una consiguiente influencia sobre los dirigentes de los trabajadores. Al respecto, véase James Oliver Morris, *Las elites, los intelectuales y el consenso. Estudio de la cuestión social y del sistema de relaciones industriales de Chile* (Santiago: Editorial del Pacífico, 1967), 79.

5 El artículo 10 N° 14 de la Constitución de 1925 en su versión original establecía lo siguiente:

“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 de 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.

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





► La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

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 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 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.

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 salud.

La junta militar que derrocó al presidente Allende dictó en 1976, en el ejercicio de la potestad constituyente, el Acta Constitucional N° 3, que modificó la parte orgánica de la Constitución de 1925. En lo específico, el numeral 21 del artículo 1 de la referida Acta eliminó la referencia a los derechos económicos, sociales y culturales, y la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la satisfacción de tales derechos. También reguló el derecho a la seguridad social en términos más restrictivos que la reforma constitucional de 1971. El Estado quedó limitado a un rol de formulador, fiscalizador y garante del sistema de seguridad social. En el mismo texto se indicaron los estados de necesidad en que la ley debía otorgar cobertura y se reguló el derecho a la protección de la salud⁶.

2. El derecho a la seguridad social en la Constitución vigente

La Constitución Política de la República de Chile –promulgada en 1980 y vigente desde 1981–, como toda norma fundamental del ordenamiento jurídico, prescribe una serie de enunciados normativos en la esfera de la organización del poder y establece un numeroso catálogo de principios. También, y desde la óptica de la consagración de determinados derechos, reconoce un conjunto de prerrogativas vinculadas a los derechos económicos y sociales, dentro de las cuales se encuentra el derecho a la seguridad social.

6 En el numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3 se estableció:

“Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

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, por los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras”.

Al respecto, la Constitución consagra el derecho en referencia –en su artículo 19, N° 18– en los siguientes términos:

► La Constitución 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 las 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.

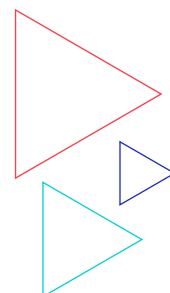
La redacción del derecho a la seguridad social en la Constitución de 1980 contrasta con el texto del Acta Constitucional N° 3, en los siguientes aspectos: (a) dejó fuera la referencia a los principios de solidaridad y suficiencia para favorecer la opción por un “Estado subsidiario”⁷, (b) dejó de utilizar la expresión “sistema de seguridad social” que le otorgaba un rol más robusto al Estado en la determinación de lo que constituía aquel sistema, y (c) estableció que el Estado no tendrá el monopolio sobre las prestaciones porque estas podían ser otorgadas por instituciones públicas o privadas (Montt y Coddou 2020, 11).

De este modo, y conforme a la propia definición entregada por el constituyente, la conclusión que se puede esbozar es que se trata de una norma programática, en la que la esfera del derecho o su contenido esencial no se encuentra delimitada por la propia Constitución⁸. En este sentido, parte de la doctrina nacional entiende que este derecho se refiere a

-
- la facultad de gozar de un cierto respaldo o garantía económica que ayude a la persona frente a situaciones, que la harán necesaria o eventualmente de producirse y que tendrán como resultado la disminución de su capacidad de trabajo o el impedimento de trabajar permanente o transitoriamente, lo que se refleja en serias dificultades de subsistencia. Por lo tanto, se busca que el individuo, mientras dure su vida útil laboral,

7 El “Estado subsidiario” es una noción que proviene de la doctrina social de la Iglesia. La encíclica *Rerum Novarum* de 1891 fijó una posición propia de la Iglesia católica acerca del adecuado modo de relacionarse entre el individuo y su familia, la sociedad civil y el Estado, alejándose del individualismo y del colectivismo extremos. La doctrina nacional que afirma la consagración del principio de la subsidiariedad en la Constitución de 1980 sostiene que este implica que la actuación del Estado se debe limitar a realizar exclusivamente aquellas actividades de relevancia social que los particulares no quieran o no puedan desarrollar. Esta doctrina ha sido criticada en tres versiones: (i) los que niegan el principio, (ii) quienes lo reconocen solo en su versión económica, y (iii) quienes lo modifican con la integración de otros principios constitucionales. Al respecto, véase José García y Sergio Verdugo, “Subsidiariedad: mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional”, en *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado* (Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015), 213-214. Para una visión más general, véase Chantal Delsol, *El Estado subsidiario. El principio de subsidiariedad en las bases de la historia europea* (Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, 2021).

8 Ha indicado la doctrina nacional que la Constitución de 1980 fue la segunda constitución chilena en reconocer el derecho a la seguridad social, aunque su establecimiento generó tensiones en el gobierno *de facto* de la época. En las primeras discusiones en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se acordaron las bases para un sistema distributivo y solidario; sin embargo, esta etapa culminó con la promulgación del Acta Constitucional N° 3 y la ascendencia del neoliberalismo en el sector económico-social del gobierno. Con el cambio en la composición de la Comisión de Estudios y el acuerdo de la Junta de Gobierno y el Consejo de Estado, se consolidó un derecho a la seguridad social matizado por consideraciones económicas y por la visión del principio de subsidiariedad imperante. De esta manera, mientras el precepto de la Constitución de 1925, introducido en 1971, constituyó un continente con un contenido suficientemente comprehensivo, el precepto de la Constitución de 1980 constituyó un continente casi sin contenido. Al respecto, véase Iván Obando, “El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido”, *Estudios Constitucionales* 10 (1) (2012): 313-314.





consiga materializar mecanismos que la aseguren para cuando este cese, disminuya, etc. (Vivanco 2006, 296).

Así es como se entendió tradicionalmente el derecho a la seguridad social por una parte de la doctrina constitucional: como un derecho restringido que se orienta a la previsión y protección de la persona frente a la cesantía, vejez, invalidez total o parcial, accidentes del trabajo y muerte de quien mantiene económicamente a la familia.

También algunos autores autorizados en la materia realizan una interpretación de la seguridad social más amplia, desde diversos puntos de vista, todos ellos estrechamente vinculados. Así, primero,

- como disciplina jurídica, entendida como una rama del derecho social que comprende el (...) conjunto de normas jurídicas y principios interpretativos que regulan la prevención y satisfacción de contingencias sociales, tanto en sus aspectos orgánicos (conjunto de órganos públicos que tiene por misión la prevención y satisfacción de las contingencias sociales que afectan a la población) como funcionales (conjunto de actividades y medidas ejecutadas por prestadores de servicios, cualquiera que sea su naturaleza, para prevenir y satisfacer contingencias sociales).

Luego,

- en segundo lugar, también puede ser entendida como un sistema, que consiste en mecanismos e instituciones que tienen por objeto satisfacer de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares ocasionados por una contingencia y, especialmente, por las que generan la maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras. Finalmente es un derecho fundamental que surge históricamente a partir del derecho del trabajo, bajo el entendido según el cual dicha protección se originó desde las instituciones laborales, inicialmente mediante esquemas de seguros sociales para los trabajadores, por el traslado de riesgos hecho por los empleadores (García, Contreras y Martínez 2016, 902).

Por lo antes referido, la Constitución no consagra un derecho fundamental cuyo contenido tenga una delimitación que permita ser exigido –en principio– por el titular de esta garantía constitucional⁹. Más bien, prescribe una garantía de acceso de las personas a los sistemas de seguridad social (privados o públicos), estableciendo una serie de principios vinculados a la

⁹ En particular, el mecanismo procesal por excelencia para amparar los derechos consagrados en la Constitución es el recurso de protección. Se trata de una acción constitucional a favor de todas las personas que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales. El artículo 20 de la Constitución garantiza con el recurso de protección la mayoría de los derechos fundamentales, salvo los denominados derechos sociales y económicos, como es el caso del derecho a la protección de la salud, de educación y de seguridad social. En el informe final de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se señaló sobre esta materia: “es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social u otros”.

materia ¹⁰ y mandatando al legislador a actuar en un espacio puntual (respecto a las cotizaciones que pueden ser obligatorias) con relación a este derecho fundamental ¹¹.

A mayor abundamiento, se destaca que el precepto en comento tuvo un significado especial para el constituyente de 1980, al establecer “que las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado” ¹², directriz fundada –según el profesor Cea– en “el elevado costo que, para el Estado, significa financiar los gastos de seguridad social; por el uso, poco responsable, que podría hacerse de la legislación común, gravando así al Fisco y causándole déficits presupuestarios; en fin, por las discriminaciones en que incurrió el legislador y que, con un quórum más elevado, se cree que es posible evitar o reducir” (Cea 2004, 454). Esta directriz fue una decisión unánime para la doctrina y la jurisprudencia nacionales en la historia constitucional previa a la vuelta del régimen democrático en Chile.

Lo anterior –que podemos catalogar como un nuevo periodo de este derecho constitucional– tuvo como partida la inclusión de un nuevo inciso segundo al artículo 5° de la Constitución de 1980, que consagró que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [esenciales que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta modificación constitucional –efectuada en el año 1989– permitió una nueva interpretación del derecho a la seguridad social fundada en la incorporación directa del derecho internacional al derecho interno ¹³. De este modo, se ha postulado por parte de la doctrina nacional lo siguiente:

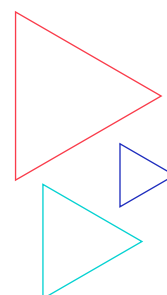
-
- [...] en este sentido, Nogueira se apoyó en el bloque de la constitucionalidad y la dignidad de la persona humana para interpretar el mentado derecho a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en especial de la Observación General N° 19, de 2008, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto le permitió determinar el contenido mínimo y esencial del derecho, basándose especialmente en el § 2° de dicha Observación General y en cuatro principios rectores de la seguridad social recepcionados por el Tribunal Constitucional, a saber: universalidad, integridad o suficiencia, unidad y solidaridad. Consecuentemente, señaló que constituye dicho contenido “el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social configuradas legislativamente, sin discriminación alguna; el derecho a no ser privado arbitrariamente de ellas; y un derecho a la no reversibilidad de las

10 Se ha indicado que el Estado también tiene un deber, porque este es un derecho de prestación a favor de diversos beneficiarios. En este punto, hay que distinguir distintas características dentro del precepto, por un lado, (i) la universalidad (protección para todas las personas, sin distinciones), (ii) integralidad (cobertura completa de los riesgos) y (iii) uniformidad (sometimiento de todos al mismo régimen previsional). Al respecto, véase Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 204-205.

11 Una interpretación reciente del artículo 19 N° 18 de la Constitución en forma sistémica, esto es, según los principios rectores del texto constitucional establecidos en las Bases de Institucionalidad (el artículo 1° señala que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible” y que es deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional”), permitiría concluir que no hay tal neutralidad o la falta de contenido que la doctrina mayoritaria concluye del examen del tenor literal del precepto que consagra el derecho a la seguridad social. Al respecto, véase Guillermo Montt y Alberto Coddou, “El derecho a la seguridad social en Chile y el mundo: Análisis comparado para una nueva constitución”, *Informes Técnicos OIT Conosur* 14, 2020, 13.

12 Las leyes de *quorum* calificado son aquellas que requieren para su aprobación la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (y no solo de los presentes en la sala como las de *quorum* simple). Es una exigencia de mayor consenso para la aprobación, modificación o derogación de la ley. Para algunos autores este resguardo se vuelve superfluo debido al consenso político que ha existido para mantener el sistema privado de pensiones después del retorno a la democracia. Al respecto, véase Fernando Muñoz, “Derecho a la seguridad social”, 838-839.

13 Por todos, véase Miriam Henríquez, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Estudios Constitucionales* 6 (2) (2008): 73-119.





prestaciones ya incorporadas al patrimonio de la persona; como asimismo, un derecho a la irreversibilidad de las prestaciones que asegura y garantiza el ordenamiento jurídico, sin que ellas puedan ser disminuidas sin que exista una justificación razonable, en consideración del conjunto de los derechos y haciendo uso del máximo de los recursos disponibles”. Asimismo, este autor precisó que el derecho en estudio se asegura a todas las personas, pero que a nivel infra-constitucional existe un derecho y un deber de cotizar de los trabajadores independientes y una obligación de cotizar de ciertos trabajadores independientes. Igualmente, que existe una insuficiencia parcial en el financiamiento del régimen de pensiones creado por el D.L. N° 3.500, de 1980, por ser de cargo de los trabajadores beneficiarios, lo que contraría el § 4° de la Observación General precitada, el que contempla el pago por los beneficiarios, los empleadores y a veces el Estado; adicionalmente, observó que este régimen carece en general de un carácter redistributivo, como lo supone el § 3° de dicha Observación General, el que sí concurre en el denominado pilar solidario para pensiones creado por la Ley N° 20.255. Por otra parte, este autor sostuvo que el Estado asume ciertas obligaciones provenientes del deber de respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, consagrado en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución y debe garantizar en forma no discriminatoria el goce de prestaciones básicas uniformes de un solo sistema previsional y supervigilar el adecuado ejercicio del derecho (Obando 2012, 324-326).

Como podrá apreciarse de la referencia antes citada, el tratamiento del derecho en análisis ha sufrido una importante mutación, ya que se han establecido nuevos criterios jurisprudenciales emanados del Tribunal Constitucional y los tribunales superiores de justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) del país. Estos criterios permiten esbozar una nueva teoría respecto al derecho a la seguridad social a través de novedosas interpretaciones dogmáticas, ancladas en el enfoque que plantea el derecho internacional, o bien, mediante una interpretación sistémica de la Constitución conforme a otros principios rectores contemplados en las Bases de la Institucionalidad.

3. Exigibilidad del derecho a la seguridad social

De acuerdo con los lineamientos indicados, en Chile hubo cierto consenso respecto a la naturaleza de los derechos económicos y sociales, en el sentido de que en cuanto prestaciones del Estado y, a diferencia de los derechos fundamentales clásicos (vinculados a la vida, libertad y propiedad), no se encontraban constitucionalizados ni protegidos de la misma forma ¹⁴.

En este orden de ideas, se ha postulado que

- los derechos sociales que consisten en prestaciones no tienen ese carácter absoluto que presentan los clásicos. Si respecto de estos el Estado no puede llevar a cabo una política que de manera permanente atente en su contra, no sucede lo mismo con los derechos sociales consistente en prestaciones. Dado que la realización de estos está entregada por regla general al Estado, y ello determina que no tenga carácter absoluto, y que sus límites sean muy distintos que los de los derechos clásicos (Martínez 2010, 133)¹⁵.

14 Este consenso se ha roto en los últimos años por una doctrina que tiene un enfoque crítico respecto de la dogmática y la praxis constitucional chilenas, y que se ha desacoplado del tenor literal de la Constitución de 1980 y del valor interpretativo de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Al respecto, véase Pablo Contreras y Constanza Salgado, eds., *Curso de Derechos Fundamentales*.

15 A mayor abundamiento, explica José Ignacio Martínez que estas características responden a varias razones: a) los recursos del Estado; b) los derechos económicos y sociales recogen más bien principios, programas o

Por lo que, incluso, es dudoso que sean derechos, pues no son exigibles frente a los tribunales de justicia.

De este modo, y en concordancia con la normativa que regula o concreta el derecho fundamental a la seguridad social, este no recibe una protección especial a través de un mecanismo propio de la Constitución ¹⁶.

En definitiva, el sistema de seguridad social se encuentra regulado y amparado por el legislador que entrega la autonomía a las personas para que puedan decidir el sistema de protección frente a las contingencias que originan la aplicación de las prestaciones, sin que exista un fundamento jurídico –hasta hace poco– para entablar el recurso de protección solicitando el amparo de los derechos en referencia (salud y seguridad social).

Con todo, el criterio doctrinario antes señalado ha sido objeto de modificaciones interpretativas en orden a otorgar una protección “indirecta” de los derechos económicos y sociales, a través de la conexión por la vía de los derechos de propiedad y a la igualdad ante la ley. Esto permitiría –con cierto grado de éxito– amparar constitucionalmente un derecho no protegido por el constituyente a través de otras prerrogativas que sí se encuentran dotadas de blindaje en la Constitución.

En esta perspectiva, bajo el “armazón de tutela institucional formal del artículo 20 de la Constitución” –que consagra el recurso de protección–, se ha dispuesto el amparo indirecto de los derechos económicos y sociales. De esta forma, según el profesor Jordán, al igual que como ocurre en el modelo español, los tribunales superiores de justicia chilenos han empleado dos mecanismos de tutela indirecta: *la protección conexa y por incorporación*. La protección conexa se ha ordenado por la vía de dos derechos: el derecho de propiedad (artículo 19, N° 24 de la Constitución) y el principio de igualdad (artículo 19, N° 2 de la Constitución). La protección por incorporación se da por la vía de la inclusión del derecho a la salud al contenido esencial del derecho a la vida.

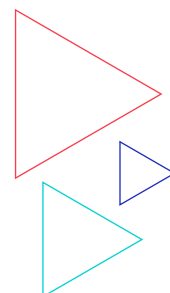
Respecto a la tutela “conexa”, el profesor Jordán postula lo siguiente:

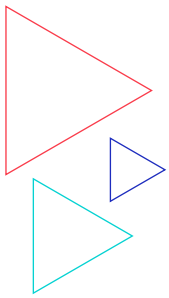
-
- [...] el derecho de propiedad representa el principal instrumento protector de los derechos económicos y sociales, desde una perspectiva subjetiva individual propia del derecho dominical. A partir del inciso primero del art. 19 N° 24 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, los tribunales superiores de justicia le han otorgado a la propiedad una significación amplia, incluyendo en su protección los derechos económicos y sociales a la salud, a la educación, la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo, la seguridad social y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por medio de la idea de propiedad sobre cosas incorpóreas se extiende el dominio privado a todo instrumento jurídico que consagre algún derecho a favor de una persona, entendiendo que sobre dicho instrumento o sobre los derechos que de él emanan existe una especie de propiedad.

Esta extensión de su significado ha llevado a proteger los derechos económicos y sociales por medio de la propiedad de las personas sobre su patrimonio, construcción

aspiraciones político-sociales elevadas a nivel constitucional; c) que al tratarse de principios políticos-sociales o políticos-económicos, dependen en gran medida de las costumbres y opinión pública; d) los derechos económicos y sociales no tienen carácter absoluto para el constitucionalismo. De hecho, no son inherentes a la idea de constitución, por lo que es perfectamente concebible una constitución sin derechos sociales.

16 En la teoría jurídica moderna, las “garantías” no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Al respecto, véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2006), 25. De acuerdo con la postura en comento, los derechos de carácter prestacional no tienen normatividad y, por ello, el ordenamiento no debería otorgarles protección.





jurídica abstracta y de alcance amplio. La jurisprudencia entiende que toda vulneración de algún aspecto del patrimonio representa un quebrantamiento del derecho de propiedad. Se produce una vulneración propietaria en aquellos casos en que se niegue el reconocimiento de tales derechos o se produzca un perjuicio pecuniario que signifique una disminución material del patrimonio. De igual manera, la tutela por vía dominical ha recaído en las cláusulas de los contratos que regulan algunos derechos económicos y sociales (salud, educación y seguridad social) y los derechos que de ellos emanan.

El principio de igualdad aparece como segunda vía conexas de protección. Su radio de tutela ha sido de alcance más limitado, amparando el derecho al medio ambiente, el derecho a la seguridad social y el derecho a la educación. La jurisprudencia se sujeta a las reglas generales del principio de igualdad, ordenando primeramente la prohibición de toda discriminación arbitraria y permitiendo como excepción la incorporación de normas diferenciadoras justificadas entre los individuos. Así, para los tribunales superiores de justicia la arbitrariedad puede ocasionarse por acciones contrarias a la razón o la solidaridad, irreflexivas o injustas, examinando si la actuación de los sujetos aparentemente vulnerados de la igualdad se encuadra en tales conceptos genéricos. El examen de los tribunales superiores de justicia gira en torno a determinar si la ley reviste los caracteres de generalidad y abstracción exigidos, debiendo acreditarse que el sujeto que reclama la discriminación se encuentra en una posición jurídica desmejorada a partir del contenido de la ley (Jordán 2006, 169-170) ¹⁷.

A partir de lo señalado en párrafos anteriores, resulta forzoso concluir que si bien la Constitución no prescribe el contenido esencial del derecho a la seguridad social ni le otorga protección constitucional, ha sido una labor de los tribunales superiores de justicia amparar a las personas frente a un acto o una omisión arbitraria e ilegal (de particulares o del Estado).

3.1 Los criterios de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional: consagración de un nuevo escenario interpretativo

Al analizar las diversas posturas vinculadas a la protección del derecho a la seguridad social en nuestro ordenamiento jurídico, es posible determinar la existencia de dos interpretaciones contrarias: (a) la que niega el estándar de un derecho amparado por los tribunales de justicia al tratarse de un derecho prestacional por parte del Estado y (b) aquella que le otorga protección a través de la interpretación conexas con otros derechos fundamentales. En esta perspectiva, las modificaciones jurisprudenciales han sido evidentes en el último tiempo.

¹⁷ Tomás Jordán indica que este amparo por medio del dominio se da desde un doble enfoque. El primero se relaciona con la regulación privada de algunos derechos económicos y sociales (por ejemplo, la salud y la educación privada), la cual se formaliza por medio de la celebración del respectivo contrato. La protección de los derechos económicos y sociales se da entonces a partir de la regulación civil aplicable, específicamente a partir del derecho de dominio que nace para las personas de tal instrumento. El amparo se arregla por la vía de la propiedad de los derechos que emanan de las cláusulas contractuales, produciendo la tutela del derecho social no "desde" el derecho social, sino desde el derecho de dominio sobre unas cláusulas concretas de carácter civil que regulan una materia social. Por otra parte, como segundo enfoque jurisprudencial de protección -indica el mismo autor-, los tribunales superiores de justicia han considerado que de determinados actos nacen derechos para las personas que son incorporados a su patrimonio, que goza de protección dominical al estimarse que se tiene una especie de propiedad. Se producirá una vulneración de este cuando se niegue el reconocimiento de tales derechos o se produzca un perjuicio pecuniario que signifique una disminución material del patrimonio. Dicho criterio ha permitido extender el derecho de dominio a toda clase de bienes y situaciones en que se vea afectado el patrimonio, por cuanto si todos los derechos se incorporan al patrimonio, y sobre este existe propiedad tutelada, siempre procederá la protección por vía dominical si se acredita una vulneración de cualquier intensidad de tal atributo de la personalidad.

3.1.1 Jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia

Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema parecen haberse encaminado –en un principio– bajo el siguiente criterio rector: si bien, en general, los derechos sociales que consagra la Constitución no son justiciables, son varios los casos en que se ha procurado aminorar dicho estándar mediante su vinculación a los derechos civiles y políticos.

En este sentido, como lo ha destacado parte de la doctrina nacional (Martínez 2010, 143-144)¹⁸, el criterio de los jueces, por ejemplo, ha sido que el derecho a la vida no puede dar cobertura a la salud, porque aquel dice relación con la protección frente a ataques a la vida por la acción de terceros, y no por enfermedades. Y a su vez, la jurisprudencia ha señalado que la protección de la salud –derecho social al igual que el derecho a la seguridad social– está limitada por los recursos económicos con que cuenta el Estado.

A mayor abundamiento¹⁹, la Corte de Apelaciones de Santiago hacía presente que, al no encontrarse protegido constitucionalmente el derecho a la seguridad social en nuestra Constitución, no era posible obtener por la vía tutelar de la acción de protección la declaración de que determinados hechos revisten el carácter de accidentes del trabajo²⁰. Con todo, la Corte Suprema precisaba que el desconocimiento por la autoridad previsional del acrecimiento de la pensión de montepío importaba una vulneración del derecho de propiedad²¹. Del mismo modo, se ha sentenciado que los beneficios de una pensión de jubilación, debidamente reajustados, forman parte del patrimonio de la persona y están amparados por el artículo 19, N° 24 de la Constitución²², procediendo en todos estos casos el amparo otorgado por los tribunales de justicia a través del mecanismo de protección consagrado en la Constitución²³.

Además de las resoluciones antes mencionadas, existen criterios de los tribunales superiores de justicia que permiten concluir la consolidación de esta interpretación. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en una sentencia posteriormente confirmada por la Corte Suprema, manifestó su concordancia con la postura en referencia al vincular el derecho a la salud con la vulneración del derecho a la vida.

De este modo, la Corte de Apelaciones:

- [...] estima que se vulnera el derecho a la vida de la recurrente, protegido constitucionalmente, desde que encontrándose a disposición de las autoridades de salud los medios que contribuyan al tratamiento médico que se le prescribió, se le niegan esos por consideraciones que no aparecen debidamente fundamentadas ni concordantes con la tutela a la vida, de por sí, indivisible, desde que no resulta posible concebir que se pueda escoger –para el otorgamiento de los remedios– entre aquellos que tienen una mayor posibilidad de éxito con el tratamiento y los que tienen menores posibilidades, teniéndose además presente que los esfuerzos que puedan desplegarse para proteger

18 Para avalar esta postura, José Ignacio Martínez (2010) cita en su obra –sin identificación específica de los roles–, entre otras, las siguientes causas: (i) Corte Suprema, *Gallardo Soto con Servicios de Salud Metropolitano Oriente (1988)*; (ii) Corte Suprema, *Sepúlveda París con Subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau (1987)*, y (iii) Corte Suprema, *Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud (2001)*. A través de las sentencias en comento, reitera el argumento central de que la satisfacción de los derechos sociales depende, en esencia, de los recursos económicos disponibles del Estado para tales efectos.

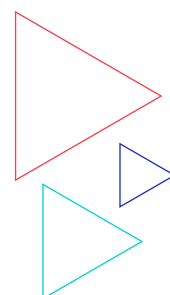
19 Las citas a sentencias referidas en este párrafo fueron obtenidas de Enrique Navarro, “35 años del recurso de protección: notas sobre su alcance y regulación normativa”, *Estudios Constitucionales* 10 (2) (2012).

20 Corte de Apelaciones de Santiago, 12.04.90, *Gaceta Jurídica* 118: 26.

21 Corte Suprema, 25.10.89, *RDJ* 86, 153.

22 Corte de Apelaciones de Santiago, 28.08.86, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 83: 185.

23 En esta perspectiva, para amparar la teoría de la protección indirecta de los derechos económicos y sociales, Jordán (2006) hace referencia a las sentencias de Corte de Apelaciones de Santiago –rol N° 886/1993, rol N° 3305/1994 y rol N° 172/2001– que protegen el derecho a la seguridad social por medio del derecho a la propiedad o mediante la argumentación conjunta del derecho de propiedad con el derecho social.





la vida humana deben ser lo óptimo de lo posible, lo que no parece ser el caso en la especie ²⁴.

En esta perspectiva, como destaca la doctrina nacional (Navarro 2012, 641), se presenta un nuevo estándar garantista del recurso de protección, en el cual, frente a situaciones en principio no tuteladas (salud, educación y seguridad social), los tribunales superiores de justicia recurren a otros derechos fundamentales –la propiedad o la igualdad ante la ley– para otorgar el debido amparo en estos *casos difíciles*.

Con todo, la postura garantista en comento no exige que se cumplan determinados presupuestos para recurrir a la Corte de Apelaciones en aras de buscar el imperio del derecho a través del recurso de protección, ya que deben cumplirse los requisitos contemplados en la ley que regula la materia vinculada a algunas prestaciones de la seguridad social.

Así, se ha sentenciado que

- [...] en este mismo orden de razonamiento y como cuestión previa y necesaria, es preciso advertir que el derecho a la seguridad social no es un derecho genérico al cual se pueda acceder sin más trámites, toda vez que el respectivo afiliado debe siempre verificar su estado de necesidad mediante el cumplimiento de los requisitos legales que establece la legislación vigente para tener derecho a exigir la prestación que le resuelva la situación de incapacidad laboral o de remuneración en que se encuentra. Por ello, que cada vez que se esté frente a una prestación de seguridad social, será obligatorio para la respectiva entidad de seguridad social, sea pública o privada, que administra una determinada prestación de tal naturaleza, exigir el cumplimiento de los requisitos que la legislación pertinente determina para hacer efectivo el correspondiente beneficio ²⁵.

3.1.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como fue ha destacado por la doctrina nacional, si bien el Tribunal Constitucional chileno ha tenido una tendencia a interpretar restrictivamente los derechos consagrados constitucionalmente, debe mencionarse que a partir de un fallo de 2008 se aprecia una apertura hacia una interpretación más amplia de las obligaciones prestacionales del Estado. En el conocimiento de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este Tribunal argumentó acerca de las obligaciones que surgen para el Estado en materia de derechos prestacionales (concretamente, el derecho a la salud) y estableció el carácter normativo y no meramente programático de la Constitución, en particular, de su parte dogmática. Esto representa un avance central en el desarrollo jurisprudencial chileno, ya que dotar de un contenido normativo a las bases de la institucionalidad es la puerta de entrada para su aplicación directa en la resolución de casos contenciosos (Nash Rojas 2011, 103).

A partir de lo antes mencionado, es posible destacar determinadas directrices en la interpretación del derecho a la seguridad social formulada por el Tribunal Constitucional ²⁶:

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 8826- 2009, confirmada por la Corte Suprema, rol N° 8513-2009.

²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección, rol N° 12.501-2013.

²⁶ Información disponible en <http://e.tribunalconstitucional.cl/repertorio/>

a. El derecho a la seguridad social como derecho social

El Tribunal Constitucional ha interpretado que los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional o de la segunda generación, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica. Esto considerando que la satisfacción de tales exigencias representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado social en la democracia constitucional contemporánea²⁷, permitiendo, en definitiva, delimitar las obligaciones del Estado en esta materia. Es decir: deja de ser una mera declaración de principios para transformarse en un derecho u obligación que debe ser otorgado por el Estado a las personas.

b. El concepto y los principios de la seguridad social

La seguridad social puede ser definida como “el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello”. Se reconocen en la seguridad social cuatro principios rectores que constituyen la base o el fundamento sobre la que debe estar institucionalizada, a saber: universalidad (subjética y objetiva); integridad o suficiencia; solidaridad y unidad. La supresión, en el texto del artículo 19, N° 18 de la Constitución, de los principios rectores de la seguridad social carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que, de lo contrario, perdería su identidad específica²⁸.

c. El contenido esencial del derecho a la seguridad social y los demás derechos sociales

El contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional, en el que se recogen los principios de solidaridad, universalidad, igualdad, suficiencia, y unidad o uniformidad, sobre todo si se consideran conjuntamente el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. En la seguridad social, la acción del Estado, incluida por tanto la del legislador, debe estar “dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes” a las prestaciones de seguridad social. Dicho rol, como se observa, implica, por de pronto, “garantizar”. Tal mandato conlleva un rol activo, no pasivo; se trata de hacer todo lo posible para que lo encomendado se lleve a cabo. Enseguida, implica garantizar “el acceso”. Esta fórmula es la manera en que la Constitución busca hacer viables los derechos sociales que regula (educación, salud y seguridad social). Exige que se permita incorporar o acercar a las personas a un régimen de prestaciones, con o sin cotizaciones obligatorias. Finalmente, implica el acceso sin discriminaciones, pues el mandato constitucional es para que “todos los habitantes” puedan involucrarse. Se consagra así el principio de universalidad subjética de la seguridad social, pues son todas las personas a quienes el Estado debe garantizar el acceso a prestaciones²⁹.

d. Los titulares del derecho a la seguridad social

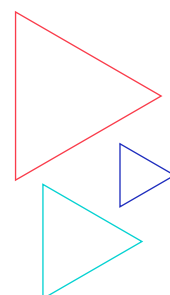
El rol del Estado es asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho, de modo tal que el principio de la igualdad constituye el principio rector de la seguridad social³⁰. La uniformidad en el goce de las prestaciones no se altera si el Estado ampara especialmente

27 STC 1287, c. 23.

28 STC 790, c. 33. En el mismo sentido, STC 1287, cc. 25 y 30, STC 2025 c. 41, STC 2275 c. 4.

29 STC 1572, c. 56. En el mismo sentido, STC 1598 c. 53, STC 1629 c. 53, STC 1636 c. 53, STC 1654 c. 10, STC 1691 c. 10.

30 STC 1710, c. 125. En el mismo sentido, STC 1208 y 1278.





a quienes sufren mayor carencia sobre bases igualitarias, objetivas, de interés general y razonables³¹.

Los tópicos señalados reflejan una estándar esencial para el Tribunal Constitucional: los nuevos criterios interpretativos respecto al derecho a la seguridad social permiten fundamentar que su contenido es exigible en una instancia judicial.

De este modo, en un caso trascendental en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (al analizar una acción de inconstitucionalidad cuyo objeto era impugnar una norma reglamentaria encargada de determinar la regulación de los precios de planes de salud en las instituciones privadas de previsión de salud), se establecieron dos criterios esenciales en esta materia:

- Se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de sus beneficiarios, toda vez que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural. La circunstancia expuesta hace que la existencia misma de los reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social. El derecho al goce de prestaciones básicas uniformes resulta vulnerado si el costo de las cotizaciones para el asegurado, por el disfrute de unas mismas prestaciones, se ve acrecentado por el mero hecho de progresar en edad³².

El aumento considerable del costo de un plan de salud privada que, en los hechos, redunde en la imposibilidad del cotizante de pagarlo, obligándolo a abandonar el sistema privado de salud que había escogido, implica un impedimento para ejercer sus derechos a elegir sistema de salud y a la seguridad social, por lo que el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de los beneficiarios del respectivo plan es constitucionalmente inaceptable³³.

En definitiva, los razonamientos del Tribunal Constitucional han significado la concreción de algunos derechos de prestación no amparados por el recurso de protección configurando un nuevo escenario interpretativo en esta materia. Esto permite concluir que el Tribunal tiene un criterio extensivo sobre el papel y la significación de los derechos sociales en la Constitución: son derechos fundamentales obligatorios tanto para el Estado como para los particulares (Gómez 2015, 93)³⁴.

En esta perspectiva, uno de los resultados ha sido la judicialización –a través del recurso de protección– de actos u omisiones de carácter arbitrarios realizados por algunas instituciones que deben entregar a las personas los correspondientes beneficios en esta materia³⁵.

El futuro del derecho a la seguridad social se encuentra favorecido, en términos del profesor Nogueira (2009, 143-205), por las garantías de interpretación, que se refieren a los mecanismos

31 STC 790 cc. 34 y 35.

32 STC 1287, cc. 67 y 68.

33 STC 1273 cc. 77 y 78.

34 Esta posición no ha sido pacífica en la doctrina nacional. Véase José Ignacio Martínez, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *Estudios Constitucionales*, 8 (2) (2010): 125-166.

35 Destacamos que la STC 1710, citada anteriormente, ha ocasionado una verdadera avalancha de recursos de protección por las alzas de precios unilaterales que realizan las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) a sus afiliados.

destinados a asegurar que la interpretación de los derechos se haga para favorecer su ejercicio y disfrute³⁶. En tal sentido, esta obligación constituye un mandato para los órganos del Estado –para todos y cada uno de ellos– de respetar y promover los derechos esenciales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales. En otras palabras, constituirán mandatos de optimización o normas programáticas que deben guiar la regulación de este derecho fundamental.

De todos modos, es oportuno destacar en este análisis que el elemento político cobra relevancia en la configuración y satisfacción de los derechos prestacionales, ya que establece las obligaciones y los límites del rol del Estado en esta materia.

Al respecto, cabe tener presente que se encuentra en marcha un proceso destinado a elaborar una nueva constitución por una convención elegida especialmente que deberá presentar a la ciudadanía un proyecto en 2022. Un tema en particular relevante en el debate constituyente será la consagración de los derechos sociales como exigibles y justiciables.

4. Legislación infraconstitucional para la concreción del derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social en la Constitución de 1980 es un “continente casi sin contenido” (Obando 2012), respecto del cual el constituyente tampoco ha otorgado garantías judiciales explícitas para su exigibilidad. Por ello ha sido necesario que los tribunales superiores de justicia utilicen la tutela conexa o por incorporación para asegurar este derecho. Lo mismo es aplicable a otro derecho social concurrente: la protección de la salud.

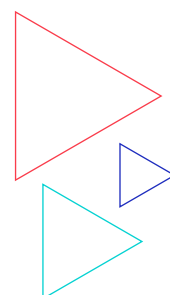
Por lo anterior, la eficacia del derecho a la seguridad social y a la protección de la salud se ha conseguido mediante el dictado de leyes que han permitido asegurar los intereses que son garantizados por ambos derechos.

En la regulación infraconstitucional de las prestaciones han tenido mucha importancia las recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los órganos de control de la OIT.

En efecto, las Observaciones finales al tercer informe periódico de Chile sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 26 de noviembre de 2004, recomendó adoptar “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 (...)”. En 2008, la Ley N° 20.255 creó y financió un pilar solidario de pensiones que fue acogido con satisfacción en las Observaciones finales al cuarto informe periódico de Chile del 19 de junio de 2015 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque este insistió en su preocupación de “que el Estado parte aún no cuente con un sistema de protección social universal que brinde niveles mínimos de protección a toda la población”.

En cuanto a los órganos de control de la OIT, las recomendaciones efectuadas en el año 2000 y reiteradas en el 2009 por la Comisión de Expertos fueron las siguientes: “i) que el sistema de pensiones establecido por el DL 3.500, en 1980, sea administrado por instituciones que no persigan fines de lucro; ii) que los representantes de los asegurados participen en la

36 De todas formas, esta garantía de interpretación se encuentra amparada –en el caso en análisis– a una especie de sujeción del juez a la Constitución y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del Poder Judicial de los demás poderes, Legislativo y Ejecutivo, aunque sean –o precisamente porque son– poderes de mayoría. Al respecto, véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 26.





gestión del sistema en las condiciones que determine la legislación y las prácticas locales; y iii) que los empleadores contribuyan al financiamiento” (Arellano y Cifuentes 2010, 124). Estas recomendaciones fueron consideradas al efectuarse la reforma al régimen de pensiones en 2008, en los siguientes términos: (a) se creó un nuevo organismo (Instituto de Previsión Social) a cargo de la gestión del pilar solidario, de modo que el régimen de pensiones ya no es exclusivamente administrado por empresas con fines de lucro, (b) se creó una comisión que garantiza la participación de los usuarios en la administración del sistema (la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones)³⁷, y (c) se estableció que la cotización adicional para el financiamiento del seguro de invalidez y sobrevivencia estará a cargo del empleador y no del trabajador (Arellano y Cifuentes 2010, 126-130)³⁸.

El sistema de seguridad social chileno protege todos los estados de necesidad contemplados en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)³⁹, aunque la República de Chile no lo ha ratificado⁴⁰, así como los contemplados en la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de 2008⁴¹. No obstante, tal como se señaló, la regulación legal de las contingencias de seguridad social no está ajustada estrictamente a las directrices emanadas de los órganos internacionales.

A continuación, se analizarán, en detalle, la cobertura y la protección que se otorgan a nivel legal a cada uno de los estados de necesidad indicados. Es pertinente señalar que cada uno de los regímenes tiene lógicas distintas entre sí en cuanto a la administración, el financiamiento, la cobertura y el rol del Estado y de los particulares. Ello es así porque la regulación ha sido dictada en distintas épocas y bajo condiciones políticas particulares e inspiraciones ideológicas variopintas. Así, por ejemplo: la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales data de un periodo anterior a la dictadura militar (1968) y tiene un fuerte componente solidario con financiamiento exclusivo por parte de los empleadores y administración a cargo del Estado y de entidades privadas sin fines de lucro (mutualidades). Esto contrasta con el pilar contributivo del régimen de pensiones –incorporado en 1981 durante la dictadura militar–, que se caracteriza por establecer un plan de contribución definida con capitalización total en cuentas individuales y gestión de empresas privadas con ánimo de lucro. Finalmente, tanto el régimen de cesantía (2001) como las pensiones no contributivas de vejez e invalidez (2008) son una combinación

37 La Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones está integrada por representantes de los trabajadores, de los pensionados, de las instituciones públicas y entidades privadas del sistema de pensiones y un académico universitario, que la preside. La Comisión tiene como función informar a la Subsecretaría de Previsión Social y a otros organismos públicos del sector sobre las evaluaciones que sus representados efectúan sobre el funcionamiento del sistema de pensiones y proponer las estrategias de educación y difusión de dicho sistema.

38 En idéntico sentido, sobre las cotizaciones del empleador, véase Humberto Nogueira, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo 3 (Santiago: Librotecnia, 2019), 704. Sobre la aplicación del Convenio núm. 35 en la ley chilena, véase Patricia Fuenzalida, “El sistema previsional chileno a la luz del Convenio núm. 35 de la OIT”, en Pablo Arellano y Juan Pablo Severín (eds.), *Chile y la Organización Internacional del Trabajo. 100 años de relación normativa* (Valencia Tirant lo Blanch, 2020).

39 El convenio referido contempla la siguiente protección: (i) asistencia médica, (ii) prestaciones monetarias por enfermedad, (iii) prestaciones de desempleo, (iv) prestaciones de vejez, (v) prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, (vi) prestaciones familiares, (vii) prestaciones de maternidad, (viii) prestaciones de invalidez y (ix) prestaciones de sobrevivencia.

40 En materia de seguridad social, la República de Chile ha ratificado el Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927 (núm. 24); el Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927 (núm. 25); el Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932 (núm. 32); el Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (núm. 35); el Convenio sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933 (núm. 36); el Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933 (núm. 37); el Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933 (núm. 38); el Convenio sobre protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y el Convenio sobre prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121).

41 Según esta Observación General, el derecho a la seguridad social debe otorgar protección 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.

equilibrada entre capitalización individual y solidaridad con gestión a cargo de una empresa privada licitada, o bien, una expresión robusta de solidaridad con administración estatal ⁴².

4.1 Asistencia médica

La Constitución chilena asegura en su artículo 19, N° 9 el derecho fundamental 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”. Las acciones de salud podrán ser prestadas por instituciones públicas o privadas, y su elección queda entregada (y garantizada por el recurso de protección) a la libertad de las personas.

El sistema de salud (decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud) “otorga una diversidad de prestaciones que se pueden encauzar dentro de la protección amplia de la salud” (Arellano 2015, 314). Se puede dividir en acciones de promoción (campañas educativas), protección (medicina preventiva: evitar la enfermedad o descubrirla antes de que se perciba) y recuperación de la salud (medicina curativa: recuperar el estado de salud) y rehabilitación del individuo (la enfermedad o estado de salud no puede ser recuperado).

Los trabajadores dependientes e independientes deberán cotizar el 7 por ciento de sus remuneraciones o rentas en el sistema público (Fondo Nacional de Salud o FONASA) o en empresas privadas con fines de lucro (Instituciones de Salud Previsional o ISAPRE). Las prestaciones que el sistema asegura son: exámenes de medicina preventiva y asistencia médica curativa (consultas, exámenes, procedimientos, diagnósticos e intervenciones quirúrgicas, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento y demás atenciones que aseguren la recuperación del enfermo) y odontológica. Estas prestaciones deben otorgarse tanto en el régimen de prestaciones sanitarias de carácter público a través del aseguramiento en el FONASA (en sus dos modalidades de atención: institucional y de libre elección⁴³) como en el régimen de las ISAPRE.

Las personas carentes de recursos (indigentes), beneficiarios de pensión solidaria, causantes de asignación familiar y aquellos cuyo ingreso es inferior al ingreso mínimo mensual tienen derecho a atención de salud gratuita en los organismos del Sistema Nacional de Servicios de Salud. Las personas que cotizan en el sistema estatal deberán pagar el 10 por ciento o el 20 por ciento del valor del arancel por las prestaciones médicas recibidas por ellas o sus beneficiarios, y la diferencia es pagada por el Estado.

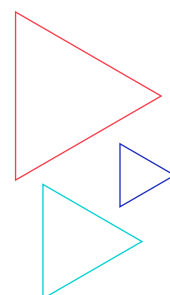
Las personas que cotizan en el sistema privado deberán suscribir un contrato que establecerá la modalidad de otorgamiento de las prestaciones en el respectivo plan de salud, la que podrá ser: atención cerrada, con prestadores preferentes o de libre elección.

El sistema de salud incluye un régimen general de garantías que contiene las garantías explícitas en salud (GES), que es un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud cuyas prestaciones asociadas se encuentran aseguradas en lo relativo a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad ⁴⁴, obligatorio tanto para el sistema estatal como para el

42 Para una visión general de las políticas públicas de seguridad en Chile, véase Osvaldo Larrañaga y Dante Contreras, *Las nuevas políticas de protección social en Chile* (Santiago: Uqbar Editores, 2015).

43 FONASA establece dos modalidades de atención: “institucional” y “libre elección”. En la modalidad institucional, las prestaciones son otorgadas por los establecimientos asistenciales y los profesionales de los servicios de salud, o bien, por aquellas entidades privadas que han celebrado un convenio con FONASA para atender a los beneficiarios del sector público. En la modalidad de libre elección, los afiliados y sus beneficiarios gozan de libertad para elegir al profesional o al establecimiento e institución asistencial que, conforme a dicha modalidad, otorgue la prestación requerida. La bonificación a la atención médica es mayor en la modalidad institucional que en la de libre elección.

44 Las garantías explícitas operan en el acceso (se asegura el otorgamiento de las prestaciones garantizadas a los beneficiarios, en la forma y las condiciones que define el decreto en la red asistencial de FONASA o la red de prestadores de las ISAPRE); en la calidad (se asegura el otorgamiento de las prestaciones garantizadas por





privado. Se trata de que todos los protegidos que tengan un problema de salud contemplado en el decreto de garantías explícitas (dictado por el Ministerio de Salud y el Ministerio de Hacienda) cuenten con acceso a las prestaciones sanitarias que contiene el plan de Acceso Universal de Garantías Explícitas (AUGE). En línea con las garantías explícitas de salud, la Ley N° 20.850 de 2015 creó un sistema de protección financiera para el otorgamiento de diagnósticos y tratamientos de alto costo declarados como tales por el Ministerio de Salud, cuya cobertura es universal y cualquiera sea el régimen al que se encuentre afiliado el beneficiario (público o privado).

4.2 Prestaciones monetarias por enfermedad

El sistema de seguros de salud prevé el otorgamiento de un subsidio por incapacidad laboral temporal a los trabajadores afiliados que sean cotizantes al sistema de salud previsional, dependientes o independientes, que hagan uso de licencia médica y que cumplan requisitos mínimos de afiliación y cotización. En el caso de los trabajadores dependientes, la regulación está contemplada en el decreto con fuerza de ley N° 4, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y respecto de los trabajadores independientes, en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

El monto de esta prestación, que viene a constituirse en la renta sustitutiva por la falta de ingresos durante el reposo médico, se vincula con la remuneración imponible y corresponderá al promedio de los últimos tres meses (trabajadores dependientes) o de las remuneraciones imponibles y subsidios de los últimos seis meses (trabajadores independientes).

4.3 Prestaciones de desempleo

La Ley N° 19.728 de 2001 creó un seguro de cesantía a favor de los trabajadores cuyo sistema combina cuentas individuales financiadas con cotizaciones obligatorias de empleadores y trabajadores, y un fondo solidario costado con una fracción de la cotización total a cargo del empleador y un aporte estatal. El seguro protege a los trabajadores que dejan de laborar por cualquier motivo (cesante) y no a quien se encuentra sin trabajo (desempleado).

Las cotizaciones depositadas en la cuenta individual son propiedad del trabajador y podrá recibir prestaciones económicas con cargo a ella (cualquiera sea la causa de término del contrato y mientras permanezca cesante), que consistirán hasta en siete giros mensuales decrecientes⁴⁵. Si el trabajador se jubila, podrá retirar todos los fondos acumulados en la cuenta individual de un solo giro, y si el afiliado fallece, los recursos acumulados serán pagados a la persona que haya indicado el trabajador.

El trabajador también podrá recibir prestaciones económicas con cargo al fondo solidario si su contrato temporal termina, el empleador es sometido a un proceso concursal, o bien es despedido por caso fortuito, necesidades de la empresa o desahucio. Esto siempre y cuando los recursos ahorrados en su cuenta individual sean insuficientes para obtener una prestación por los periodos, porcentajes y montos que establece la ley⁴⁶.

un prestador registrado o acreditado); en la oportunidad (se establece un plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas), y en la cobertura financiera (se asegura que la contribución que deberá efectuar el afiliado será del 20 por ciento del valor determinado en un arancel de referencia).

45 El primer giro es equivalente al 70 por ciento del promedio de las últimas 6 o 12 remuneraciones mensuales, según si es contrato temporal o indefinido. Desde el segundo pago, los montos van decreciendo en un 55 por ciento, 45 por ciento, 40 por ciento, 35 por ciento y 30 por ciento hasta agotar el saldo de la cuenta.

46 Se pueden exigir hasta cinco prestaciones con cargo al fondo solidario: son valores decrecientes y con topes fijados por ley: el primero es un 70 por ciento del promedio de las últimas remuneraciones, y del segundo al quinto, el 55 por ciento.

El régimen de seguro de cesantía es gestionado por una sociedad anónima de giro único, cuyo objeto exclusivo será administrar los fondos de cesantía y otorgar los beneficios y las prestaciones del sistema, y que se licita cada cinco años.

4.4 Prestaciones de vejez

El régimen previsional chileno se encuentra regulado por ley (el Decreto Ley N° 3.500 de 1981 y la Ley N° 20.255 de 2008) y contempla dos sistemas: a) uno contributivo financiado con el ahorro obligatorio de los trabajadores dependientes (incluye a los funcionarios públicos, salvo el personal de las Fuerzas Armadas, orden y seguridad que mantuvieron el régimen de reparto en 1981 ⁴⁷) y los trabajadores independientes del sector formal de la economía (a contar de 2019), en cuentas individuales de capitalización privada administradas por empresas con fines de lucro, y b) uno solidario no contributivo que otorga una pensión básica con *test de ingresos* ⁴⁸ (a contar de 2008) financiada íntegramente con fondos públicos para hombres y mujeres mayores de 65 años y con un periodo de residencia mínimo de veinte años en el país. El Estado también efectúa un aporte previsional solidario como un suplemento en dinero en beneficio de aquellas personas que han cotizado en algún régimen previsional (capitalización individual o reparto) y su pensión es inferior a un monto de pensión definida legalmente ⁴⁹, a condición de que cumplan los requisitos de edad, focalización y residencia propios de la pensión básica.

Los cotizantes de planes de contribución definida podrán ahorrar voluntariamente bajo distintas modalidades (cuenta de ahorro en la misma administradora, ahorro previsional voluntario individual y colectivo, y depósito convenido) y en una pluralidad de entidades (administradora de fondos mutuos, compañías de seguros y bancos). Este ahorro voluntario cuenta con incentivos tributarios y su finalidad es permitirle al afiliado anticipar o incrementar su pensión de vejez.

El régimen contributivo se financia con una cotización obligatoria del 10 por ciento de la remuneración o renta mensual de los trabajadores dependientes o independientes, respectivamente, más una comisión para la empresa que administra la cuenta individual, recauda las cotizaciones y gestiona el fondo de pensiones ⁵⁰.

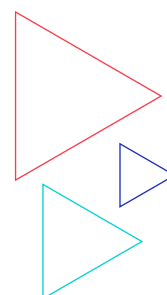
Los trabajadores que se jubilan en el régimen de contribución definida pueden solicitar su pensión (a los 60 años las mujeres y a los 65 años los hombres) como una renta vitalicia indexada (según la inflación) adquirida a una compañía de seguros, consumir el capital acumulado

47 En 1981 se introdujo el régimen de contribución definida y capitalización individual, en reemplazo del sistema de seguro social y reparto existente en la época. Al personal de las Fuerzas Armadas, orden y seguridad se les conservó su régimen de reparto y no le fue aplicable el régimen de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Del mismo modo, los trabajadores y funcionarios que no se cambiaron al régimen de capitalización individual hasta el 31 de diciembre de 1982 (a contar del 1.º de enero de 1983 fue obligatoria la afiliación al régimen de las AFP para los nuevos trabajadores y funcionarios, y se impidió a los antiguos retractarse del cambio y volver a la caja de previsión), ni tampoco en el futuro, han mantenido su afiliación al seguro social. El régimen previsional de reparto subsistirá para estos trabajadores y funcionarios hasta que el último de ellos se jubile. El sistema lo administra el Estado a través del Instituto de Previsión Social, es financiado por el propio afiliado y con recursos fiscales, y otorga pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, y una asignación de muerte para los gastos fúnebres del pensionado. Al respecto, véase Nicholas Barr y Peter Diamond, *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones* (Madrid: El Hombre del Tres, 2012), 275-287.

48 La pensión básica solidaria beneficia al 60 por ciento más pobre de la población, según ingresos efectivos e índice de necesidades del grupo familiar. A enero de 2021, gozaban de esta pensión 1 686 081 personas (1 033 433 mujeres y 652 648 hombres). El monto de la pensión básica solidaria es equivalente a 225 dólares de los Estados Unidos. El tipo de cambio está calculado según el promedio entre los meses de enero y septiembre de 2021: 730 pesos argentinos por 1 dólar de los Estados Unidos. Todos los valores en dólares están calculados con el mismo tipo de cambio.

49 En concreto, el aporte previsional solidario consiste en que el Estado entrega el monto de dinero faltante para alcanzar el monto de la PMAS (pensión máxima con aporte solidario), cuyo monto es de 640 pesos argentinos, en caso de pensiones inferiores a esa cifra.

50 La comisión es fijada por cada administradora y corresponde a un porcentaje de la remuneración imponible del trabajador. A septiembre de 2021, las comisiones de los siete administradores existentes fluctuaban entre el 0,69 por ciento y el 1,45 por ciento.





mediante un retiro programado, o bien una combinación de ambas. El Estado garantiza una pensión mínima al que se le agotan los fondos si opta por el retiro programado, o bien a quien ha cotizado, por lo menos, veinte años en el sistema de capitalización individual. Es posible anticipar la jubilación hasta en diez años si se tiene el capital suficiente acumulado en la respectiva cuenta individual.

Es importante destacar que la reforma previsional de 2008 incorporó un beneficio previsional incondicional (sin importar estatus social, laboral o económico) para todas las mujeres con hijos. Se trata de un bono por hijo nacido vivo o adoptado que aumenta el capital ahorrado en la cuenta individual de las mujeres afiliadas al régimen de capitalización individual, o bien incrementa la jubilación de las beneficiarias de una pensión básica solidaria y de aquellas que reciben una pensión de sobrevivencia cualquiera sea su origen ⁵¹.

4.5 Prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

La Ley N° 16.744 de 1968 regula el seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. La legislación chilena se caracteriza por establecer un sistema dual en el que coexisten dos regímenes diferenciados: uno de seguro social y otro de responsabilidad civil (Barros 2006, 700). El seguro obligatorio les otorga al trabajador y a su familia cobertura ante los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y es financiado por el empleador ⁵². Consta de dos cotizaciones: una básica general del 0,90 por ciento de las remuneraciones imponibles de los trabajadores y una adicional diferenciada, que tiene la misma base de cálculo que la anterior y cuya tasa oscila entre el 0 por ciento y el 3,4 por ciento, que se puede recargar o rebajar hasta en un 100 por ciento según la tasa de riesgo efectivo de cada empresa. El régimen de responsabilidad civil consagra dos acciones: una concedida a la entidad aseguradora que ha pagado las prestaciones legales en contra del responsable del siniestro debido a su dolo o culpa y una segunda que permite a la víctima del daño reclamar judicialmente las indemnizaciones correspondientes (incluido el daño moral) en contra del empleador y/o los terceros responsables del accidente del trabajo o la enfermedad profesional (Lizama y Lizama 2021, 254-259).

La administración del seguro puede ser pública o privada. Será pública cuando sea administrada por el Instituto de Seguridad Laboral y privada cuando lo sea por personas jurídicas sin fines de lucro denominadas mutualidades de empleadores. Por defecto, los empleadores se entienden afiliados al órgano administrador público. Para que las mutualidades administren el seguro social será necesario que el empleador se adhiera a alguna de ellas.

El fondo constituido por la totalidad de estos ingresos constituye un patrimonio de afectación que tiene como único objetivo solventar las prestaciones que garantiza la ley. Asimismo, y para prevenir desvíos de recursos, la ley regula los gastos de gestión en que los órganos administradores pueden incurrir con cargo al fondo.

⁵¹ El monto del bono asciende al 10 por ciento de 18 ingresos mínimos mensuales, incrementado por una tasa equivalente a la rentabilidad nominal anual promedio de los fondos tipo C. En la actualidad, el valor del bono asciende a 768 dólares de los Estados Unidos, que se incrementará anualmente desde el nacimiento o la adopción del hijo hasta que la mujer se jubile por vejez. Las AFP administran cinco fondos, donde el A es el de mayor riesgo y el E el más conservador. El C es una combinación de inversiones en instrumentos de renta fija y variable. La rentabilidad promedio del fondo tipo C en los últimos tres años al mes de octubre de 2021 fue del 4,15 por ciento.

⁵² A partir del mes de abril de 2019, los trabajadores independientes también deben efectuar estas cotizaciones para financiar el seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Las cotizaciones son a cargo del trabajador independiente y se calculan sobre su renta imponible.

Las prestaciones del seguro son a) médicas: aquellas que se otorgan gratuitamente hasta la curación completa del accidentado o enfermo, o bien mientras subsistan los síntomas de las secuelas causadas por la enfermedad o el accidente, y b) económicas: aquellas que tienen por objeto reemplazar las rentas de actividad del accidentado o enfermo profesional. Las económicas comprenden: los subsidios que se otorgan en caso de que el siniestro produzca una incapacidad temporal para trabajar; las prestaciones por invalidez que se otorgan al trabajador por existir una pérdida de su capacidad de ganancia ⁵³, y las prestaciones por supervivencia que se otorgan en caso de fallecimiento del dependiente accidentado en el trabajo, enfermo profesional o inválido como consecuencia de estas contingencias.

4.6 Prestaciones familiares

Este régimen está conformado por un conjunto de prestaciones destinadas a favorecer el desarrollo de la familia, las que pueden ser otorgadas en forma permanente para el sostenimiento de las personas a cargo del jefe de hogar, o temporalmente, para atender contingencias especiales que afecten al grupo familiar (Arellano 2015, 251-252).

Las prestaciones permanentes son la asignación familiar y la asignación maternal, ambas reguladas en el decreto con fuerza de ley N° 150, de 1982, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Se trata de prestaciones no contributivas que se pagan por cada carga reconocida legalmente a los trabajadores y pensionados a condición de que tengan cierto nivel de ingresos determinados por la ley ⁵⁴. El financiamiento es de carácter público y se efectúa con cargo a un fondo administrado por la Superintendencia de Seguridad Social. La prestación es pagada por el empleador, quien compensa el monto pagado en el proceso de pago de las cotizaciones previsionales. Al jubilado se le paga juntamente con su pensión. Ambas asignaciones son administradas por el Instituto de Previsión Social (IPS), las Cajas de Compensación de Asignaciones Familiares (CCAF), las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y las compañías de seguros.

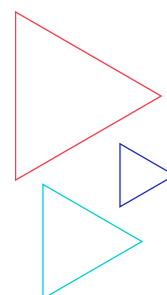
Las prestaciones temporales permiten: a) a los padres, ausentarse de su trabajo para cuidar a sus hijos menores afectados por una condición grave de salud ⁵⁵ con derecho a un subsidio financiado por un seguro obligatorio a cargo de los empleadores y cuyo fondo es gestionado por una entidad administradora privada licitada por el Estado ⁵⁶ (Ley N° 21.063 de 2017); b) a la madre trabajadora, atender en el hogar al hijo menor de un año que sufra una enfermedad

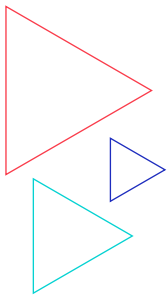
53 Las prestaciones por invalidez dependerán del porcentaje de pérdida de ganancia del trabajador y se distingue entre: invalidez total, invalidez parcial y gran invalidez. Se producirá un caso de *invalidez parcial* cuando la disminución de la capacidad de ganancia del trabajador sea igual o superior a un 15 por ciento e inferior a un 70 por ciento. Cuando la pérdida de ganancia es igual o superior a un 15 por ciento e inferior a un 40 por ciento, el trabajador tendrá derecho a una indemnización global por un monto equivalente como mínimo a 1,5 sueldos base y como máximo a 15 sueldos base, conforme el grado de invalidez fijado. En caso de que la pérdida de ganancia sea igual o superior a un 40 por ciento e inferior a un 70 por ciento, el trabajador tendrá derecho a una pensión por invalidez parcial por un monto equivalente al 35 por ciento de su sueldo base. La *invalidez total* se producirá cuando hay una disminución de capacidad de ganancia del trabajador igual o superior a un 70 por ciento, en cuyo caso el dependiente tendrá derecho a una pensión por invalidez total equivalente al 70 por ciento de su sueldo base. La *gran invalidez* es aquella en que el trabajador requiere el auxilio de otras personas para realizar los actos elementales de su vida. En tal caso, la ley le otorga al trabajador un suplemento de pensión equivalente al 30 por ciento de su sueldo base.

54 El monto de las asignaciones familiares depende de la remuneración o renta del beneficiario. Se paga mensualmente por cada carga familiar la suma de 13,5 dólares de los Estados Unidos si el ingreso es inferior a 469 dólares de los Estados Unidos. No hay derecho a la prestación si el beneficiario recibe ingresos superiores a 1 068 dólares de los Estados Unidos.

55 Es una condición grave de salud de los hijos mayores de 1 año y menores de 18: el cáncer, el trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos, y la fase o estado terminal de la vida. En el caso de hijos mayores de 1 año y menores de 15: el accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente

56 Estas atribuciones las están cumpliendo en forma transitoria las entidades recaudadoras de las cotizaciones de esta ley: el Instituto de Seguridad Laboral y las mutualidades.





grave con goce de permiso y subsidio por incapacidad laboral (art. 199 del Código del Trabajo); y c) al padre y a la madre, cuidar a sus hijos menores afectados por un accidente o enfermedad graves con un permiso a cargo del empleador (art. 199 bis del Código del Trabajo). Las Cajas de Compensación también otorgan otros beneficios pecuniarios de carácter voluntario a favor del grupo familiar (becas de estudio, asignaciones por nacimiento, matrimonio y fallecimiento), y otras prestaciones adicionales y complementarias (crédito social, centros de vacaciones, turismo familiar, convenios de salud, cursos de capacitación, entre otros).

4.7 Prestaciones de maternidad

En la legislación nacional, las normas de protección de maternidad se contemplan en el Código del Trabajo (artículos 194 al 208), aunque son de aplicación general. En lo que atañe a la seguridad social, el sistema le otorga a la madre determinados permisos y descansos que podrá gozar junto con una prestación económica no contributiva (subsidio) financiada por el Estado (decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud).

Durante la maternidad y el puerperio, la mujer goza de un descanso de 6 semanas antes del parto y 12 semanas después de él. Este descanso se puede ampliar si durante el embarazo se produce una enfermedad como consecuencia de este; si el parto se produce después de las 6 semanas siguientes a la fecha en que la trabajadora hubiere comenzado el descanso de maternidad; y si, como consecuencia del alumbramiento, se produce enfermedad que le impide regresar al trabajo por un plazo superior al del descanso posnatal. La mujer que goza del descanso maternal y puerperal tiene derecho al pago de un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba.

Durante el pospuerperio, la trabajadora goza de un descanso posnatal parental de 12 semanas a continuación del periodo posnatal y de 18 semanas si se reincorpora a sus labores al término del descanso puerperal trabajando la mitad de su jornada laboral. Durante el descanso de 12 semanas, recibirá un subsidio cuya base de cálculo será igual al del descanso maternal y puerperal, y, en el caso del descanso de 18 semanas, el subsidio será equivalente al 50 por ciento del subsidio indicado y la remuneración será igual al 50 por ciento de los estipendios fijos y las demás remuneraciones variables a que tuviere derecho ⁵⁷.

En caso de que la mujer muera en el parto o durante el descanso puerperal o posnatal parental, su permiso de maternidad o lo que reste de él le corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, siempre y cuando sea destinado al cuidado del hijo. El trabajador beneficiado gozará del fuero maternal y tendrá derecho al subsidio de maternidad.

Las trabajadoras independientes tienen derecho a los subsidios por maternidad si cumplen los siguientes requisitos: a) haberse afiliado en los 12 meses anteriores al sistema, b) haber cotizado durante 6 meses, continuos o discontinuos, en los 12 meses anteriores al inicio de la licencia, y c) haber pagado su cotización previsional correspondiente al mes anterior al inicio de la licencia maternal.

4.8 Prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivencia

En el régimen de capitalización individual, las pensiones de invalidez y sobrevivencia son financiadas con una cotización adicional que deben efectuar los empleadores en el caso de los trabajadores dependientes, y los propios trabajadores independientes para sí. Esta cotización permite financiar un seguro de invalidez y sobrevivencia que todas las empresas que administran

⁵⁷ La legislación permite que cualquiera de los padres, si ambos son trabajadores, a elección de la madre, pueda gozar del permiso posnatal parental, a partir de la séptima semana de este, por el número de semanas que indique la madre. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el periodo final del permiso y darán derecho al subsidio calculado con base en sus remuneraciones.

los planes de contribución definida deben contratar con una compañía de seguros en beneficio de todos los afiliados. El Estado debe efectuar la licitación de la aseguradora cada dos años.

La pensión de invalidez (pérdida de la capacidad de trabajo por un accidente o enfermedad comunes) equivale a un 70 por ciento en caso de invalidez total (2/3 o más) y 50 por ciento si es parcial (50 por ciento o más e inferior a 2/3), en ambos casos, calculada respecto de la pensión de referencia fijada por ley ⁵⁸.

La pensión básica solidaria por invalidez es la prestación financiada por el Estado a la que pueden acceder las personas declaradas inválidas que no tengan derecho a pensión en algún otro régimen previsional, y que reúnan los requisitos de edad, focalización y residencia que establece la ley. El monto de la pensión solidaria por invalidez (sea total o parcial) es idéntico al de la pensión solidaria por vejez. El Estado también complementa la pensión de invalidez a los afiliados que contribuyeron al régimen de capitalización individual o al sistema de reparto. Este complemento, denominado “aporte previsional solidario”, beneficia al 60 por ciento más vulnerable de la población.

La pensión de sobrevivencia se establece a favor de los integrantes del grupo familiar del afiliado (cotizante o pensionado) en caso de que este fallezca. La pensión de sobrevivencia corresponderá a un porcentaje de la pensión de referencia del causante según los integrantes de su grupo familiar: él o la cónyuge sobreviviente (60 por ciento y 50 por ciento si los hijos comunes tienen derecho a pensión), el padre o la madre de los hijos de filiación no matrimonial (36 por ciento), los hijos matrimoniales y no matrimoniales (15 por ciento), y, en algunos casos, los ascendientes (50 por ciento). Si el afiliado no tiene beneficiarios legales, los fondos acumulados en la cuenta individual acrecen la masa hereditaria.

5. El derecho a la seguridad social en el contexto de la crisis de la COVID-19

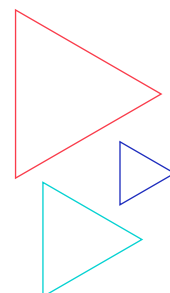
La crisis social y económica producida por efecto de la COVID-19 –junto con el conflicto político que ha aquejado al país desde octubre de 2019– ha obligado al Estado a repensar el sistema de seguridad social. Esto se debió a que este no protegía a la población (o lo hacía de un modo insuficiente) ante la pérdida del empleo o la reducción de los ingresos a causa de los prolongados confinamientos que la autoridad dispuso para evitar la propagación de los contagios.

El Gobierno, además, debió poner en marcha una red de salud (pública y privada) para brindar atención preventiva (medidas protectoras para evitar infecciones, habilitación de residencias sanitarias e implementación de un plan nacional de vacunación) y curativa (hospitalización en clínicas y hospitales) en beneficio de todas las personas ⁵⁹.

Para proteger económicamente a las personas, la política pública del Gobierno tuvo un doble eje: a) efectuar transferencias directas a las personas afectadas por la pandemia, y b) redestinar los recursos acumulados (individual y colectivamente) en el seguro de cesantía para financiar prestaciones en dinero a los trabajadores cuyos contratos fueron suspendidos (y no terminados) durante la emergencia sanitaria (Lizama 2020, 53-57). En esta misma línea, el Congreso –contra el parecer del Gobierno y sin tener iniciativa para proponer proyectos de leyes en asuntos de seguridad social– impulsó reformas constitucionales sucesivas para que los afiliados al sistema

58 La pensión de referencia corresponderá al 70 por ciento o al 50 por ciento del ingreso base del afiliado. La diferencia del capital requerido para financiar la pensión deberá ser enterada por la compañía a la que se le contrató el seguro de invalidez y sobrevivencia.

59 El sistema de salud soportó la presión de la pandemia. En Chile, la mayoría de la población está afiliada al régimen público (según el Ministerio de Salud Pública, el 75 por ciento en 2014) y el gasto público en salud se ha incrementado en el país de modo creciente: en 2016 el gasto público en salud (4,3 por ciento) fue más que el privado (4,2 por ciento), medido respecto del porcentaje del PIB (8,5 por ciento en total).





de capitalización individual pudieran efectuar retiros en dinero desde los fondos previsionales acumulados en sus respectivas cuentas ⁶⁰.

5.1 Las transferencias directas

La principal transferencia directa que se efectuó a los hogares durante la pandemia consistió en el pago de una ayuda económica mensual denominada Ingreso Familiar de Emergencia (IFE). Su objetivo fue fortalecer la red de protección social existente en el país y al que se le efectuaron constantes mejoras: en su origen fue un aporte focalizado de hasta 89 dólares de los Estados Unidos por tres meses, que luego derivó progresivamente en un beneficio con montos que superaban la línea de la pobreza. Se mantuvo mientras hubo restricciones sanitarias y llegó a tener carácter “casi” universal. Por lo mismo, el IFE tuvo varias versiones.

El primer IFE se pagó entre los meses de mayo y octubre de 2020, y estuvo focalizado en apoyar a las familias que dependían de ingresos mayoritariamente informales, o bien de recursos formales, aunque menores a la suma de 89 dólares de los Estados Unidos (Ley N° 21.230). Con el avance de la pandemia, se aumentaron progresivamente la cobertura, los montos entregados a las familias y la cantidad de aportes ⁶¹.

El segundo IFE se fijó en la Ley de Presupuestos de 2021 (Ley N° 21.289) y permitió el pago, entre los meses de enero y marzo de 2021, de ayudas económicas a las familias favorecidas por el sexto aporte del primer IFE (IFE más Bono Covid), y en diciembre de 2020 un Bono Covid Navidad. En este caso, el gasto fue focalizado en aquellas familias que vivían en las comunas más afectadas por las restricciones sanitarias ⁶².

El tercero, denominado IFE Ampliado (Decreto N° 120, del Ministerio de Hacienda, de 2021), se pagó en abril y mayo de 2021, y volvió a mejorar los montos entregados y aumentar la cobertura del beneficio. Se pagó, por primera vez, sin considerar si los beneficiarios superaban o no un umbral de ingresos, ni la situación sanitaria en que hubiera estado su comuna ⁶³.

El cuarto se denominó IFE Universal (Ley N° 21.352) porque amplió su cobertura al 100 por ciento de las familias del Registro Social de Hogares ⁶⁴ (equivalente a más de 7 millones de hogares y 15 millones de personas). El IFE Universal, además, aumentó el monto recibido por las familias: un hogar unipersonal recibió 242 dólares de los Estados Unidos (equivalente al umbral de la pobreza) y una familia de cuatro integrantes percibió 685 dólares de los Estados Unidos (superando la línea de la pobreza). Esta ayuda fue adicional a los ingresos (formales o informales) que pudieran tener los hogares y se pagó por el monto total durante los meses de junio, julio y agosto, y la mitad en septiembre de 2021. La ley facultó al Gobierno a prorrogar este beneficio si los efectos económicos y sanitarios de la pandemia subsistían, y así lo hizo, prorrogando su

⁶⁰ El primer retiro rigió desde el 30 de julio de 2020, día en que se publicó la Ley N° 21.248, el segundo comenzó a regir el 10 de diciembre de 2020 (Ley N° 21.295) y el tercero, desde el 28 de abril de 2021 (Ley N° 21.330). A contar de las fechas indicadas, hay un plazo de un año para solicitar cada retiro.

⁶¹ El primer aporte lo recibieron 1,3 millones de hogares y el sexto fue pagado a más de 8,2 millones de personas y 3,3 millones de hogares. Fuente: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, *Informe Ingreso Familiar de Emergencia*, junio de 2021.

⁶² En el mes de marzo de 2021, fueron beneficiados 2,5 millones de hogares y 6,5 millones de personas. Fuente: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, *Informe Ingreso Familiar de Emergencia*, junio de 2021.

⁶³ En abril de 2021, 5,3 millones de hogares y 12,1 millones de personas recibieron un aporte de hasta 137 dólares de los Estados Unidos por cada integrante del hogar.

⁶⁴ El Registro Social de Hogares del Ministerio de Desarrollo Social y Familia es un sistema de información que apoya los procesos de selección de beneficiarios de los subsidios y programas sociales. La información del registro es entregada por los propios hogares y por las bases de datos que tiene el Estado. Esta información permite efectuar una caracterización socioeconómica de los hogares (según nivel de ingresos), que se ordenan en siete tramos.

vigencia por los meses de octubre y noviembre de 2021⁶⁵. El pago del IFE Universal se efectuó en forma automática a quienes eran beneficiarios de pensiones solidarias no contributivas, subsidios del ingreso mínimo garantizado y asignaciones familiares o maternales.

El quinto fue el IFE Laboral, un subsidio que el Estado paga directamente a los trabajadores contratados a contar desde el 1.º de agosto de 2021 y que reemplazó al Subsidio al Nuevo Empleo. El IFE Laboral se pagará por el lapso de cinco meses y es compatible con el IFE Universal⁶⁶. Para las mujeres, que fueron las más afectadas por las pérdidas de empleo, el monto de este subsidio al trabajo pagará un 60 por ciento de su remuneración, con un tope mensual de 342 dólares de los Estados Unidos. En el caso de los hombres, este subsidio será del 50 por ciento de la remuneración, con un tope de 274 dólares de los Estados Unidos mensuales.

Las otras transferencias directas que realizó el Estado con ocasión de la crisis económica y social que afectó al país fueron las siguientes: a) el Bono Clase Media: ayuda económica de hasta 685 dólares de los Estados Unidos no reembolsables, que se pagó por única vez, en los años 2020 y 2021, a los trabajadores dependientes e independientes (entre 18 y 65 años) que tuvieron una disminución de un porcentaje mínimo de sus ingresos como consecuencia de la emergencia sanitaria (el 30 por ciento el 2020 respecto de 2019, Ley N° 21.252, y el 20 por ciento el 2021 respecto del 2020, Ley N° 21.323); y b) el Ingreso Mínimo Garantizado (Leyes N° 21.218 y N° 21.360), un subsidio estatal directo a los trabajadores por el periodo en que sus remuneraciones no alcanzaran un monto establecido en la ley (la ley que regula el subsidio regirá hasta el 31 de diciembre de 2023)⁶⁷.

Esta nueva política pública de transferencias directas a las personas se vio impulsada por la crisis política que derivó en un estallido social a partir de octubre de 2019, y luego por la crisis económica producida por la pandemia de la COVID-19, como única manera de abordar eficazmente ambos desafíos. Esta nueva política pública ha revertido la tendencia de los últimos cuarenta años por focalizar el gasto social en la población más vulnerable y no otorgar beneficios con carácter universal. Este cambio radical ha generado un cierto consenso entre todos los actores políticos por incorporar una pensión básica universal al régimen previsional⁶⁸, y ha abierto un debate acerca de la pertinencia de avanzar también hacia una renta básica universal⁶⁹.

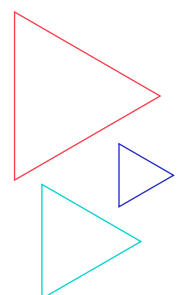
65 El IFE Universal se pagó en el mes de junio de 2021 a más de 6,8 millones de hogares y a más de 14,5 millones de personas. El costo mensual estimado del IFE Universal es de 3 000 millones de dólares de los Estados Unidos.

66 Durante 2021 el Gobierno también otorgó subsidios a las empresas para incentivar la contratación de trabajadores (línea Contrata) y la vuelta al trabajo de los dependientes que suspendieron sus contratos y recibieron prestaciones con cargo al seguro de cesantía (línea Regresa). Los montos de los subsidios en la línea Regresa: hombres entre 24 y 55 años: 219 dólares de los Estados Unidos mensuales; mujeres, jóvenes entre 18 y 24 años, hombres mayores de 55 años, personas con discapacidad y pensionados por invalidez: 274 dólares de los Estados Unidos mensuales. En la línea Contrata: hombres entre 24 y 55 años: 50 por ciento de la remuneración bruta mensual, con un tope de 342 dólares de los Estados Unidos, y mujeres, jóvenes entre 18 y 24 años, hombres mayores de 55 años, personas con discapacidad y pensionados por invalidez: 65 por ciento de la remuneración bruta mensual, con un tope de 397 dólares de los Estados Unidos.

67 En otros países de América se han implementado políticas públicas similares al ingreso mínimo garantizado. El caso más parecido es el *earned income tax credit* o crédito tributario fiscal en los Estados Unidos. El *earned income tax* funciona, al igual que el ingreso mínimo garantizado, como un subsidio al trabajo para aquellas personas que cumplen determinadas condiciones contempladas en la ley estadounidense. En concreto, es un subsidio al ingreso que se otorga a aquellos trabajadores con hijos y pocos ingresos monetarios. Al respecto, véase, Diego Lizama, "Comentario sobre la Ley N° 21.218 que establece el Ingreso Mínimo Garantizado", en *Anuario Laboral 2019* (Santiago: Lizama Abogados, 2020), 25-41.

68 El proyecto de ley corta sobre pensiones del Gobierno ingresado con discusión inmediata al Congreso Nacional en septiembre de 2021 propone ampliar la cobertura de las pensiones solidarias hasta el 80 por ciento más vulnerable de la población y elevar su monto al equivalente de la línea de la pobreza.

69 Sobre renta básica universal, véase Philip Alston, "Universal Basic Income as a Social Rights-Based Antidote to Growing Economy Insecurity", en Katharine Young, ed., *The Future of Economics and Social Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 377-403.





5.2 La reformulación del seguro de cesantía y el retiro de los fondos previsionales

La Ley de Protección al Empleo (Leyes N° 21.227, N° 21.232 y N° 21.263, y el Decreto N° 2097, de 2020, del Ministerio de Hacienda) prescribió que si una autoridad competente decretaba medidas sanitarias o de seguridad interior para el control de la COVID-19 (aislamiento o cuarentena; suspensión, cierre o prohibición de actividades o fijación de cordones sanitarios) y ello impedía totalmente la prestación de los servicios de los trabajadores, el contrato de trabajo quedaba suspendido de pleno derecho durante el tiempo previsto por la autoridad.

Las partes quedaban exoneradas de cumplir sus obligaciones principales, aunque el empleador debía pagar todas las cotizaciones previsionales, y el trabajador con un número mínimo de cotizaciones en el seguro de cesantía tenía derecho a cobrar prestaciones en su cuenta individual y, en caso de tener recursos insuficientes para ello, podía efectuar los giros con cargo al fondo solidario⁷⁰. La ley también permitió a los empleadores cuya actividad se afectaba total o parcialmente por efecto de la crisis sanitaria pactar la suspensión temporal del contrato con sus trabajadores, con idénticos efectos a la suspensión por acto de autoridad. En ambos casos, el trabajador pudo efectuar un máximo de 12 giros con cargo al fondo solidario⁷¹. Finalmente, también se permitió retirar la totalidad de los recursos disponibles en la cuenta individual si el afiliado continuaba desempleado.

La ley permitió a las empresas con dificultades financieras, o que debían mantener su actividad durante la pandemia, pactar la reducción de la jornada hasta en un 50 por ciento, con la respectiva rebaja proporcional del salario del trabajador y goce de un ingreso complementario pagado con cargo al seguro de cesantía.

Esta política pública fue posible por dos razones: a) el seguro de cesantía tiene un régimen mixto: cuentas individuales y un fondo solidario, y b) los recursos financieros acumulados a diciembre de 2019 (antes del inicio de la pandemia) eran cuantiosos y fácilmente liquidables: 12 670 millones de dólares de los Estados Unidos (65 por ciento en cuentas y 35 por ciento en el fondo)⁷². De este modo, al Gobierno le bastó con aprobar la ley que redestinó los fondos disponibles (de paliar los efectos de la pérdida del empleo a mitigar temporalmente los efectos de la suspensión del trabajo) y agregar hasta la suma de 2 000 millones de dólares de los Estados Unidos al fondo solidario para implementarla⁷³.

En la discusión pública por los instrumentos que se debían utilizar para hacer frente a la crisis económica producida por la pandemia, la oposición propuso facultar a los afiliados a efectuar un retiro excepcional del 10 por ciento de los ahorros previsionales depositados en sus cuentas de capitalización individual⁷⁴. El Gobierno no estuvo de acuerdo con la propuesta, arguyendo que los recursos acumulados tenían como único fin el financiamiento de las pensiones de vejez y que una disminución de los fondos individuales ahorrados incidiría negativamente

70 Las prestaciones con cargo al fondo solidario son corregidas al alza: se establece un valor inferior a 308 dólares de los Estados Unidos por los tres primeros meses de goce del beneficio.

71 Los beneficios establecidos por la ley estuvieron vigentes entre el 18 de marzo de 2020 y el 6 de marzo de 2021. El Estado suplementó con recursos fiscales el fondo solidario para pagar estas prestaciones.

72 Superintendencia de Pensiones. *Informe Anual del Seguro de Cesantía 2019*, junio de 2020.

73 La ley prohibió a los empleadores despedir a sus trabajadores por la causal de caso fortuito o fuerza mayor invocando, como motivo, los efectos de la pandemia de la COVID-19, mientras estuviese decretado el estado de catástrofe.

74 En una nota informativa del mes de julio de 2020, la Oficina de la OIT para el Cono Sur expresó su conformidad con la idea de retirar excepcionalmente el 10 por ciento de los fondos acumulados en las cuentas individuales para paliar la caída de los ingresos de las personas por la emergencia sanitaria. Los principales argumentos fueron ir en ayuda de los hogares de ingresos medios que no estaban cubiertos por las políticas focalizadas de mitigación adoptadas por el Gobierno y asegurar los equilibrios macroeconómicos amenazados por la crisis económica. Al respecto, véase https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/notas-informativas-cono-sur/WCMS_751253/lang-es/index.htm.

en el monto de las futuras pensiones, y, por ello, no remitió proyecto de ley alguno en este sentido al Congreso Nacional. En el ordenamiento jurídico chileno, el presidente de la República tiene iniciativa legislativa exclusiva en materia de seguridad social, así que, para sortear este obstáculo, varios parlamentarios propusieron reformar la Constitución para agregar una disposición transitoria que autorizase los retiros previsionales y evitar, de ese modo, el control del Tribunal Constitucional.

En total fueron aprobados tres retiros del 10 por ciento del capital acumulado con montos máximos y mínimos entre los meses de julio de 2020 y abril de 2021. Al mes de septiembre de 2021, la suma total retirada por los afiliados al régimen de contribución definida fue de 49 947 millones de dólares de los Estados Unidos ⁷⁵. La afectación al ahorro previsional es inconmensurable y obliga a repensar el régimen de pensiones de capitalización individual. Este último ha sumado detractores a través del tiempo, en particular, la crítica es que la administración del régimen esté a cargo de empresas con fines de lucro (Rivadeneira 2018, 195-205) y que no haya solidaridad entre los afiliados como ocurre en los sistemas de reparto (Munilla 2020, 190-191). Sin perjuicio de ello, la posibilidad de retirar los fondos ahorrados (e invertidos en instrumentos de renta fija y variable) en forma fácil y rápida también reforzó la idea en la población de que cada persona es dueña de su ahorro previsional ⁷⁶. Esto hace difícil plantear una reforma radical al sistema por producir un evidente conflicto entre dos derechos fundamentales: la propiedad y la seguridad social.

Con todo, la Ley N° 21.309 de 2021 permite a los afiliados y jubilados que sufran una enfermedad terminal ⁷⁷ retirar los fondos ahorrados en su cuenta de capitalización individual, como una pensión en la modalidad de retiro temporal calculada por 12 meses (afiliados) o mediante el recálculo de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia (jubilados, salvo con renta vitalicia), en ambos casos, ajustada a su menor expectativa de vida.

6. Conclusiones

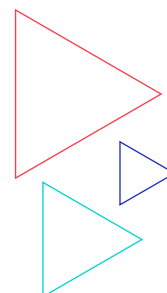
La Constitución vigente consagra explícitamente el derecho a la seguridad social en su parte dogmática, aunque no define su contenido esencial, esto es, no indica las contingencias a las que se otorga cobertura ni las prestaciones que son garantizadas por el referido derecho fundamental. Ello ha llevado a que la doctrina sostuviera que el precepto constitucional es un “continente casi sin contenido” (Obando 2012).

75 A septiembre de 2021, 11 106 215 personas solicitaron el primer retiro de fondos y el total desembolsado fue de 20 258 millones de dólares de los Estados Unidos; 8 860 266 personas pidieron sus fondos por el segundo retiro y el total movilizado fue de 16 331 millones de dólares de los Estados Unidos, y 7 165 235 afiliados solicitaron el tercer retiro y el total destinado fue de 13 358 millones de dólares de los Estados Unidos. Fuente: Superintendencia de Pensiones, Comunicados de Prensa, 6 de septiembre de 2021.

La Cámara aprobó un nuevo proyecto de reforma constitucional (boletines 14210-07, 14246-07, 14287-07, 14293-07, 14301-07 y 14307-07) que autoriza un cuarto retiro de los fondos previsionales el 27 de septiembre de 2021. A la fecha de elaboración de este artículo, el proyecto se encuentra en tramitación ante el Senado.

76 El Tribunal Constitucional ha entendido que las cotizaciones y los fondos previsionales son propiedad del afiliado: “Frente a las cotizaciones de los trabajadores dependientes se está en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, habida consideración que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado; de modo que la propiedad que tiene el afiliado sobre los fondos previsionales que conforman su cuenta individual, aunque presenta características especiales, se encuentra plenamente protegida por el artículo 19, N° 24CPR que reconoce el derecho de propiedad no solo sobre los bienes corporales sino también respecto de los incorporales” (STC 767 c. 17). En el mismo sentido, STC 505 cc. 15 y 16, STC 2452 c. 9, STC 2853 cc. 9 y 29, STC 3058 c. 26 y STC 7548 c. 43.

77 Es “enfermo terminal” toda persona con una enfermedad o condición patológica grave que haya sido diagnosticada, de carácter progresivo e irreversible, sin tratamiento específico curativo o que permita modificar su sobrevivencia, o bien cuando los recursos terapéuticos utilizados hayan dejado de ser eficaces y su expectativa de vida sea menor a 12 meses.





La ausencia de la determinación del ámbito objetivo de la seguridad social ha sido resuelta por la doctrina mediante una interpretación que ha considerado la incorporación directa del derecho internacional al derecho interno, en virtud de la modificación del artículo 5° de la Constitución en 1989 (Nogueira 2009), o bien, a través de una interpretación sistémica conforme a los principios rectores contemplados en el artículo 1° de la Constitución (Montt y Coddou 2020).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha integrado esta falta de contenido fijando, en varias de sus sentencias, que los principios clásicos de la seguridad social, aunque no estén mencionados en la disposición constitucional, como, por ejemplo, solidaridad y suficiencia, igualmente forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad social (STC 1572).

Además, aunque los derechos a la seguridad social y a la protección de la salud no se encuentran garantizados por la acción constitucional de protección (salvo el derecho a la elección del sistema público o privado de salud), los tribunales superiores de justicia han hecho exigibles judicialmente ambos derechos fundamentales a través de la tutela conexa o por incorporación (Jordán 2006).

El mandato del constituyente al legislador para que regule el ejercicio del derecho a la seguridad social ha sido efectuado –inadvertidamente– respecto de los estados de necesidad contemplados tanto en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) de la OIT como en la Observación General N° 19, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, aunque con una lenta y progresiva inclusión de las recomendaciones formuladas por los órganos de control del derecho internacional.

En consecuencia, es posible concluir que el contenido esencial del derecho a la seguridad social está regulado por la propia Constitución vigente, y que el acceso a las prestaciones se garantiza a través de la ley, del modo que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y los tribunales superiores de justicia.

Finalmente, el proceso constituyente que se encuentra en desarrollo en el país a partir del año 2020 y que debería finalizar en 2022 con un plebiscito para aprobar o rechazar la propuesta de nueva constitución redactada por una Convención elegida democráticamente, necesariamente deberá completar la ausencia de contenido del derecho a la seguridad social consagrado en los términos vigentes. También deberá garantizar su ejercicio a través de ley y permitir su exigibilidad a través de la jurisdicción.

Entre los temas que se deberán abordar para una futura Constitución –dando por descontado que se configura el derecho a la seguridad social como lo han interpretado la doctrina y la jurisprudencia–, resulta indispensable avanzar en la dirección del aseguramiento universal de prestaciones ⁷⁸, la neutralidad y equidad de género ⁷⁹, la inclusión del principio de participación popular ⁸⁰ y la portabilidad de los derechos previsionales a nivel nacional e internacional. La Convención deberá además pronunciarse por la propiedad de los fondos de pensiones acumulados en las cuentas individuales y el rol que tendrán las empresas privadas con ánimo de lucro en un futuro sistema de seguridad social.

78 Una pensión básica solidaria sujeta a test de ingresos (sobre el umbral de la pobreza) o una pensión universal con un monto uniforme y un test de riqueza (se elimina a los más ricos, como en Australia y Sudáfrica), o bien, para toda persona a partir de cierta edad (Nueva Zelanda y Países Bajos).

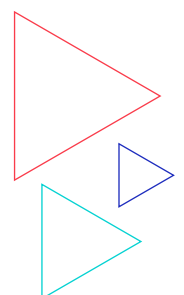
79 La neutralidad de género se refiere a igual edad de jubilación para hombres y mujeres y la equidad de género se refiere a los beneficios por la corresponsabilidad parental.

80 En el sentido de que todo programa, política o estrategia en materia de seguridad social debería respetar el derecho de las personas a participar en la adopción de las decisiones que pudiere afectar el ejercicio del derecho a la seguridad social.

7. Bibliografía

Libros y revistas

- Alston, Philip. 2019. "Universal Basic Income as a Social Rights-Based Antidote to Growing Economy Insecurity". En Katharine Young, ed., *The Future of Economics and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arellano, Pablo. 2015. *Lecciones de seguridad social*. Santiago: Librotecnia.
- Arellano, Pablo y Hugo Cifuentes. 2010. "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).
- Barr, Nicholas y Peter Diamond. 2012. *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*. Madrid: El Hombre del Tres.
- Barros, Enrique. 2006. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cea, José Luis. 2004. *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II: Derechos, deberes y garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Cifuentes, Hugo, Pablo Arellano y Francisco Walker. 2013. *Seguridad Social. Parte General y Pensiones*. Santiago: Librotecnia.
- Contreras, Pablo y Constanza Salgado. 2021. *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Delsol, Chantal. 2021. *El Estado subsidiario. El principio de subsidiariedad en las bases de la historia europea*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Ferrajoli, Luigi. 2006. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fuenzalida, Patricia. 2020. "El sistema previsional chileno a la luz del Convenio núm. 35 de la OIT". En Pablo Arellano y Juan Pablo Severín, eds., *Chile y la Organización Internacional del Trabajo. 100 años de relación normativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, Gonzalo, Pablo Contreras y Victoria Martínez. 2016. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago: Huerders.
- García, José y Sergio Verdugo. 2015. "Subsidiariedad: mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional". En *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Gómez, Gastón. 2015. "Cuestión II Derechos constitucionales". En Lucas Sierra, ed., *Diálogos Constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- Henríquez, Miriam. 2008. "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos". *Estudios Constitucionales* 6 (2).
- Humeres, Héctor. 2011. "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).
- Jordán, Tomás. 2006. "La protección de los derechos sociales: Modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)". *Colección de Investigaciones Jurídicas* 10.
- Larrañaga, Osvaldo y Dante Contreras. 2015. *Las nuevas políticas de protección social en Chile*. Santiago: Uqbar Editores.





- Lizama, Diego. 2020. "Comentario sobre la Ley N° 21.218 que establece el Ingreso Mínimo Garantizado". En *Anuario Laboral 2019*. Santiago: Lizama Abogados.
- Lizama, Luis. 2011. "El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX". *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2 (4).
- . 2020. "Los efectos laborales del caso fortuito a propósito del Covid-19". En Cristián Lepin Molina, Caso fortuito o fuerza mayor en el derecho. Estudios a partir de la pandemia del Covid-19. Santiago: Tirant lo Blanch.
- Lizama, Luis y Diego Lizama. 2021. "Responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile. Un análisis desde el derecho y la economía". En Cristián Lepin y Nicolás Stitchkin, dirs., *Estatutos especiales de responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez, José Ignacio. 2010. "Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena". *Estudios Constitucionales* 8 (2).
- Montt, Guillermo y Alberto Coddou. 2020. "El derecho a la seguridad social en Chile y el mundo: Análisis comparado para una nueva constitución". *Informes Técnicos OIT Conosur* 14.
- Morris, James Oliver. 1967. *Las elites, los intelectuales y el consenso. Estudio de la cuestión social y del sistema de relaciones industriales de Chile*. Santiago: Editorial del Pacífico.
- Munilla, Verónica. 2020. "Constitución y seguridad social: la necesidad de comenzar de cero". En Eduardo Caamaño y Karla Varas, eds., *Trabajo y nueva Constitución*. Santiago: Der Ediciones.
- Muñoz, Fernando. 2021. "Derecho a la seguridad social". En Pablo Contreras y Constanza Salgado, eds., *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nash Rojas, Claudio. 2011. "Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales". *Estudios Constitucionales* 9 (1).
- Navarro, Enrique. 2012. "35 años del recurso de protección: notas sobre su alcance y regulación normativa". *Estudios Constitucionales* 10 (2).
- Nogueira, Humberto. 2009. "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". *Estudios Constitucionales* 7 (2).
- . 2019. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo 3. Santiago: Librotecnia.
- Obando, Iván. 2012. "El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido". *Estudios Constitucionales* 10 (1).
- Rivadeneira, Carlos. 2018. *Aquí se Fabrican Pobres. El sistema privado de pensiones chileno*. Santiago: LOM Ediciones.
- Verdugo, Mario, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira. 1997. *Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Vivanco, Ángela. 2006. *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Sentencias de tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional (STC)

Corte de Apelaciones de Santiago, 28.08.86, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 83.

Corte de Apelaciones de Santiago, 12.04.90, *Gaceta Jurídica* 118.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8826-2009. Confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 8513-2009.

Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección, N° 12.501-2013.

Corte Suprema, 25.10.89, *RDJ* 86, 153.

STC 505, STC 790, STC 1273, STC 1287, STC 1572, STC 1598, STC 1629, STC 1636, STC 1654, STC 1691, STC 1710, STC 1208, STC 1278, STC 2025, STC 2275, STC 2452, STC 2853, STC 3058 y STC 7548.

Fuentes obtenidas en internet

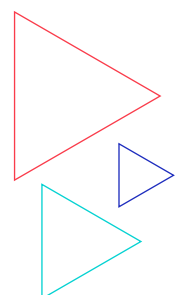
Ministerio de Desarrollo Social y Familia. *Informe Ingreso Familiar de Emergencia*, junio de 2021. Disponible en [https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/storage/docs/ife/210630_INFORME_IFE_JUNIO_2021_VF\(1\).pdf](https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/storage/docs/ife/210630_INFORME_IFE_JUNIO_2021_VF(1).pdf)

OIT, Nota informativa, Oficina de la OIT para el Cono Sur, julio de 2020. Disponible en https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/notas-informativas-cono-sur/WCMS_751253/lang-es/index.htm.

Superintendencia de Pensiones, *Informe Anual del Seguro de Cesantía 2019*, junio de 2020. Disponible en https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-14090_recurso_1.pdf

Superintendencia de Pensiones, Comunicados de Prensa, 6 de septiembre de 2021. Disponible en <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-14705.html>

Tribunal Constitucional de Chile. Información disponible en <http://e.tribunalconstitucional.cl/repertorio/>



▶ **VI. Derecho a la seguridad social en los textos y en las distinciones analíticas de la práctica constitucional en Colombia**



VI. Derecho a la seguridad social en los textos y en las distinciones analíticas de la práctica constitucional en Colombia

Andrés Felipe Succar¹

Resumen

El derecho a la seguridad social, junto con el derecho a la salud y los demás Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman parte del catálogo de derechos constitucionales en Colombia incluso desde antes de la Constitución de 1991. Estos derechos han sido objeto de numerosos desarrollos legislativos y jurisprudenciales que delimitan su contenido, alcance y justiciabilidad. El presente trabajo se propone brindar al lector un panorama general de los contenidos normativos y jurisprudenciales del derecho a la seguridad social, a la salud y a los DESC en Colombia, procurando esbozar algunas de las diferencias entre los derechos en los libros y los derechos en la acción. Asimismo, se señala que la agrupación de los derechos en “generaciones” para condicionar su justiciabilidad resulta artificiosa desde una lectura del texto constitucional y mucho más desde un análisis de la práctica jurídica de la Corte Constitucional colombiana, que, con una distinción analítica expuesta en el documento, permitió formas de justiciabilidad mediante la acción de tutela o amparo. Estas abarcan desde la atención inmediata al ciudadano en casos simples con órdenes sencillas hasta la emisión de órdenes complejas que requieren de coordinación interinstitucional y elaboración de políticas públicas con indicadores de resultado, para procurar el goce efectivo de la faceta prestacional de los derechos a la seguridad social, a la salud y a los DESC en general.

1. Introducción

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) –que abarcan el derecho a la seguridad social– han sido ampliamente reconocidos en el sistema jurídico colombiano y su contenido ha sido objeto de sofisticadas discusiones doctrinales y académicas que han tratado de dilucidar las formas de justiciabilidad, los estándares mínimos y otros problemas de tipo analítico y “dogmático”. En general y sin temor a exagerar, las discusiones legales, jurisprudenciales y académicas sobre los DESC en Colombia pueden describirse como “vibrantes” y alentadas en buena parte por facciones políticas y académicas progresistas que han logrado cierto eco en la Judicatura y en particular en la Corte Constitucional colombiana.

Colombia es signataria del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que además fue ratificado en el derecho interno mediante la Ley 74 de 1968. Por ese entonces se encontraba vigente en Colombia la Constitución Política de 1886 y sus reformas, que en su Título III y entre los artículos 16 a 52 consignaba “Los derechos civiles y garantías sociales”. En dicho apartado de la antigua Constitución colombiana se señalaba que las autoridades de la

¹ Abogado de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho y en Políticas Públicas de la Universidad de los Andes. Consultor en derecho y políticas públicas. Asesor técnico legislativo en la Cámara de Representantes de Colombia. Ha sido profesor de cátedra del departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Javeriana de Bogotá.

República se constituían con el fin de “proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (art. 16). El trabajo era considerado como una obligación social y desde el Acto Legislativo 01 de 1936 se garantizaba el derecho de huelga salvo en los servicios públicos (arts. 17 y 18). La “asistencia pública” era función del Estado y se debía prestar, dice el texto, “a quienes, careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar” (art. 19). La propiedad privada era reconocida por la Constitución de aquel entonces, pero al mismo tiempo se definía como una “función social” y se limitaba su ejercicio por motivos de utilidad pública o interés social (art. 30). No obstante, la carta política de 1886 también reconocía la libertad de empresa y la iniciativa privada, aunque entendiendo tales instituciones como medios para alcanzar el objetivo principal de “la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la sociedad, y de las clases proletarias en particular” (art. 32). Como vemos, ya en la antigua Constitución colombiana de 1886, que en muchos aspectos era ciertamente conservadora, se consignaba la noción de justicia social y se dictaban parámetros para la intervención del Estado en la economía, con miras a garantizar unos mínimos de protección material a favor de las clases obreras y menos favorecidas.

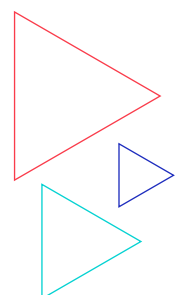
Por supuesto, las leyes en los libros divergen de las leyes en acción ². Pese a que la Constitución de 1886 y demás normas de rango legal incluían implícitamente a los DESC en el sistema jurídico colombiano, una buena parte de la sociedad colombiana consideraba que la justicia social no ocurría en la realidad material y objetiva. Ello dio lugar a encendidas protestas sociales y subversivas a lo largo del siglo XX –algunas de las cuales continúan hasta nuestros días– que reclamaban la realización material de la justicia social. Sobre el final de la década de 1980, los movimientos estudiantiles, ejemplificados en el movimiento de la “Séptima Papeleta”, y los partidos políticos tradicionales junto con los movimientos sociales y subversivos que buscaban la dejación de las armas, dieron lugar a la Asamblea Nacional Constituyente que promulgó la Constitución de 1991 –actual norma de normas en el sistema jurídico colombiano–.

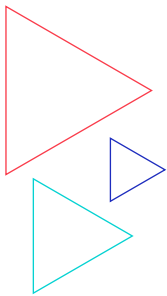
La Constitución de 1991 vino a positivizar en el derecho colombiano un amplio catálogo de derechos civiles y políticos (llamados por una tradición jurídica como “derechos de primera generación”), así como un generoso catálogo expreso de derechos económicos, sociales y culturales (“de segunda generación”). La nueva carta política, además, incluyó nuevos mecanismos de justiciabilidad directa de los derechos estipulados en la Constitución como la acción de tutela, conocida en otras latitudes como acción de amparo, y las acciones populares y de grupo. También se ratificó el control abstracto de constitucionalidad de las leyes que desde 1910 se hacía en Colombia a través de la acción pública de inconstitucionalidad ³. Por lo demás, se instituyó una nueva Corte Constitucional encargada de realizar el control judicial de las leyes –competencia que anteriormente correspondía a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia– y de revisar las acciones de tutela que se incoaban en el país con el fin de unificar la jurisprudencia constitucional.

Es así como la Corte Constitucional colombiana se ha convertido en la corte protagónica en la definición del alcance y contenido de los DESC en general y de la seguridad social en particular, tanto en sede de revisión de acciones de tutela como en control abstracto de constitucionalidad de las leyes. El legislador, por su parte, ha incluido en el ordenamiento jurídico numerosos

2 Evidentemente aquí tomo prestada la famosa expresión empleada por los realistas jurídicos norteamericanos. Roscoe Pound es identificado como el autor que acuña la expresión en su artículo “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review* 44 (1910): 12-36. Más adelante esta expresión será trabajada por múltiples autores hasta nuestros días y llegará a tener un peso importante en el derecho comparado, al hacer manifiesto que no le basta al comparatista con conocer los textos legales para obtener un panorama completo del sistema jurídico objeto de estudio, sino que se hace necesario conocer las prácticas, o, dicho de otro modo, “las leyes en acción”.

3 Colombia es una nación pionera en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes. Pocos países conceden a cualquier ciudadano el derecho de demandar una norma de rango legal o menor por contravenir al Estatuto Constitucional Superior. Para un recuento de esta institución en Colombia, véase Mendieta (2010).





instrumentos internacionales y desarrollos locales de los derechos sociales. Sin embargo, tal actividad legislativa y judicial se enmarca en un contexto en el que también toman fuerza transnacional, política y de *lobby* los discursos que favorecen al mercado como único mecanismo de adjudicación de derechos y recursos.

Con todo, y teniendo en cuenta este contexto político contencioso entre intereses contradistributivos y proyectos pro-DESC, se puede afirmar que en Colombia ha habido, de la mano de la Corte Constitucional y la academia, un intento por hacer de las leyes en los libros algo concreto en la acción. Esto ha implicado el reto analítico y práctico de resolver la cuestión de cómo hacer justiciables unos derechos sociales que generalmente requieren de esfuerzos programáticos y erogación de recursos públicos por parte de otras ramas del poder. Algunas respuestas interesantes las podemos encontrar en la literatura jurídica colombiana y trataremos de exponerlas en este texto.

Para mostrar algo acerca del contenido de los DESC en el sistema y la práctica jurídica colombianos, este documento se dividirá en tres partes. En la primera, se hará énfasis sobre las leyes en los libros, es decir, expondremos las normas de rango constitucional y legal que desarrollan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y trataremos de hacer explícitos los contenidos mínimos de los DESC y del derecho a la seguridad social consignados en dichos textos. La manera en que se exponen las normas en los libros trata de hacer explícito que, aun en los textos jurídicos, los derechos no llegan a tener una categorización o subdivisión temática estricta en “generaciones” que condicionen su justiciabilidad. En la segunda parte, se expondrá el aporte analítico, esto es, propio de la filosofía del lenguaje, con el que la Corte Constitucional se independizó de la tradición jurídica liberal clásica, que agrupa a los derechos en generaciones y privilegia la protección inmediata de los derechos de primera, por sobre los de segunda y tercera generación. Finalmente, en un tercer apartado esbozaremos algunas conclusiones y posibles amenazas coyunturales a la realización de los DESC y la seguridad social en Colombia.

2. Primera parte: exposición de las normas constitucionales

Con la Constitución de 1991 los DESC pasaron a formar parte fundamental de la definición misma del Estado colombiano. Efectivamente, el primer artículo de la carta política colombiana define al Estado como un “**Estado social de derecho**”, fórmula jurídica que desde el inicio de actividades de la Corte Constitucional en 1992 tendría un enorme peso en la jurisprudencia. En la sentencia de T-406 de 1992, cuyo magistrado ponente fue Ciro Angarita Barón, se definía la delimitación conceptual y se señalaban los orígenes de la nueva definición del Estado colombiano en unos términos bastante comprometidos con la realización de los derechos sociales y la participación activa del juez constitucional en dicha tarea. Vale la pena citar de manera extensa:

► **1.** Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **estado de bienestar** (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de **Estado constitucional**

democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a. El estado de bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

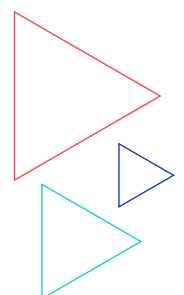
b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

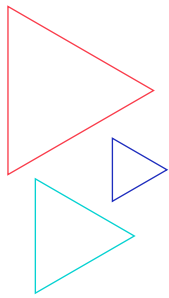
3. Estos cambios han producido en el derecho no solo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: **pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos.** Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho (las negritas pertenecen al original).

Y es que la carta política de 1991 es clara en señalar que los fines del Estado incluyen el “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, sin dejar de lado la importancia de la intervención del Estado para lograr y mantener “un orden justo” y para “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

La Constitución consta de trece títulos, cada uno de ellos dividido en varios capítulos. Los DESC se encuentran desarrollados a lo largo de toda la carta política, pero su estipulación expresa se halla principalmente en el Título I, “De los principios fundamentales”, y en el Título II, “De los derechos, las garantías y los deberes”. A su vez, el Título II se subdivide en cinco capítulos; el primero trata “De los Derechos Fundamentales”, el segundo “De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales”, el tercero los “De los Derechos Colectivos y del Ambiente”, el cuarto trata “De la Protección y Aplicación de los derechos” y el quinto “De los Deberes y Obligaciones”.

La subdivisión temática que señalamos en el párrafo anterior es interesante por cuanto, podemos afirmar, muestra cierta tradición narrativa que tiende a diferenciar los derechos entre unos de primera, segunda y hasta tercera generación. La primera generación sería aquella que contiene los derechos liberales clásicos que surgen con las revoluciones burguesas de Francia, Norteamérica y Latinoamérica, tales como el principio de legalidad, el derecho a la libertad, la igualdad formal ante la ley, la prohibición de tratos o penas crueles e inhumanas, entre otros. La





segunda generación sería la que incluye los DESC, mientras que la tercera sería la que contiene los derechos al medio ambiente sano, a la paz, entre otros.

Sin embargo, al contrastar el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el de la Constitución Política de Colombia, vemos que los DESC no fueron consignados exclusivamente en el capítulo que lleva su nombre, sino que se estipularon indistintamente a lo largo de los Títulos I y II y de los diversos capítulos, incluido el capítulo 1 del Título II, que supuestamente trata sobre los derechos de primera generación. Además, dentro del capítulo 2 del Título II, se incluyeron como derechos sociales otros derechos que poco tienen que ver con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como es el caso de las garantías a la actividad periodística y la intervención estatal en el uso del espectro electromagnético para los servicios de televisión. Esta aclaración, que sin el texto constitucional a la mano puede parecer algo confusa (e invito al lector a que lo observe), es importante por cuanto en algún momento de la nueva historia constitucional de Colombia se planteó la cuestión de si los DESC eran justiciables por medio de la acción de tutela, o si, por el contrario, ello no era posible dado que los únicos derechos fundamentales susceptibles de exigirse por la acción de amparo eran aquellos “fundamentales de primera generación” consignados en el capítulo 1 del Título II del Estatuto Superior. La Corte, como veremos más adelante, desestimó este argumento a lo largo de los años, al principio con algo de timidez y luego con mayor ímpetu, entre otras razones, porque la subdivisión de la carta de derechos en diferentes capítulos no es ni estricta ni analíticamente relevante, como tampoco jurídicamente vinculante para el juez constitucional que podrá proteger los DESC por vía de la acción de tutela.

Hecha la aclaración anterior, en el siguiente cuadro se muestran, de un lado, los derechos estipulados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, del otro, las normas constitucionales que lo desarrollan. Nuevamente se recomienda tener a mano el texto constitucional colombiano, para así advertir que los DESC y el derecho a la seguridad social se desarrollan a lo largo del texto constitucional de una manera en la que la categorización de los derechos como de “primera, segunda o tercera generación” no se compagina con los títulos y capítulos en que se subdivide el Estatuto Superior.

► **Cuadro VI.1. Derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Constitución colombiana**

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Constitución colombiana
Art. 1 Libre determinación y disposición de riquezas. Prohibición de privar la subsistencia a otras naciones	Art. 9
Art. 2. Progresividad y plena efectividad de los DESC	Arts. 2, 4, 13, 44, 48, 49, 51, 64, 85, 86, 87, 89
Art. 3 No discriminación en la adjudicación de los DESC	Arts. 13, 16, 43, 49, 70, 78
Art. 4 Facultad de los Estados de imponer reserva legal a la limitación en los DESC en pro del bienestar general	Arts. 4, 6, 21, 25, 37, 40*, 42, 48, 53, 55, 56, 57, 58-63, 67, 68, 69, 72, 74, 75, 77, 78
Art. 5 Interpretación restringida a favor de la protección de los DESC	Arts. 91, 93, 94, 44, 4, 9, 48
Art. 6 Derecho al trabajo, formación técnica, y medidas para lograr la plena satisfacción del derecho al trabajo	Arts. 1, 25, 26, 39
Art. 7 Salario mínimo, equitativo, igual por trabajo igual; existencia digna, higiene, descanso remunerado, promoción, entre otros	Arts. 43, 57
Art. 8 Asociación y libertad sindical, derecho de huelga	Arts. 39, 53, 54, 55
Art. 9 Seguridad social	Arts. 64, 53, 50, 48, 46, 44, transitorios 57, 64

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Constitución colombiana
Art. 10 Protección a la familia, protección a la madre y a la mujer embarazada, protección al niño y al adolescente	Arts. 5, 13, 15, 42, 43, 44, 45, 46
Art. 11. Derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, alimentación, vestido y vivienda; mejora continua de condiciones de existencia; políticas e investigación para la seguridad alimentaria	Arts. 51, 65, 366 - 370
Art. 12. Nivel de salud más alto posible, reducción de la mortalidad infantil, salud de los niños, tratamiento de enfermedades, medio ambiente	Arts. 44, 49, 50, 52, 78, 80, 81, 95, 336, 347, 356, 357, 366
Art. 13. Derecho a la educación; enseñanza primaria gratuita, secundaria generalizada, superior accesible; mejoramiento del cuerpo docente y capacidad técnica del Estado	Arts. 67, 68, 69, 44, 45, 336, 356
Art. 14. Enseñanza primaria gratuita, secundaria generalizada, superior accesible; mejoramiento del cuerpo docente y capacidad técnica del Estado; autonomía educativa de la familia y establecimientos privados	Arts. 64, 67, 68, 69,
Art. 15. Vida cultural, acceso a progresos científicos y bienes culturales	Arts. 70, 71, 72

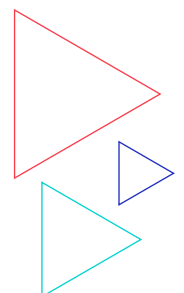
Fuente: Elaboración propia.

Con el doble propósito de mostrar que la clasificación de los derechos en “generaciones” es artificiosa e insuficiente para condicionar su justiciabilidad, y al mismo tiempo adentrarnos más en detalle sobre el contenido, alcance, operatividad y justiciabilidad de los DESC en general y de la seguridad social en particular, describiremos el cuadro anterior a partir del artículo 2 del Pacto. La idea también es la de exponer los desarrollos normativos y jurisprudenciales del derecho a la seguridad social y a la salud, de manera que el lector foráneo o comparatista tenga a su alcance un material que lo oriente y le facilite una primera inmersión en las instituciones y prácticas jurídicas colombianas que las regulan.

2.1 Plena efectividad y alcance progresivo de los DESC

Iniciaremos la descripción del cuadro anterior a partir del artículo 2 del Pacto. Dicho artículo del tratado internacional que propugna por la plena efectividad y alcance progresivo de los DESC se desarrolla en la Constitución colombiana cuando en el artículo 2 se expone que es fin esencial del Estado el garantizar la plena efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. También al dictar que las autoridades de la República se instituyen para “asegurar el reconocimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares”. Esto ya se había señalado en párrafos anteriores. Pero, de cualquier modo, puede observarse que en diversos artículos subsiguientes se estipula la progresividad y plena efectividad de los DESC. El artículo 4, por ejemplo, reafirma la jerarquía de la Constitución como norma de normas, mientras que el artículo 13 indica que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados y marginados” y que se protegerá especialmente a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El artículo 44, por su parte, estipula un amplio catálogo de derechos de primera, segunda y tercera generación a favor de los niños e indica su prevalencia sobre los derechos de los demás. Más aún, señala su carácter de derechos fundamentales, a pesar de encontrarse consignados en el capítulo 2 del Título II que trata sobre los DESC. Así, los DESC son expresamente elevados a la categoría de derechos fundamentales cuando se trata de niños.

Más adelante, en el artículo 48 se instituye a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, la coordinación y el control del Estado “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. La seguridad social, además, se garantiza a todos los habitantes como un derecho “irrenunciable”, y ello tiene un interesante desarrollo a nivel legal en materia laboral, en donde los trabajadores no pueden





disponer de sus derechos laborales a un salario mínimo, a una pensión, a cesantías y demás prestaciones laborales que tienen el carácter de irrenunciables. En este artículo también se indica expresamente el propósito de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social con la ayuda de particulares, que en todo caso será regulada por la ley formal, y se prohíbe una destinación de los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a esta.

Así, el principio de progresividad irradia al sistema de seguridad social colombiano por lo menos desde los textos jurídicos, aunque en la acción, las normas constitucionales y legales no han logrado ampliar la cobertura del sistema pensional más allá del 23 por ciento, desde el año 2005, en que se estancó dicho indicador (López y Sarmiento 2019). Más adelante, en el subtítulo correspondiente a la seguridad social, se detallarán las características, el alcance, el contenido y la justiciabilidad de la seguridad social en Colombia.

Ahora bien, continuando con el desarrollo que la Constitución colombiana hace de la progresividad de los DESC, el artículo 51 resulta llamativo por cuanto estipula el derecho a la vivienda y pone en cabeza del Estado la obligación de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo ese derecho promoviendo planes de vivienda de interés social. Algo similar ocurre en el artículo 64, que impone al Estado el deber de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, así como a los servicios de salud, educación, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de productos y asistencia técnica y empresarial.

Finalmente, en cuanto a los mecanismos de justiciabilidad de los DESC, encontramos algunas pistas en los artículos 85, 86 y 89, que indican, respectivamente, cuáles son los derechos de aplicación inmediata y cuáles son las acciones judiciales para reclamar los derechos, como la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción de grupo y demás acciones judiciales que decida instituir el legislador.

2.2 No discriminación en la adjudicación de los DESC

En cuanto al artículo 3 del Pacto, que habla sobre la no discriminación en la adjudicación de los DESC, el artículo 13 de la Constitución colombiana ya estudiado señala la igualdad de todas las personas, tanto formal ante la ley como material entre los ciudadanos. El artículo 16, si bien puede entenderse como un típico derecho de primera generación al libre desarrollo de la personalidad, indica de igual forma que no habrá discriminación por tal causa ⁴. En el artículo 43 encontramos el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres y la especial protección que el Estado debe a estas últimas. En el artículo 49 figura el derecho al saneamiento ambiental y a la salud en igualdad de condiciones para todos, y asimismo el deber de progresividad de este derecho a cargo del Estado y los particulares. De otro lado, el artículo 70 vuelve a señalar el principio de igualdad material respecto al acceso a la cultura, la educación y la ciencia.

4 La prohibición de discriminación por causa del libre desarrollo de la personalidad no está expresamente contenida en el texto del artículo 16 constitucional, pero la Corte Constitucional sí ha entendido en su jurisprudencia que del mencionado artículo se desprende la prohibición de discriminación. Esto lo podemos encontrar en abundante jurisprudencia constitucional, tanto en control abstracto de las leyes como en acción de tutela, y en diversos escenarios constitucionales que van desde la prohibición de la discriminación a los estudiantes de colegio que llevan su cabello largo o se encuentran en estado de embarazo hasta la declaratoria de inconstitucionalidad de algunos apartes del régimen disciplinario militar en la sentencia C-607 de 1999, o la constitucionalidad condicionada de la Ley 54 de 1990 que establece el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, en la sentencia C-336 de 2008 bajo el entendido de que a dicho régimen también acceden las parejas del mismo sexo.

2.3 Reserva legal en la limitación de derechos sociales

En cuanto a la facultad de imponer reserva legal en la limitación de los DESC, existen desarrollos constitucionales en los artículos 4, 6, 21, 25, 37, 40, 42, 48, 53, 55 a 63, 68, 69, 72, 75, 77, 78, entre muchos otros. Todos estos artículos establecen diversos derechos que podrán ser regulados por vía de ley formal.

2.4 Interpretación restringida a favor de la protección de los DESC

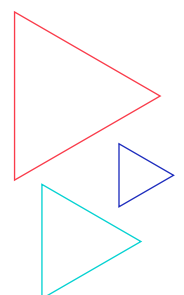
El artículo 5 del Pacto tiene un muy interesante desarrollo constitucional en Colombia. El artículo 93 de la Constitución tiene un enorme peso en el entramado jurídico colombiano y en los desarrollos jurisprudenciales. Este advierte que los tratados internacionales sobre derechos humanos que sean ratificados por el Congreso y que prohíban las limitaciones durante estados de excepción “prevalecen en el orden interno”, y son la lente a través de la cual se deben interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Esta es una verdadera cesión de autonomía jurídica del Estado colombiano a favor de los instrumentos internacionales, que ha tenido como resultado la creación de una institución jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional conocida como “bloque de constitucionalidad”⁵. Así las cosas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales condiciona la interpretación de las normas constitucionales y legales, y permea a todo el entramado jurídico colombiano. De alguna manera se puede afirmar que el Pacto forma parte de la Constitución y se concreta su integración al ordenamiento y la práctica jurídica colombianos cuando las normas de rango legal son contrastadas con el instrumento internacional en los exámenes abstractos de constitucionalidad. Igualmente, el artículo 94 contiene una fórmula jurídica bastante similar a la del artículo 5 del Pacto, y con ello, se procura favorecer la aplicación de las normas y de los principios pro-DESC con unos estándares bastante amplios.

Paralelamente, y volviendo a un artículo ya estudiado, el artículo 44 impone como estándar interpretativo la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás. El artículo 48, también revisado previamente, declara como irrenunciable el derecho a la seguridad social y prohíbe la destinación de los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a esta. Los artículos 4 y 9, por su parte, refuerzan la supremacía de la Constitución y de los tratados internacionales sobre las demás normas, mientras que el artículo 53 señala expresamente que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados forman parte de la legislación interna.

Estas normas constitucionales han tenido su desarrollo en sede judicial indicando, por ejemplo, que los Convenios núms. 87, 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre libertad sindical, negociación colectiva y relaciones con la Administración pública forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto⁶. No todos los convenios de la OIT tienen la jerarquía del bloque de constitucionalidad estricto de manera inmediata, pero no cabe duda de que son, al menos, incorporados al ordenamiento legal interno por virtud del artículo 53 y han tenido enorme relevancia en la determinación de derechos como el de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas. La sentencia SU-039 de 1997, por ejemplo, fue

5 En la misma sentencia C-336 de 2008 citada previamente, podemos encontrar: “(...) según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales en cuanto contengan un estándar de protección mayor al que consagra la Carta o la jurisprudencia constitucional (...)”. Esta consideración se encuentra de manera abundante en la jurisprudencia de la Corte, y entre otras podemos señalar las sentencias C-010 de 2000; C-004 de 2003; T-453 de 2005; C-338 de 2008.

6 Véanse, por ejemplo, las sentencias SU-138 de 2021, T-568 de 1999, C-567 de 2000, T-418 de 1992, C-225 de 1995, T-568 de 1999, C-797 de 2000, C-1491 de 2000.





la primera en aplicar directamente el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Lo hizo en los siguientes términos:

-
- El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.
-

Desarrollos posteriores de la incorporación de los convenios de la OIT en el derecho interno colombiano se pueden apreciar en sentencias como la T-652 de 1998, C-418 y C-891 de 2002, y C-620 de 2003, en las que se estudió el requisito de consulta previa a la expedición de medidas administrativas y legislativas que afectaban directamente a las comunidades étnicas en sus territorios. En la sentencia C-401 de 2005 se puede encontrar un muy buen recuento de la evolución, hasta esa fecha, de la integración de los convenios de la OIT a la legislación interna, o al bloque de constitucionalidad estricto en ciertos casos, y de cómo deben ser aplicados para respetar el principio de interpretación más favorable al trabajador, y por extensión a la realización de los DESC.

En línea con lo anterior, los Convenios núms. 12, 17, 18, 19, 24, y 25 de la OIT en materia de seguridad social que han sido ratificados por Colombia forman parte del ordenamiento interno de acuerdo a lo estipulado en el artículo 53 de la Constitución. Pero en principio no forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, dado que no cumplen con la definición del artículo 93 de la Constitución colombiana ⁷ ni con los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la citada jurisprudencia.

2.5 Derecho al trabajo, salario igualitario y equitativo y libertad sindical

Con respecto a los artículos 6 y 7 del Pacto, estos se encuentran desarrollados de manera genérica desde el artículo 1 de la Constitución, y de manera particular y más detallada en los artículos 25, 26, 39 y 64. En el artículo 25, el trabajo se define como derecho y obligación social que debe tener condiciones dignas y justas. Esta proposición jurídica, por sí misma, no nos dice mucho acerca del contenido concreto de lo “digno” y lo “justo” en el trabajo. No obstante, las nociones se desarrollarán jurisprudencialmente con la figura de salario mínimo, vital y móvil de la Corte Constitucional, según la cual el salario, en su aspecto vital, “no solamente debe representar el equivalente al valor del trabajo, sino que debe ser proporcional a la necesidad de asegurar su existencia material y la de su familia, en condiciones dignas y justas, que serán las que le permitan subsistir adecuada y decorosamente”. En cuanto a su aspecto móvil, debe guardar equivalencia con el precio del trabajo: “Esta equivalencia debe ser real y permanente, y conseguirla supone necesariamente mantener actualizado el valor del salario, ajustándolo

⁷ Dice el mencionado artículo: “**ARTÍCULO 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

periódicamente en consonancia con el comportamiento de la inflación, con el fin de contrarrestar la pérdida de su poder adquisitivo, y asegurar que aquél en términos reales conserve su valor”⁸.

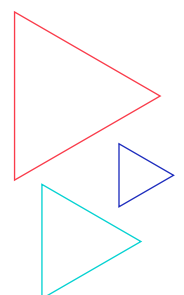
De otro lado, el artículo 26 establece la libertad de profesión y oficio, mientras que el artículo 39 estatuye el derecho de asociación sindical sin intervención del Estado, y con garantías judiciales para la cancelación o suspensión de la personería jurídica. Con todo, los derechos laborales tienen un desarrollo de rango legal mucho más detallado en el Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece las garantías sindicales y prestacionales para los trabajadores. En tal Código, se incluye el salario mínimo, las prestaciones sociales como pensiones, cesantías, y en especial, la prevalencia de la relación laboral en la realidad material sobre las denominaciones escritas con que las partes intitulen su vínculo contractual. En tal sentido, abundante jurisprudencia de la jurisdicción laboral ha señalado desde la década de los años 60 que para que exista un contrato laboral basta con que haya un salario, una prestación personal de la labor y una subordinación, independientemente de la denominación escrita que las partes utilicen en sus documentos.

En cuanto a la igualdad de hombres y mujeres, el artículo 43 de la Constitución consigna dicho precepto e impone el deber de apoyar a la madre cabeza de familia, y de prestarle asistencia a la mujer durante el embarazo y después del parto, así como de otorgar subsidios alimentarios a la madre desamparada. El programa de transferencias de dinero Familias en Acción, inspirado en Bolsa Familia de Brasil –instituido a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) 3081 de 2000 y posteriormente regulado en la Ley 1532 de 2012–, da cumplimiento a este precepto y previene la deserción escolar, mientras que la prohibición de discriminación a la mujer en los salarios tiene fundamento en el Código Sustantivo del Trabajo.

La Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, es otro de los mecanismos por medio del cual se procura la atención a la mujer en licencia de maternidad. Por virtud de tal instrumento se instituyeron los sistemas subsidiado y contributivo de salud, que son los que otorgan el dinero a la mujer en periodo de lactancia en el régimen contributivo y prestaciones en especie en el régimen subsidiado. El régimen de salud además se encarga de prestar los cuidados médicos a la madre gestante y al que está por nacer durante el embarazo, parto, posparto y lactancia.

Igualmente, la Ley 581 de 2000 impuso una cuota mínima del 30 por ciento de participación femenina en las ramas del poder público y en especial en los cargos de libre nombramiento y remoción. También ordenó la preparación de planes en todos los niveles de la administración territorial para la promoción y el estímulo a la mujer, así como la obligación de elaborar informes de evaluación y cumplimiento de los indicadores de equidad para la mujer en la Judicatura, la rama ejecutiva y el Congreso. Paralelamente, el artículo 53 de la Constitución reafirma la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, la interpretación favorable al trabajador en caso de duda, la restricción en la libertad contractual a favor del trabajador que no puede pactar con su patrono condiciones menores a las otorgadas por la ley y el derecho al descanso remunerado, entre otros. Vale la pena resaltar que las garantías laborales son muchas veces menoscabadas en las relaciones objetivas entre patrono y trabajador, a través de figuras como el contrato de “prestación de servicios”, que cada vez toma más fuerza en las relaciones laborales. Sin embargo, cuando ello sucede son muy altas las probabilidades de reclamar exitosamente en la jurisdicción laboral las prestaciones irrenunciables debidas por el patrono.

⁸ Sobre el salario mínimo, vital y móvil se encuentran, entre otras, las sentencias C-931 de 2004, C-815 de 1999, C-1433 de 2000, C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003.





2.6 Derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social merece una mención aparte al ser el objeto de investigación central de esta publicación de la OIT. Este cuenta con múltiples desarrollos legales, reglamentarios y jurisprudenciales en Colombia, tanto en salud como en pensiones. En este apartado se tratará el tema pensional, teniendo en cuenta que en otros apartados se hará especial mención al derecho a la salud.

A nivel constitucional, la seguridad social encuentra sus desarrollos en los artículos 44, 46, 47, 48, 50, 53, 64, 299, y los transitorios 47 y 57, entre otros. Estos artículos van desde la inclusión de la seguridad social como un derecho fundamental autónomo en favor de los niños hasta el mandato de crear un mecanismo de seguridad social para los excombatientes reincorporados a la vida civil tras el acuerdo de paz con las antiguas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Por su parte, el artículo 48 de la carta política es el que estatuye a la seguridad social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

Muy a grandes rasgos, el Sistema General de Pensiones colombiano se caracteriza por tener dos regímenes principales: uno de “Ahorro Individual con Solidaridad”, manejado por Administradoras de Fondos de Pensiones privadas, y un “Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, de carácter público. También existen otros regímenes y cajas de retiro especiales, varias de las cuales se encuentran en etapa de marchitamiento luego de algunas reformas constitucionales y legales.

Por ejemplo, el artículo 48 constitucional tuvo una adición en el año 2005 mediante el Acto Legislativo 01⁹, y con dicha reforma se hiperreguló, en rango constitucional, el sistema de pensiones. Su objetivo fue buscar la sostenibilidad financiera del sistema que constantemente se ve amenazada por la mezcla de regímenes pensionales especiales y exceptuados, que sirven de argumento para cabildear políticas de austeridad fiscal. Así, la reforma eliminó varios de los regímenes especiales que amenazaban la sostenibilidad del sistema e introdujo topes máximos al valor de las pensiones y al número de mesadas.

No obstante, la reforma del año 2005 también fue cuidadosa en proteger los derechos de quienes ya tenían situaciones jurídicas consolidadas más favorables que las que se aplicarían en adelante. Para lograrlo, se dispuso que se respetarían los derechos adquiridos de quienes habían obtenido su pensión de conformidad con el derecho vigente antes de la reforma y no se disminuirían sus pensiones en ningún momento. La reforma operaría a futuro frente a quienes no se habían pensionado, señalando que los sistemas especiales y exceptuados –salvo el del presidente y la fuerza pública– expirarían a partir del 31 de julio del año 2010. A partir de esa fecha, no se podrían causar pensiones con cargo a los recursos públicos cuyo valor excediera los 25 salarios mínimos mensuales, ni se podría pagar más de 13 mesadas al año. También a partir del 31 de julio de 2010 se dejaba sin efecto cualquier pacto, convención, laudo o acto jurídico que dispusiera algo distinto a lo dicho en la ley pensional, con lo que se sustrajo de la voluntad privada el tema pensional en Colombia, y en adelante este solo estaría regulado por la ley formal. Finalmente, se proscribió cualquier estipulación contractual, colectiva o arbitral mayor a la que reglaba la reforma y leyes vigentes entre el año 2005 y el 31 de julio de 2010, y en todo caso se estipuló que este tipo de instrumentos perderían vigencia y eficacia en la mencionada fecha límite.

Las anteriores disposiciones elevadas a rango constitucional fueron demandadas ante la Corte Constitucional, arguyendo que el constituyente derivado carecía de competencia para regular los asuntos pensionales en el texto constitucional, siendo ello, en criterio de los demandantes,

⁹ En Colombia se reforma la Constitución mediante Actos Legislativos, entre otras figuras.

un asunto que competía exclusivamente a la ley emanada del Congreso. La Corte desestimó la demanda sosteniendo que no lograba formular unos cargos sólidos que demostraran una “sustitución de la Constitución, sino un desacuerdo con el contenido de la reforma y con la imposibilidad de la Corte de ejercer un control material”.

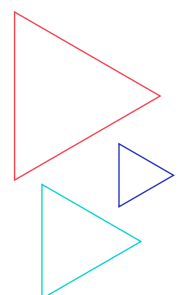
En palabras de la Corte: “El demandante funda la vulneración al principio de reserva de ley en su descontento por la imposibilidad de que lo regulado por el acto legislativo pueda ser objeto de una revisión material por la Corte Constitucional. Sin embargo, no señalan cuál es la disposición de la Constitución que establece una reserva sobre el tema de tal forma que le este vedado al Congreso regularla por medio de un acto legislativo. Por lo tanto, el argumento carece de pertinencia”.

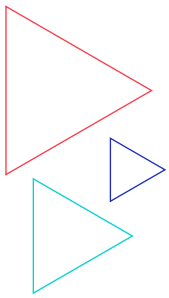
No todos los aspectos de la reforma fueron estrictamente financieros o enfocados a la sostenibilidad. También se procuró corregir algunos fallos en la legislación que impedían una protección adecuada en la vejez. Por ejemplo, se dispuso que no podría haber pensiones inferiores a un salario mínimo mensual vigente, y para evitar la desprotección de las personas de escasos recursos que no alcanzaran a cotizar lo necesario para lograr la pensión mínima, se aclaró que podrían acceder a un Beneficio Económico Periódico inferior al salario mínimo. Tal disposición dio lugar a lo que hoy se conoce con el acrónimo de BEPS, que en desarrollo legislativo posterior de la Ley 1328 de 2009 se convirtió en una alternativa para todos aquellos cotizantes de los fondos públicos y privados que no alcanzaran a pensionarse con la asignación mínima, permitiéndoles el traslado de los ahorros a este mecanismo supletorio de la seguridad social.

En el rango legal, la Ley 100 es uno de los principales instrumentos con los que se hace operativa la seguridad social, particularmente en el sector de salud y pensiones. Este sistema no solo comprende a los subsistemas de pensiones y de salud, sino que también abarca el sistema general de riesgos profesionales, y garantiza prestaciones económicas y de servicios sociales complementarios como subsidios de desempleo ¹⁰ y auxilios o subsidios para los adultos mayores en situación de indigencia. Con todo, la norma define a la seguridad social integral como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”. Y consigna en su artículo 2 que el Sistema de Seguridad Social Integral se regirá por los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación y progresividad.

La Ley 100 dispone que los trabajadores del sector público y privado vinculados mediante contrato laboral, o aquellos trabajadores independientes que presten sus servicios a cualquiera de los sectores mediante la prestación de servicios o cualquier otra modalidad, deberán afiliarse y cotizar obligatoriamente al Sistema General de Pensiones de acuerdo a sus ingresos, y en todo caso con una base mínima de cotización igual a un salario mínimo mensual. Como se mencionó previamente, las personas deben elegir entre un régimen de prima media o de ahorro individual, y no pueden cotizar simultáneamente a ambos regímenes, aunque sí pueden trasladarse de uno a otro cumpliendo ciertos requisitos, como el tener cinco años de vinculación al régimen, encontrarse a más de diez años del cumplimiento de la edad de retiro y haber recibido una doble asesoría por parte de cada uno de los regímenes para tomar así decisiones informadas.

10 Los subsidios de desempleo, a pesar de estar estipulados en la Ley 100 de 1993, solo vinieron a regularse y ponerse en marcha, en mayor medida, luego de la pandemia de la COVID-19 y con el decreto 801 del 4 de junio de 2020. Esta medida de tipo transitorio aún tiene mucho por discutirse, especialmente para la población informal que no cotiza a los fondos de cesantías.





El empleador tiene la obligación de realizar el pago de los aportes que le corresponden (75 por ciento del total de la cotización) y también debe retener el aporte que corresponde al trabajador (25 por ciento restante). La moratoria en los pagos genera intereses y sanciones equivalentes a los estipulados para el impuesto de renta. En el caso de los trabajadores independientes que prestan sus servicios, deben realizar sus cotizaciones sobre el 40 por ciento del valor del contrato y en el menor de los casos sobre un salario mínimo.

Hasta octubre del año 2018, los trabajadores independientes que se desempeñaban como contratistas prestadores de servicios debían pagar su cotización de salud y de pensiones de manera anticipada al pago de sus honorarios. Esta circunstancia obligaba a muchos de los trabajadores independientes a endeudarse para poder pagar anticipadamente las cotizaciones, especialmente a aquellos que cobraban por primera vez sus honorarios. Con la expedición del decreto 1273 de 2018 se permitió el pago de la cotización al mes vencido, con lo cual se alivió el flujo de caja de muchos ciudadanos que generan sus ingresos bajo esta modalidad de contratación.

La Ley 100 también dispuso la creación de un Fondo de Solidaridad Pensional, que tiene por objeto recibir y ejecutar los subsidios cruzados de los cotizantes con mayores ingresos, con destino a completar los aportes al Sistema General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte. Este subsidio debe devolverse al Fondo de Solidaridad en caso de que la persona beneficiaria haya cumplido con la edad de jubilación y no cumpla o no pueda cumplir con los demás requisitos para recibir una pensión. No obstante, a pesar de la existencia de este sistema de subsidios cruzados entre los cotizantes, una de las principales críticas de la tecnocracia colombiana al sistema pensional vigente es su regresividad, debido a que uno de los componentes del Presupuesto General de la Nación más alto e inflexible es el subsidio que debe hacer la nación a las mesadas pensionales más onerosas, que no alcanzaron a ser cubiertas por el ahorro de quienes hoy las disfrutan ¹¹.

Los requisitos para el régimen de prima media eran inicialmente haber cumplido 55 años en el caso de las mujeres y 60 en el de los hombres, y haber cotizado al menos 1 000 semanas. Luego fueron reformados estos requisitos con la Ley 797 de 2003, y se aumentaron gradualmente las semanas y los años hasta que en 2014 se llegó a un tope de 1 300 semanas cotizadas y 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. En el régimen de ahorro individual, en cambio, no existe ni edad ni semanas mínimas de cotización, sino tener un capital suficiente que permita obtener una mesada pensional igual al 110 por ciento de un salario mínimo legal mensual vigente. En caso de no tener un capital mínimo, se requiere tener una cotización de 1 150 semanas y una edad de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres para así acceder a una pensión mínima.

Paralelamente, la Ley 100 indica que ninguna pensión en ninguno de los regímenes podrá ser inferior a un salario mínimo. Esta disposición implica que, al alcanzar la edad de retiro, el afiliado que no cumple con los requisitos mínimos obtiene a cambio de la pensión la devolución de sus ahorros en un único pago, menos las retenciones de carácter tributario y de gastos de administración. La indemnización sustitutiva o devolución de aportes –que es como se conoce a este reembolso en el sistema de prima media y en el de ahorro individual, respectivamente– en ocasiones no logra asegurar una vejez digna, por lo cual se han esbozado los primeros intentos de un piso de protección social a través de los Beneficios Económicos Periódicos –BEPS–, que, como vimos, fueron introducidos con el Acto Legislativo 01 de 2005, y desarrollados inicialmente con la Ley 1328 de 2009 y más adelante en la Ley 1955 de 2018, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2018-2022 ¹².

¹¹ Véase, por ejemplo, López y Sarmiento (2019).

¹² Los Planes Nacionales de Desarrollo son un tipo de ley especial y periódica que debe expedirse por el Congreso cada cuatro años a iniciativa del presidente que recién inicia su periodo. Este tipo de norma se encuentra regulada, entre otras, por los artículos 339 y subsiguientes de la Constitución. Señala el artículo

Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que los desarrollos legales consignados en la Ley 1955 eran inconstitucionales por contravenir el principio de unidad de materia, debido a que las disposiciones contenidas en los Planes de Desarrollo deben ser instrumentos para concretar los propósitos de política pública plasmados en el Plan. En ese sentido, el sistema de piso de protección social debía ser regulado en una ley aparte, con unidad de materia específica distinta a los objetivos y planes de inversión de una administración particular durante su cuatrienio. La Corte consideró además que los temas de seguridad social requerían de un debate nutrido y reposado, que no ocurría en el trámite de leyes como la del Plan Nacional de Desarrollo.

Expresó la Corte en sentencia 276 de 2021:

-
- La Sala Plena comparte lo afirmado por los demandantes, en el sentido de que la relación instrumental del artículo 193 de la Ley 1955 de 2019 con la parte general, es tan solo eventual e hipotética y que, dada la disminución del principio democrático que se presenta en este tipo de leyes, la Ley del Plan de Desarrollo no puede servir de base para la creación de mecanismos estructurales referidos a la seguridad social de personas económicamente activas o de mecanismos de protección social a su favor, al margen de un objetivo claro de planeación.

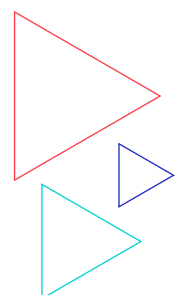
(...)

89. En efecto, los trabajadores vinculados por tiempo parcial y que devenguen menos de un salario mínimo mensual legal vigente, a partir de lo dispuesto en dicha disposición, se verían excluidos del Régimen General de Seguridad Social y deberían pasar a registrarse por el denominado piso de protección social. De manera que no es posible concluir la naturaleza instrumental de este mecanismo pues, contrario a lo afirmado por la Presidencia de la República, se estructura un nuevo régimen de cotización, afiliación y mecanismos de protección en favor de ciertas personas para los riesgos de vejez, invalidez, muerte, incapacidades o enfermedad, entre otros. Debido a la complejidad de la disposición demandada, su falta de relación con un fin planificador y la tensión que se genera con las disposiciones que ya regulaban este tema, se refuerza el desconocimiento del principio de unidad de materia.

(...)

91. En consecuencia, cuestiona la Sala Plena que, sin explicar la manera en la que se deben armonizar las disposiciones que determinan la afiliación obligatoria de los trabajadores dependientes con la tensión aquí generada, se incorporara un régimen especial a través de una ley que cuenta con un debate democrático menor y que, a su vez, limita las posibilidades de participación del Congreso de la República, *“pues la ley del Plan es de exclusiva iniciativa gubernamental, cuenta con un término restringido para su aprobación y limita las posibilidades de modificación en su contenido por parte de los congresistas”* (el énfasis pertenece al original).

339 constitucional: “Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal (...)”. Se trata de una norma que determina el plan de acción de un Gobierno particular durante su periodo constitucional.





Con todo, y dada la importancia del tema y de los efectos nocivos que podría generar el retirar súbitamente la norma del ordenamiento jurídico, la Corte terminó por modular los efectos de la sentencia, y condicionó la pérdida de vigencia de la norma inconstitucional hasta el 20 de junio de 2023, de manera que el Congreso tuviera tiempo suficiente para regular el tema durante dicho plazo.

Volviendo a la Ley 100, esta no solo regula las pensiones por vejez, sino también las prestaciones por invalidez, sobrevivientes, y prestaciones adicionales como auxilio funerario y una mesada anual adicional. El auxilio funerario puede ser reclamado por la persona que demuestre haber sufragado los gastos de entierro de un pensionado o de un afiliado, y corresponde al último salario base de cotización o a la última mesada pensional, y en todo caso no será menor a cinco salarios mínimos ni mayor a diez. Ahora bien, la pensión de quien sobrevive a un pensionado es igual al 100 por ciento de la mesada que disfrutaba el beneficiario inicial y quien sobrevive a un afiliado recibe “el 45% del ingreso base de liquidación, más 2 % de dicho ingreso por cada cincuenta semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas semanas de cotización, sin que exceda el 75 % del ingreso base de liquidación”. Nuevamente, la pensión tampoco puede ser inferior a un salario mínimo, y los sobrevivientes que no cumplan con los requisitos para acceder a la pensión pueden solicitar la indemnización sustitutiva de sobrevivientes.

En sede judicial, y más concretamente en la revisión y unificación de jurisprudencia de acciones de tutela, la Corte Constitucional ha definido el concepto y derecho a la seguridad social como una institución jurídica “dual”, que se concibe a la vez como un derecho irrenunciable y como un servicio público¹³. Para la Corte, la seguridad social

-
- hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar general de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas. Esta Corporación ha señalado que el carácter fundamental de este derecho encuentra sustento con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten dignamente las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos¹⁴.
-

Este derecho no es considerado como una dádiva o regalo, sino como un producto del ahorro de la persona durante su vida laboral activa. Por tal razón, concretamente en el caso de la vejez (es decir, la eventualidad que representa la supervivencia más allá de una edad prescrita), quien ha cumplido con la edad y los requisitos tiene derecho a disfrutar de su pensión sin que se le pueda obstaculizar el derecho por razones ajenas a sus obligaciones y responsabilidades con el sistema.

En ese sentido, la jurisprudencia ha reiterado que, durante el régimen de transición del sistema pensional antiguo al nuevo, las semanas cotizadas se deben tener en cuenta con independencia de a qué entidad se hizo el aporte y aplicar la interpretación normativa más favorable al afiliado cuando haya duda¹⁵.

A pesar de lo anterior, la Corte también ha estimado que el derecho de traslado entre fondos y regímenes de pensión o de seguridad social puede ser limitado, siempre que se persiga un fin constitucionalmente válido –como lo es la sostenibilidad del sistema en armonía con la

13 Véanse, entre otras, las sentencias SU-057 de 2008, T-164 de 2013, T-848 de 2013, SU-769 de 2014 y T-209 de 2015.

14 Corte Constitucional, sentencias T-032 de 2012, T-072 de 2013 y T-146 de 2013.

15 Véanse, por ejemplo, las sentencias SU 057 de 2018, SU-769 de 2014.

solidaridad entre los aportantes– y que permita obtener al afiliado un beneficio personal directo, como la posibilidad de acceder a créditos de vivienda en determinados fondos de pensiones o cesantías. Ambas condiciones deben estar presentes, o de lo contrario la disposición resulta inconstitucional ¹⁶.

En el campo de las prestaciones por invalidez, y ante algunas lagunas de la ley, la Corte ha desarrollado reglas jurisprudenciales acerca de la forma en que se reconoce el derecho, la fecha desde la que se causa, la manera en que se calcula la mesada y la forma en que se fija la fecha de estructuración de la invalidez. También ha establecido criterios para resolver los conflictos de competencia que eventualmente surjan entre los regímenes de prima media y el de ahorro individual al momento de estructurarse una invalidez del afiliado. Asimismo, ha disertado sobre los impactos de la *regla del último fondo* sobre la estructura financiera de ambos regímenes y las afectaciones que la *regla del fondo de estructuración* podrían causar al derecho a la seguridad social de los afiliados ¹⁷. Al respecto, se ha entendido que el derecho se reconoce cuando la persona no puede ingresar al mercado laboral por causa de su invalidez. La fecha desde la cual se empieza a pagar la mesada es la del momento en que ocurrió su invalidez, independientemente de si después realizó más aportes al sistema.

En cuanto a la manera de calcular la mesada, se han determinado dos posibilidades a partir de los primeros dos puntos, así:

-
- la primera, establece que la prestación corresponderá “[al] 45 por ciento del ingreso base de liquidación, más el 1,5 por ciento de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50 por ciento e inferior al 66 por ciento”, la segunda, prescribe que la mesada pensional se elevará al “(...) 54 por ciento del ingreso base de liquidación, más el 2 por ciento de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66 por ciento”. En todo caso, la prestación no podrá ser ni superior al 75 por ciento del IBL, ni inferior al salario mínimo legal.

Debe recordarse que, por definición legal, el ingreso base de liquidación de las pensiones de invalidez corresponde al “promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior (...)”, reconocimiento que, como se ha dicho, opera desde la fecha de estructuración” ¹⁸ (el subrayado pertenece al original).

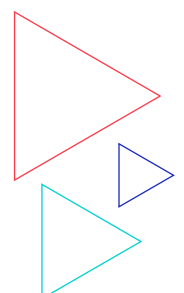
Y en cuanto a la fecha de estructuración, la jurisprudencia ha determinado, a partir de la norma de rango reglamentario vigente, que se entiende como aquel momento en el que la persona “ha alcanzado por lo menos el 50 por ciento de la capacidad laboral u ocupacional”.

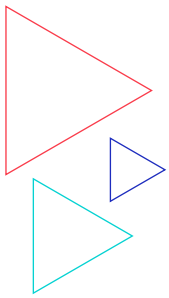
Respecto al conflicto de competencias entre los dos regímenes pensionales que puede ocurrir cuando un afiliado se traslada después de la estructuración de la incapacidad laboral y antes de su calificación médica, la Corte ha estimado que el afiliado no debe verse afectado en su pensión por las discusiones de competencia entre entidades, mucho menos si ya cumple con los requisitos para obtener las mesadas. En algunas decisiones la Corte ha adoptado la “regla del último fondo”, según la cual debe pagar las mesadas la entidad que recibió las últimas

¹⁶ Al respecto, resultan ilustrativas las sentencias C-516 de 2004, C-623 de 2004, C-625 de 1998, C-1024 de 2004.

¹⁷ Sentencia SU-313 de 2020.

¹⁸ Sentencia SU-313 de 2020.





cotizaciones, ya que esta tiene todos los recursos del afiliado bajo su administración al ser estos trasladados de un régimen a otro junto con el afiliado. No obstante, reconoció la misma Corte que esta forma de resolver el conflicto podía tener implicaciones financieras que amenazaran la sostenibilidad del sistema y los derechos del afiliado, en la medida en que las pensiones por invalidez no se financian únicamente con los aportes ahorrados, sino también con un seguro que es contratado por el fondo de pensiones en el caso del régimen de ahorro individual. También tendría el nuevo fondo que pagar unas sumas retroactivas que se generaron a cargo del fondo antiguo y de la aseguradora antigua, lo que ocasionaría, respectivamente, empobrecimientos y enriquecimientos sin causa. Fue por estas razones que la Corte Constitucional, después de unas sesiones técnicas en las que se discutieron las implicaciones financieras de su jurisprudencia, cambió el sentido de esta en la sentencia SU 313 de 2020 y determinó que la invalidez debía ser asumida por el fondo que recibía las cotizaciones al momento de su estructuración.

También se encuentra como escenario constitucional relevante el de las pensiones de sobreviviente de las compañeras permanentes por fuera del matrimonio del pensionado. Al respecto, la Corte ha indicado que todo juez que conozca de un caso debe valorar y resolver conforme a derecho los requerimientos pensionales que sean esgrimidos por las compañeras permanentes del pensionado. El criterio adoptado para definir los conflictos entre cónyuge supérstite y compañera permanente es el de la convivencia efectiva al momento de la muerte, de forma que el cónyuge supérstite pierde el derecho a la pensión de sobreviviente si al momento de la muerte no hicieron vida común, excepto cuando existiera justa causa imputable al marido. Esto, incluso si la pensión se causó durante la vigencia de la constitución anterior a la de 1991¹⁹.

Finalmente, otra de las discusiones constitucionales que merece nuestra atención, en cuanto a la justiciabilidad de la seguridad social, es la de la acción de tutela o amparo en contra de sentencias judiciales. En principio, el derecho a la seguridad social se protege mediante acciones judiciales de la jurisdicción ordinaria laboral o de la contencioso-administrativa, que son distintas a la acción de tutela, que es propia de la jurisdicción constitucional difusa. En dichas jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa, es usual ver sentencias que protegen de forma insuficiente el derecho a la seguridad social, particularmente en el escenario de las pensiones. Cuando ello ocurre, un último recurso empleado por los ciudadanos es el de instaurar una acción de amparo o de tutela en contra de la sentencia que definió el litigio en la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa.

Con lo anterior, se ha presentado en la Judicatura colombiana un fenómeno que durante la primera década de los años 2000 se conoció popularmente como “choque de trenes”, cuando las altas cortes difieren en sus apreciaciones sobre el derecho sustancial colombiano en materia de seguridad social.

Por un lado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado reivindicaban sus decisiones argumentando que cada una de ellas eran el “órgano de cierre jurisprudencial” en materia ordinaria y contencioso-administrativa, respectivamente. Por el otro, la Corte Constitucional argumentaba que el sistema jurídico colombiano en su totalidad se encuentra irradiado por la Constitución, y como tal, la acción de tutela, que es revisada finalmente por la Corte Constitucional, es un mecanismo válido en ciertos eventos en los que se vulneran derechos fundamentales por parte de las autoridades judiciales a través de sus sentencias.

Frente a esta situación, y con el propósito de apaciguar la polémica entre las altas cortes y encaminar adecuadamente las controversias constitucionales frente a los procesos de la jurisdicción ordinaria, la Corte Constitucional ha decantado su jurisprudencia mencionando los requisitos para incoar una acción de tutela en contra de una decisión judicial en casi todas las sentencias de tutela sobre pensiones. Esto se debe a que dichas sentencias, la gran mayoría de las veces, evalúan una decisión tomada en la jurisdicción ordinaria laboral o

¹⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia SU-454 de 2020.

contencioso-administrativa. En la sentencia SU 113 de 2018 la Corte Constitucional enumeró los requisitos de procedibilidad de una tutela en contra de una sentencia judicial así:

-
- **(i) Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional: (...)**
 - (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: (...)**
 - (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez: (...)**
 - (iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: (...)**
 - (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la trasgresión como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal violación en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: (...)**
 - (vi) Que no se trate de sentencias de tutela: (...)**

2.3.7 De esa manera, una vez superada la observancia de los requisitos generales, solo es procedente la tutela contra una decisión judicial, cuando la providencia acusada haya incurrido, al menos, en uno de los siguientes defectos especiales, descritos en la Sentencia C-590 de 2005, y ello traiga como consecuencia la violación de derechos fundamentales:

(i) Defecto orgánico: tiene lugar cuando el funcionario judicial que dictó la sentencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.

(ii) Defecto procedimental: surge cuando el juez de la causa adopta su decisión completamente al margen del procedimiento establecido para el proceso sometido a su conocimiento.

(iii) Defecto fáctico: se origina cuando la decisión adoptada por el juez carece de apoyo probatorio, del cual pueda aplicar el supuesto legal en el que soporta su sentencia.

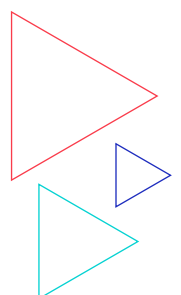
(iv) Defecto material o sustantivo: se presenta cuando se toman decisiones con fundamento en normas inexistentes o que han sido declaradas inconstitucionales por esta Corporación o, también, cuando se comprueba una evidente contradicción entre los argumentos expuestos y la decisión adoptada.

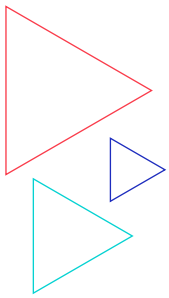
(v) Error inducido: se incurre en esta causal, cuando “la decisión judicial adoptada resulta equivocada y causa un daño iusfundamental” como consecuencia del ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, “o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público”.

(vi) Decisión sin motivación: se observa cuando los servidores judiciales no dan cuenta de los supuestos fácticos y jurídicos de sus decisiones “en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

(vii) Desconocimiento del precedente: hipótesis que se presenta, cuando se desconoce la posición consolidada que, sobre una misma materia, ha fijado el respectivo órgano de cierre, bien sea de la jurisdicción ordinaria, como de la contencioso administrativa, como también, la fijada por la Corte Constitucional en los asuntos de su competencia.

(viii) Violación directa de la Constitución: se incurre en esta causal cuando el funcionario judicial profiere una decisión que lesiona los principios, las reglas y los postulados señalados por la Carta Política (las negritas pertenecen al original).





Con todo, la justiciabilidad de la seguridad social para el caso de las pensiones se manifiesta a través de las jurisdicciones ordinarias laborales, cuyo órgano de cierre es la Corte Suprema de Justicia; la contencioso-administrativa, en cabeza del Consejo de Estado; y la jurisdicción constitucional, que, por vía de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales, revisada en última instancia por la Corte Constitucional, termina por irradiar a las dos anteriores.

2.7 Derecho a un nivel de vida adecuado, alimentación, vestido y vivienda

Estudiamos ahora el desarrollo local constitucional del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tal artículo se puede ver especificado en los artículos 51, 65 y 362 de la carta política. El artículo 51, que hemos visto en otros apartes de este documento, adjudica a los colombianos el derecho a la vivienda digna e impone al Estado la obligación de fijar las condiciones para hacer efectivo el derecho, promoviendo planes de vivienda de interés social, planes de financiamiento y formas asociativas que faciliten los proyectos de construcción. Por su parte, el artículo 65 declara que la producción de alimentos goza de especial protección del Estado y lo obliga a impulsar planes que desarrollen las actividades agrícolas y pecuarias, y la construcción de obras de infraestructura, la investigación científica y la transferencia de tecnología que aumenten la productividad. Finalmente, desde el artículo 365 hasta el 370 se dictan los parámetros constitucionales con que se regula la prestación de servicios públicos domiciliarios. Estos “son inherentes a la finalidad social del Estado” y son instrumento para el logro de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De manera que el artículo 366, al señalar que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado” y que “Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (...)”, le brinda prioridad al gasto público en saneamiento básico, potabilización del agua y al gasto público social en general por sobre los demás rubros. Los artículos 367 y 368 ponen en cabeza de las entidades territoriales descentralizadas la responsabilidad de prestar los servicios públicos directamente o por medio de particulares supervisados, de acuerdo a las necesidades particulares de cada municipalidad. Por su parte, los artículos 369 y 370 consagran los deberes y derechos de los usuarios y los mecanismos de fiscalización y supervisión de los recursos públicos destinados a la prestación de servicios públicos.

El derecho a un nivel de vida adecuado, alimentación, vestido y vivienda tuvo un interesante desarrollo y protección a raíz de la pandemia de la COVID-19. Como es sabido, las medidas de aislamiento y prohibición de ciertas actividades económicas decretadas para enfrentar la pandemia golpearon fuertemente a distintos sectores económicos, y con ello a las clases trabajadoras y menos favorecidas. Para mitigar los efectos nocivos de las medidas, el Gobierno nacional adoptó una serie de decretos de emergencia tendientes a garantizar los mencionados derechos. Por ejemplo, se ampliaron los programas de transferencias en dinero para poblaciones afectadas que no estaban comprendidas en el programa de Familias en Acción, incluso eliminando los condicionamientos de las transferencias²⁰. Se autorizó a los trabajadores afectados por la pandemia el retiro de sus cesantías²¹. De manera temporal durante los primeros meses de la pandemia, se prohibió la suspensión de los servicios públicos domiciliarios a las personas que no pudieran pagarlos, y se autorizó el pago diferido de estos servicios en un plazo de 36 meses²². Se declararon servicios públicos esenciales al de telecomunicaciones,

20 Decretos 458, 486, 518 y 553 de 2020.

21 Decreto 488 de 2020.

22 Decreto 517 de 2020.

radiodifusión, televisión y servicios postales²³. También se adoptaron medidas para evitar el desahucio de los arrendatarios que no pudiesen pagar el arrendamiento de su vivienda, tratando de no perjudicar a los arrendadores, privilegiando la autonomía y la libre negociación entre las partes, pero morigerando las cargas del arrendatario al congelar intereses de mora y aplazar el aumento anual del canon de arrendamiento que hubiese pactado²⁴.

De acuerdo a algunos tomadores de decisiones públicas, las restricciones fiscales de un país de renta media como Colombia no permitieron un paquete de medidas más ambicioso y garantista como el ofrecido en otras naciones. De hecho, la presión fiscal aumentó por causa de los decretos de emergencia hasta el punto en que, de acuerdo a la actual Administración, se hizo necesaria una nueva reforma en materia de impuestos. Pero se busca que buena parte de estos programas tengan una mayor permanencia en el tiempo de cara a la reactivación económica que necesita el país, y para ello se han consignado distintas disposiciones en la reforma tributaria que cursa en el Congreso de la República al momento de escribir este artículo.

2.8 Derecho a la salud

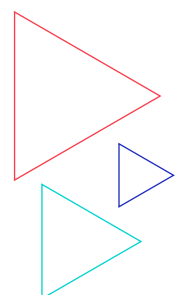
El derecho a la salud, estatuido en el artículo 12 del Pacto, tiene un complejo y esforzado desarrollo en el ámbito jurídico, político y financiero de Colombia. En rango constitucional, el derecho a la salud y relacionados se desglosan en los artículos 44, 49, 50, 52, 78, 80, 81, 95, 336, 347, 356, 357 y 366, entre otros. Las disposiciones constitucionales van desde las proposiciones normativas más generales hasta las proposiciones más detalladas y específicas, que priorizan el gasto público en salud y prohíben destinaciones diferentes de los recursos excedentes a inversión hasta tanto no se alcance y certifique cobertura universal en el servicio. Tal es el caso de los artículos 357 y 366.

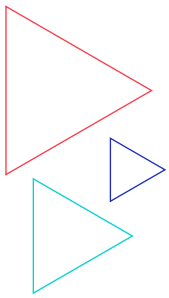
Retomando el artículo 44 ya estudiado en otras secciones de este trabajo, se observa que, en el caso de los niños, el derecho a la salud se equipara a un derecho fundamental de primera generación, de manera que en posteriores desarrollos jurisprudenciales no fue necesario realizar mayores maniobras argumentativas para justificar su protección inmediata por vía de la acción de tutela. El artículo 49, por su parte, denomina a la atención en salud y al saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, que deberán ser organizados, dirigidos y regulados por este y podrán ser prestados directamente o por intermedio de particulares que son vigilados y supervisados por órganos de control adscritos al Ejecutivo, y en particular al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud. En dicho artículo, además, se estipula que la prestación de servicios de salud y de saneamiento ambiental se deberá realizar conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Esto se materializa, por ejemplo, a través de los subsidios cruzados que operan entre los regímenes contributivo y subsidiado en salud, y entre los estratos 4, 5 y 6 que subsidian el acueducto y saneamiento básico de los estratos 1, 2 y 3²⁵. También se indica en la mencionada norma constitucional que la ley señalará los términos en que la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

23 Decreto 464 de 2020.

24 Decreto 579 de 2020.

25 En materia de pensiones, como vimos, también se cuenta con un subsidio cruzado similar a los descritos anteriormente. Se trata de una contribución de los cotizantes al sistema de pensiones con ingresos mayores a 4 salarios mínimos, que aportan un uno por ciento (1 por ciento) adicional sobre el ingreso base de la cotización al Fondo de Solidaridad Pensional. Este fondo se destina a los cotizantes que no tienen recursos suficientes para pagar los aportes completos que garantizarían la pensión mínima. Recordemos en todo caso que, por otras razones normativas, distintas al Fondo de Solidaridad, las mesadas pensionales más altas que se causan al día de hoy no alcanzaron a ser cubiertas por el ahorro de los cotizantes y deben ser subsidiadas con cargo al Presupuesto General de la Nación, siendo este uno de los subsidios más regresivos del país.





De otro lado, el artículo 50 de la Constitución impone unos estándares mínimos de protección en salud para la infancia que resultan bastante interesantes, pues indica que todo niño menor de un año que carezca de un sistema de protección en salud o seguridad social tiene derecho a la atención gratuita en cualquier establecimiento médico del país que reciba aportes del Estado. A su vez, en sede de prevención y promoción de la salud, el artículo 52 reconoce que el gasto en deporte y recreación es un gasto público social a favor de un derecho que forma parte del derecho a la educación y salud. Más adelante, el artículo 78 responsabiliza a los productores y comercializadores de bienes y servicios que pudiesen atentar contra la salud, la seguridad o el medio ambiente sano. El artículo 80 le adjudica al Estado la responsabilidad de planificar el manejo de los recursos naturales y de controlar los factores de deterioro ambiental. Este mandato ha estado en una particular tensión durante los últimos años, en los que se privilegió la economía minera y extractiva; pero en todo caso el mandato constitucional permanece vigente y en virtud de él se realizan algunas, aunque pocas, actividades de represión y sanción a la minería ilegal. Seguidamente, en el artículo 81 encontramos la prohibición de importación y fabricación de armas químicas, biológicas y nucleares, y también del ingreso de sus desechos o de otros tóxicos.

Si nos adentramos en la parte “orgánica” de la Constitución colombiana, es decir, aquella en la que se narra en detalle el funcionamiento del Estado, encontramos que el artículo 336 ordena que cualquier monopolio que se establezca como arbitrio rentístico a favor del Estado tendrá como finalidad el bien social o público. En consecuencia, en Colombia el Estado tiene un monopolio sobre los juegos de suerte y azar y sobre la venta de licor, que en la práctica se materializa en una regulación de la comercialización y en impuestos sobre dichos bienes. Tales rentas tienen como destinación específica los servicios de salud y educación.

Ahora bien, en el rango legal, el derecho a la salud ha sido regulado por la Ley 100 de 1993, que configuró el sistema de salud actual, y la más reciente Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015, que reformó la Ley 100 y reconoció al derecho a la salud como un derecho autónomo y fundamental. Esto fue luego de que una copiosa jurisprudencia constitucional, a lo largo de más de veinte años, creara y transformase múltiples argumentos para asegurar la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de la acción de tutela. En particular, la Ley 100 creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que a su vez está conformado por dos regímenes, uno contributivo y uno subsidiado, que ofrecían, respectivamente, servicios para las personas vinculadas a través de un contrato laboral, para los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes que tuvieran la capacidad de pago, por un lado, y para las personas sin capacidad de pago para cubrir con el monto total de la cotización, por el otro. El sistema de salud colombiano, que tiene una cobertura casi universal en aseguramiento, es uno de los más solidarios del mundo (Bernal y Gutiérrez 2012), en tanto que la población contribuyente al sistema, beneficiaria de un empleo formal, financia generosamente al régimen subsidiado que asegura a la población desempleada y a la que gana su sustento en el sector informal. Este sistema de subsidios cruzados ha llegado a significar una enorme proporción del ingreso de los hogares del quintil de menos ingresos, de hasta el 49 por ciento en el año 2007, que disminuye progresivamente en los quintiles más altos hasta que estos empiezan a subsidiar a los más bajos, contribuyendo así a la disminución de la pobreza en 4,78 puntos porcentuales y del coeficiente de Gini en 2,54 luego de ser aplicados los subsidios (Bernal y Gutiérrez 2012).

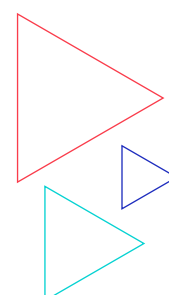
Muy a grandes rasgos, el sistema creado por la Ley 100 puede describirse como un sistema en el que se privilegia la competencia y la iniciativa privada en la prestación del servicio de salud, regulada y modulada por el Estado (Lamprea 2011). Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) funcionan como contenedoras del gasto y administradoras de los recursos que aportan los ciudadanos al sistema, pagando a los hospitales y clínicas, tanto públicas como privadas, por los servicios de salud prestados luego de evaluar con bastante recelo el llenado de los requisitos formales (y algunas veces informales).

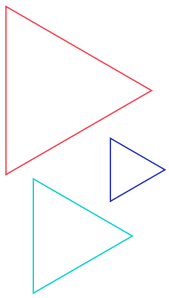
Muy prontamente, en la década de los 90 se hizo evidente la contención y litigiosidad entre los usuarios del servicio y las EPS, que en muchos casos se negaban (y se siguen negando) a prestar los servicios o a otorgar medicamentos, apelando a argumentos de rango legal o a argumentos de rango reglamentario (decretos del Ejecutivo), como, por ejemplo, que un medicamento o servicio no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS). La cantidad de acciones de tutela resueltas por los jueces de Colombia en contra de las EPS ha sido enorme. Informes de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación indican que las acciones de tutela que invocaron el derecho a la salud han llegado a representar hasta el 41,5 por ciento del total de acciones de tutela incoadas en el país en el año 2008. Para el año 2014, la participación de tutelas que invocaban el mismo derecho, aunque bajó, llegó a ser del 23,74 por ciento; y cerca del 70 por ciento de las tutelas que invocaban el derecho a la salud lo hacían solicitando un servicio o medicamento incluido en el POS, que por la misma razón no ha debido ser negado al usuario en ninguna instancia (Defensoría del Pueblo 2015). En los años 2017, 2018 y 2019, la participación de los casos relacionados con el servicio de salud en las tutelas incoadas en Colombia volvió a subir hasta el 32,54 por ciento, 34,21 por ciento y 33,43 por ciento, respectivamente (Defensoría del Pueblo 2020). El siguiente cuadro elaborado por la Defensoría del Pueblo ilustra de manera detallada el nivel de litigiosidad del derecho a la salud.

► **Cuadro VI.2. Participación de acciones de tutela que invocan el derecho a la salud entre 1999 y 2019 en Colombia**

Año	Tutelas		Participación salud %	Tasa de crecimiento anual %	
	Total	Salud		Total	Salud
1999	86 313	21 301	24,68	-	-
2000	131 764	24 843	18,85	52,66	16,63
2001	133 272	34 319	25,75	1,14	38,14
2002	143 887	42 734	29,70	7,96	24,52
2003	149 439	51 944	34,76	3,86	21,55
2004	198 125	72 033	36,36	32,58	38,67
2005	224 270	81 017	36,12	13,20	12,47
2006	256 166	96 226	37,56	14,22	18,77
2007	283 637	107 238	37,81	10,72	11,44
2008	344 468	142 957	41,50	21,45	33,31
2009	370 640	100 490	27,11	7,60	-29,71
2010	403 380	94 502	23,43	8,83	-5,96
2011	405 359	105 947	26,14	0,49	12,11
2012	424 400	114 313	26,94	4,70	7,90
2013	454 500	115 147	25,33	7,09	0,73
2014	498 240	118 281	23,74	9,62	2,72
2015	614 520	151 213	24,61	23,34	27,84
2016	617 071	163 977	26,57	0,42	8,44
2017	607 499	197 655	32,54	-1,55	20,54
2018	607 308	207 734	34,21	-0,03	5,10
2019	620 257	207 368	33,43	2,13	-0,18
Total	7 574 515	2 251 239	29,72		

Fuente: *La tutela y los derechos a la salud y la seguridad social 2019*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2020: 119.





Tal nivel de litigiosidad provocó numerosos pronunciamientos de la Corte Constitucional que desembocaron en sentencias icónicas como la T-760 de 2008, que declaró en sede judicial que el derecho a la salud es ciertamente un derecho fundamental y no un simple servicio público o derecho social programático. Esto, luego de muchas dubitaciones y discusiones sobre el carácter fundamental o no del derecho a la salud, y, como tal, justiciable o no por vía de la acción de tutela. Con todo, la T-760, luego de una inexplicable pasividad del legislador que no regulaba a los actores del sistema a pesar de la necesidad, ayudó a impulsar la expedición de la Ley 1751 Estatutaria de Salud. Esta terminó por declarar el derecho a la salud como derecho fundamental y autónomo ya en sede legal, y mediante Ley Estatutaria que con mayorías calificadas y requisitos legislativos más estrictos es la llamada a regular los derechos fundamentales en el sistema jurídico colombiano.

Así las cosas, la Ley 1751 de 2015 Estatutaria de Salud define la naturaleza y el contenido del derecho a la salud como un derecho fundamental “autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”, establece unas obligaciones del Estado consistentes en abstenerse de afectar directa o indirectamente el derecho a la salud, formular políticas públicas tendientes a garantizar el goce efectivo del derecho y que propendan a la promoción de la salud y la prevención y el tratamiento de la enfermedad. También obliga al Estado a establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental, ejercer una adecuada inspección y vigilancia, realizar un seguimiento continuo de las condiciones de salud de la población, realizar evaluaciones que den cuenta del cumplimiento progresivo y razonable de los indicadores del goce efectivo del derecho, adoptar las políticas indispensables para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, y finalmente intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos e insumos médicos cuando se amenace la prestación del servicio.

Esta última obligación estatal tuvo una resonada aplicación reciente y sin precedentes, cuando el 14 junio del año 2016 el ministro de Salud Alejandro Gaviria reguló el precio y declaró como de interés público el medicamento contra el cáncer Imatinib, producido y monopolizado mediante patentes por la farmacéutica suiza Novartis. La resolución 2475 del Ministerio de Salud se expidió luego de que la farmacéutica se negara a disminuir el precio de su medicamento que es pagado con recursos públicos, y que, en virtud del monopolio otorgado por la patente concedida en sede judicial (pues inicialmente se había negado la patente por la autoridad administrativa correspondiente), se vendía a un precio muy por encima del coste marginal de producción y por encima del precio promedio en otros países desarrollados, lo que afectaba sustancialmente las finanzas del sistema de salud colombiano. La medida, por lo demás, se dio en medio de un ambiente trasnacional agitado en el que naciones del primer mundo y los organismos multilaterales tienden a privilegiar la propiedad intelectual sobre el interés colectivo de los usuarios (al respecto, véase Cosoy 2016).

La Ley Estatutaria 1751 de 2015 en su artículo 6º define los “elementos y principios del derecho fundamental a la salud”. Son 4 elementos y 14 principios que se transcriben a continuación:

► **Artículo 6º. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud.** El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten (...);

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;

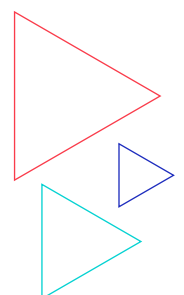
g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;

i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;





l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;

m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Adicionalmente, la ley impone al Estado la carga de evaluar anualmente los indicadores del goce efectivo del derecho a la salud (un término acuñado por la Corte Constitucional) (art. 7). Y el artículo 11 define quiénes son los sujetos de especial protección, y dentro de ellos señala a los niños, las niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad. Indica el mismo artículo que estas personas no podrán sufrir limitaciones en el servicio de salud por ningún tipo de restricción administrativa o económica, e impone a las entidades prestadoras de salud la carga de definir procesos de atención intersectorial.

La norma estatutaria también prohíbe a los actores del sistema negarse a prestar servicios de urgencia o imponer trabas administrativas (art. 14) y garantiza la prestación de absolutamente todos los procedimientos, tecnologías y servicios de salud que requiera el paciente. Esto siempre y cuando los servicios **no** incurran en seis criterios específicos del artículo 15 de la Ley Estatutaria, a saber: 1) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o el mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; 2) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; 3) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; 4) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; 5) que se encuentren en fase de experimentación; y 6) que tengan que ser prestados en el exterior.

Con tales medidas legislativas se eliminó la diferencia en el vademécum de los regímenes de salud contributivo y subsidiado en pro del derecho a la igualdad y en concordancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Con ello también se impuso como estándar mínimo el acceso universal a todos los medicamentos y procedimientos no cosméticos y con eficacia clínica comprobada que se ofrezcan dentro de las fronteras nacionales. Por supuesto, la medida también busca evitar la alta litigiosidad del derecho a la salud que se manifestaba en numerosas acciones de tutela en contra de las EPS, que, como vimos, se negaban (y siguen negando a la fecha a pesar de la relativamente reciente Ley Estatutaria) a prestar servicios médicos no incluidos –e incluidos– en el antiguo Plan Obligatorio de Salud.

2.9 Algunas conclusiones sobre los derechos sociales en los textos jurídicos colombianos

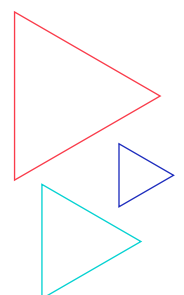
Hemos visto, principalmente, los desarrollos constitucionales y algunos desarrollos legales que tienen los DESC en el sistema jurídico colombiano, en lo que hemos querido denominar como “los DESC en los libros”. Algunos de los textos jurídicos son ciertamente vagos y ambiguos, y poco dicen sobre el contenido concreto de los derechos sociales en Colombia. Sin embargo, por más difusos que parezcan, algunas nociones constitucionales o legales sobre la justicia social en general, o sobre los DESC en particular, son en sí mismas una muestra de la existencia e inclusión de la justicia social, la seguridad social y los derechos sociales en el sistema jurídico colombiano. Adicionalmente y a pesar de la relativa indeterminación que puedan tener los textos jurídicos, más adelante veremos que han dado lugar a pronunciamientos y construcciones conceptuales de las cortes colombianas que llenan de significado los gaseosos principios constitucionales.

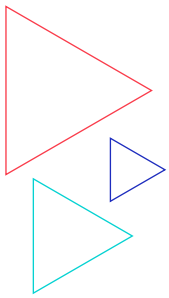
A pesar de lo anterior, también hemos visto que varios de los derechos sociales se han definido con bastante precisión y en algunos casos con estándares mínimos generosos. Así, por ejemplo, el derecho a la salud pasó de tener unos estándares mínimos de acceso a medicamentos determinados en una lista denominada Plan Obligatorio de Salud, que discriminaba entre los regímenes contributivo y subsidiado, a un estándar mucho más generoso en el que se garantiza el acceso a todos los medicamentos, tecnologías y servicios médicos alcanzados por la ciencia humana. Esto siempre y cuando hayan sido aprobados por la autoridad sanitaria competente (en este caso, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, que sigue estándares de la Administración de Alimentos y Medicamentos y la Organización Mundial de la Salud), exista evidencia clínica sobre su eficacia y se presten en el territorio nacional.

Paralelamente, la seguridad social se ha denominado como un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes. En el caso de los niños, se estatuye como un derecho fundamental junto con la salud, la alimentación equilibrada, entre otros. Y en el caso de la tercera edad, se garantiza el servicio a la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia. El derecho a la seguridad social, además, se ha regulado de manera detallada en su aspecto operativo en el mismo texto constitucional con la reforma constitucional de 2005. Esto es algo atípico en los textos constitucionales, que normalmente contienen normas o disposiciones mucho más amplias y genéricas, pero que fue necesario para garantizar la seguridad jurídica de los actores en un contexto en el que la mezcla de normas constitucionales amplias y ambiguas, alta litigiosidad y controles de constitucionalidad estrictos podían generar efectos inesperados.

Los textos jurídicos sobre pensiones en el nivel legal no han sido tan prolíficos como tal vez ha ocurrido en el sistema de salud. Los tecnócratas y tomadores de decisiones expresan un amplio consenso acerca de la necesidad de una nueva reforma pensional (López y Sarmiento 2019) que amplíe la cobertura y garantice a los cotizantes la estructuración de su pensión disminuyendo la devolución de saldos o las indemnizaciones sustitutivas. También sostienen que deberían eliminarse los subsidios regresivos a las pensiones más altas que disfrutaban quienes durante su vida laboral activa tuvieron mayores ingresos, pero a pesar de ello no ahorraron lo suficiente por causa de las disposiciones legales vigentes en su momento.

Por lo anterior, el sistema pensional también presenta una alta litigiosidad que ha llevado a un desarrollo jurisprudencial copioso y que, curiosamente, incluye todo un sistema de subreglas jurisprudenciales sobre la procedibilidad de la acción de tutela en contra de sentencias de la jurisdicción ordinaria. Esto es muestra de que los criterios constitucionales tienden a ser más garantistas que las disertaciones que se limitan a analizar el rango legal, y que la Constitución llega a hacerse verdaderamente operativa por vía de la acción de tutela, que se ha mostrado como el mecanismo de justiciabilidad por excelencia.





Retomando otros derechos sociales estudiados en el texto constitucional, vimos que las prestaciones laborales, además de irrenunciables, deben ser iguales para cualquier trabajador, hombre o mujer, que desempeñe funciones iguales. Estas prestaciones, además, se adjudican en sede judicial atendiendo a la realidad material de las relaciones entre patrón y obrero, por encima de cualquier denominación escrita con la que las partes las hayan distinguido y con interpretación favorable al trabajador en caso de duda.

Especial mención merecen los artículos constitucionales que restringen las interpretaciones que hagan los operadores jurídicos de los DESC, para que estas sean siempre a su favor. Vimos que el artículo 93 da prevalencia sobre el orden jurídico interno a los tratados sobre derechos humanos, dentro de los cuales se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que pasa a formar parte del llamado “bloque de constitucionalidad”, de manera que el estándar mínimo de interpretación a favor de los DESC pasa a casi el máximo posible.

Vimos también unos estándares mínimos de acceso a cargos públicos por parte de las mujeres, quienes deben ocupar al menos el 30 por ciento de los cargos de libre nombramiento y remoción de la rama ejecutiva. Además, tienen a su favor la carga impuesta al Estado de monitorear el logro de los indicadores de equidad establecidos en la legislación.

Finalmente, en cuanto a los derechos a la vivienda, alimentación adecuada, educación y acceso a progresos científicos, entre otros derechos sociales de alcance progresivo, anotamos que la Constitución colombiana impone al Estado la carga de elaborar planes y políticas públicas para el alcance de esos derechos. En la siguiente sección de este documento veremos que el mandato constitucional de elaborar políticas públicas tendientes a alcanzar los derechos sociales de cumplimiento programático fue esgrimido inicialmente por algunos sectores políticos como un argumento que apoyaba la no justiciabilidad inmediata de los DESC. Sin embargo, en una brillante maniobra judicial, la Corte terminó por hacer uso de tales mandatos constitucionales, precisamente, para exigir a las otras ramas del poder público la elaboración de programas y políticas públicas que por años se habían negado a elaborar, o que elaboraban pobremente y sin mayores criterios de eficiencia o conducencia para alcanzar lo que la jurisprudencia constitucional denominó como el “goce efectivo de los derechos sociales”.

3. Segunda parte: los DESC en acción. Consideraciones y distinciones analíticas de la jurisprudencia constitucional

Quizás una de las áreas en donde la comunidad jurídica colombiana ha realizado aportes relevantes al debate teórico transnacional es, justamente, el terreno de los derechos sociales y sus formas de justiciabilidad. Estos aportes que nacen en Latinoamérica, y que son recopilados por el constitucionalismo comparado (Coomans 2006; Gargarella, Domingo y Roux 2006, entre otros, citado por Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2010), muchas veces se ven ignorados o silenciados en los debates jurídicos transnacionales por las dinámicas propias de la economía política del conocimiento jurídico (Bonilla 2015), que consideran al Sur global como un simple lugar de recepción, reproducción y aplicación mimética de un conocimiento jurídico producido en el Norte global (López 2004). En ese sentido, resulta reivindicativo del saber jurídico del Sur global el espacio abierto por la OIT en esta publicación para compartir entre diversas naciones las experiencias relativas a la puesta en práctica de los derechos sociales.

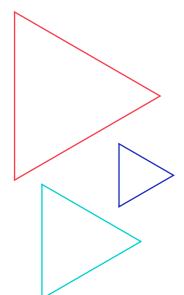
Y es que la puesta en práctica de los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo impone algunos problemas analíticos y de ruptura de tradiciones políticas y epistémicas. En particular, la tradición político-epistémica liberal clásica ha construido una narrativa según la cual existen unos derechos de primera generación, otros de segunda y otros de tercera. Los de

primera generación serían verdaderos derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos en sede judicial de manera inmediata por la vía de acciones como las de tutela o amparo. Comprenderían la carta clásica de derechos civiles y políticos como la vida, la libertad personal, la libertad de cultos, de expresión y de conciencia; el derecho a elegir y ser elegido, entre otros. Se afirma que estos derechos de primera generación son, en términos generales, unas garantías contra el poder estatal y, en consecuencia, solo le imponen al Estado la obligación de abstenerse de vulnerar los derechos, es decir, la obligación de no detener arbitrariamente, no impedir la manifestación libre del culto, etc. La segunda generación de derechos estaría comprendida por los DESC, que, nos dice la tradición liberal clásica, junto con los derechos al medio ambiente y demás de tercera generación, son derechos que para su realización se requiere ya no una “abstención”, sino de una acción positiva de planificación y erogación de recursos públicos. Los jueces no tendrían ni la legitimidad de un origen democrático para ordenar gasto público, y su activismo judicial en tal sentido sería contrario a los ideales republicanos, así como tampoco tendrían la capacidad técnica para elaborar los planes o las políticas públicas necesarias para la realización material de derechos programáticos como la vivienda, la educación o el acceso a los progresos culturales y científicos. De acuerdo a esto, únicamente las ramas legislativas y ejecutivas serían las llamadas a elaborar los planes y las políticas que den cumplimiento a los DESC, máxime cuando los jueces no están sometidos a mecanismos de rendición de cuentas (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2010; Teles 2008; Tushnet 2008; Waldron 2001; Abramovich y Curtis 2002).

Pues bien, podemos afirmar que muy tempranamente la Corte Constitucional colombiana adquirió cierta conciencia sobre las restricciones argumentativas y de maniobra judicial que imponía la narrativa liberal clásica cuando distingue los derechos entre primera y segunda generación. Ya en 1993, en la sentencia T-494 la Corte enfrentaba el debate de si el derecho a la salud era justiciable o no por vía de la acción de tutela, que en principio solo protege derechos fundamentales, mientras que la salud era considerada como un servicio público y un derecho prestacional, no un derecho fundamental de primera generación. Fue así como la Corte en su jurisprudencia temprana terminó por ampliar su margen de maniobra acuñando el criterio de “conexidad”, según el cual la salud como servicio público y derecho prestacional se encuentra íntimamente ligado a la vida y a la integridad personal, de suerte que, en aquellos eventos en los que una vulneración al derecho a la salud amenazara a otro derecho fundamental como el de la vida, se abría la posibilidad de exigir su protección en sede de acción de amparo. Según la sentencia T-494 de 1993:

-
- Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes –derecho a la salud y derecho a la integridad física– no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho –porque también es una extensión directa del derecho a la vida– está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le





debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.

Todavía en la sentencia T-395 de 1998 la Corte enfrentaba el mismo problema analítico y político-epistémico propio del discurso liberal clásico, y afirmaba que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, y, por lo tanto, solo justiciable mediante el criterio de conexidad con el derecho fundamental a la vida, entendida esta como vida digna.

Ya en el año 2001, en la sentencia T-1081 se reconoció que, frente a sujetos de especial protección como las personas de la tercera edad, el derecho a la salud era un derecho autónomo y fundamental: “El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Solo en el año 2007 la Corte empezó a hacer explícito un argumento de tipo analítico que puso de manifiesto el error categorial en que había incurrido el discurso liberal clásico que distinguía a los derechos de primera y segunda generación por la manera en que se hacen efectivos, o, dicho de otro modo, por su carácter prestacional. La Corte señaló en la sentencia T-016 del 2007 que “la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.

Este argumento encontró un mayor refinamiento en la famosa sentencia T-760 de 2008, en la que la Corte se pronunció ampliamente frente a los muchos problemas del sistema de salud, y que, como vimos, se manifestaban en la enorme cantidad de acciones de tutela que invocaban el derecho a la salud (41,5 por ciento del total de acciones interpuestas en ese año). Se expuso el argumento en los siguientes términos, que justifican una cita por extenso:

► 3.3.3. Para la jurisprudencia constitucional, la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, mas no jurídica o conceptual. Según la Corte, “[l]a creencia de que los derechos de libertad no suponen gasto y que en cambio los derechos sociales, económicos y culturales sí, ha llevado a salvaguardar decididamente la protección inmediata de los primeros, mientras que la de los segundos no”. Desde su inicio, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, si bien el carácter prestacional de los derechos constitucionales está ‘estrechamente’ relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, no se trata de dos categorías idénticas, que coincidan.

3.3.4. No es cierto pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría ‘derechos no prestacionales’ o ‘derechos negativos’. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención.

3.3.5. La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. Es un error categorial hablar de ‘derechos prestacionales’, pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales.

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento *inmediato*, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser

sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. (...)

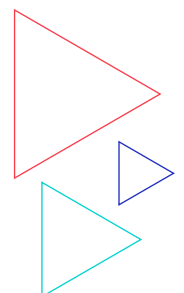
3.3.7. Ahora bien, la Corte no solo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

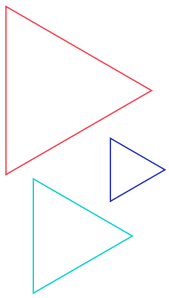
3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, *“lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos”*. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que, si bien el accionante *“no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan”*²⁶ (las cursivas pertenecen al original).

Los párrafos citados condensan lo que puede ser uno de los aportes más relevantes de la comunidad jurídica colombiana a la dilucidación del contenido de los derechos sociales y, por extensión, de la justicia social. Recapitulando las consideraciones de la Corte, tenemos que: 1) es un error categorial considerar que los derechos sociales son prestacionales y los de primera generación no. Ambos tipos de derechos tienen facetas prestacionales y facetas no prestacionales; 2) aun la faceta prestacional de un derecho puede ser de cumplimiento inmediato cuando la prestación sea simple o cuando la gravedad o urgencia de la situación lo amerite; 3) las facetas prestacionales de un derecho que requieren de acciones más complejas y programáticas para su realización deben ser adelantadas por las ramas competentes del Estado, con el fin de alcanzar el goce efectivo del derecho, sea este social o de libertad; y 4) cuando la faceta prestacional del derecho es progresiva, se justifica la no exigibilidad inmediata del derecho, pero no se justifica la inactividad del Estado, que en todo caso tiene la carga de elaborar la correspondiente política pública con metas en indicadores de resultado claros y medios acordados para lograr su cumplimiento.

²⁶ El aparte transcrito contiene 11 notas al pie que por razones de espacio no se pueden reproducir en este documento. Sin embargo, invito al lector que quiera profundizar en su investigación a que acuda a ellas en la sentencia.





Los contenidos mínimos de las facetas prestacionales de un derecho descritos anteriormente no se limitan al sector salud. Por el contrario, en la jurisprudencia constitucional colombiana podemos encontrar razonamientos similares a los empleados en los casos salud en procesos y escenarios constitucionales tan diversos como la accesibilidad de personas con discapacidad física al sistema de transporte público de Bogotá (sentencia T-575 de 2004); o la prestación de servicios públicos esenciales para la población carcelaria y la solución de problemas de hacinamiento con miras a garantizar la prohibición de tratos o penas crueles (entre los casos más ilustrativos, están las sentencias T-151 de 2016, T-282 de 2014 y el auto A-191 de 2016 que sigue el cumplimiento de la T-282). También encontramos en la jurisprudencia el problema estructural de congestión, estancamiento y demora excesiva en la respuesta a las solicitudes de pensiones que los ciudadanos elevan a las empresas estatales colombianas (T-068 de 1998, SU-090 de 2000, T-547 de 2001, T-1234 de 2008 y T-774 de 2015, entre muchas otras); y la creación de una política pública para la atención de los desplazados por causa del conflicto armado colombiano (sentencia T-025 de 2004). Todos estos escenarios de protección de las facetas prestacionales de un derecho se trataban de problemas “estructurales”, en los que no bastaba con resolver la petición particular de amparo de una persona para garantizar el derecho vulnerado, sino que se debían emplear acciones complejas, coordinadas y decididas, que transformaran las múltiples causas que daban lugar a la vulneración masiva de derechos en perjuicio, no de uno, sino de múltiples ciudadanos. Se trata de lo que la Corte Constitucional denominó desde la década del noventa como un “estado de cosas inconstitucional”.

En un primer momento, la categoría de “estado de cosas inconstitucional” significó un verdadero avance doctrinal en la protección de las facetas programáticas o prestacionales de los derechos, aunque se debe reconocer que sus efectos iniciales en la realización objetiva de las prestaciones estatales fueron más simbólicos que concretos. Sin embargo, en la sentencia T-025 sobre desplazados se dio un giro significativo en la actividad de la Corte Constitucional, cuando sus órdenes de creación de una política pública conducente, realista y concordante con las necesidades de la población víctima del conflicto, los indicadores de resultados y el presupuesto para sus logros fueron complementadas por una serie de autos que dieron seguimiento al cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal. Para César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco (2010), el fallo tuvo un efecto creador y visibilizador del problema público del desplazamiento forzado en clave de derechos humanos. Tuvo también un efecto de desbloqueo institucional que significó el espabilamiento, la reacomodación y la sincronización de las instituciones públicas llamadas a atender el problema, que antes del fallo se encontraban anquilosadas y ofrecían pocos resultados concretos para la resolución del problema del desplazamiento. En ese sentido, hubo también un efecto coordinador que trató de racionalizar a la Administración pública; un efecto deliberativo que permitió ampliar y enriquecer el debate público sobre el desplazamiento; un efecto en el diseño, la implementación y la evaluación de la política pública contra el desplazamiento forzado, y finalmente un efecto social específico en la mejora de indicadores de goce efectivo de los derechos de los desplazados, más los respectivos efectos simbólicos sobre el tema.

Es así como la Corte Constitucional colombiana ha afrontado el problema político-epistémico de la justiciabilidad de los DESC, y con ello, en mi opinión, se ha insertado de manera significativa en el debate transnacional. La Corte tuvo una conciencia temprana de las limitaciones que el discurso liberal tradicional de los derechos imponía a la realización material de los DESC, y buscó las categorías analíticas apropiadas para ampliar su margen de maniobra. Inicialmente con el uso del criterio de conexidad, y luego al hacer explícito el error categorial en que incurre la tradición jurídica liberal clásica que agrupó a los derechos en generaciones. No es cierto, pues, que los derechos sociales sean meramente prestacionales y los derechos de libertad no, sino que todos los derechos tienen facetas de prestación y facetas de abstención. Esta distinción analítica, por lo demás, dio lugar a que poco a poco la Corte empezara a impartir órdenes que exigían a las demás ramas del poder público la elaboración de planes y políticas públicas tendientes a realizar progresivamente las facetas prestacionales de los derechos.

4. Conclusiones

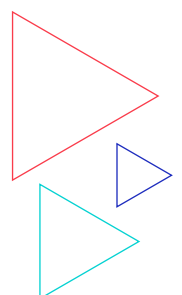
En la primera parte de este documento, repasamos la manera en que la Constitución Política colombiana y otras leyes ordinarias o estatutarias desarrollan los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Pacto Internacional. De esta manera, se trató de explicitar la clasificación de los derechos en “generaciones” y el condicionamiento de su justiciabilidad a la pertenencia a algunas de esas generaciones, que no ocurre en el texto constitucional. Con dicho ejercicio también se describieron algunos estándares mínimos que el ordenamiento jurídico colombiano estatuye para el cumplimiento de un derecho, bien sea inmediato o programático, de acuerdo a sus facetas. Algunas normas constitucionales, como lo advertimos, son ciertamente ambiguas, pero han dado lugar a otros pronunciamientos más concretos de los operadores judiciales o del legislador. Otras, en cambio, como los estándares de interpretación a favor de los DESC y los tratados internacionales sobre derechos humanos, o las normas que restringen a las autoridades territoriales el destino de los recursos para salud y educación, dan una idea más precisa de los estándares mínimos de cumplimiento.

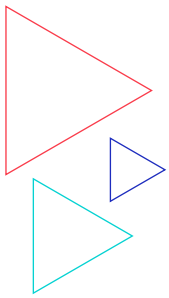
De otro lado, pudimos repasar someramente algunas disposiciones laborales que protegen los derechos y las prestaciones mínimas de los trabajadores, de manera irrenunciable, y privilegiando el derecho sustancial por sobre las denominaciones formales que patrón y trabajador utilicen para identificar su relación contractual.

Describimos los principales desarrollos legales y jurisprudenciales en materia de pensiones, y vimos cómo la jurisdicción constitucional ha irradiado a las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa en materia de pensiones al revisar las sentencias de las altas cortes mediante la acción de tutela o amparo. De la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de pensiones se pueden destacar, entre otros, los pronunciamientos sobre conflicto de competencias entre los regímenes de prima media y ahorro individual cuando se estructura una pensión de invalidez –apoyándose en audiencias técnicas con expertos que ilustran las consecuencias económicas de las decisiones judiciales–. También el fallo más reciente que protegió el principio de deliberación democrática y unidad de materia, cuando se le impidió al Gobierno nacional regular el piso de protección social mediante la ley de plan de desarrollo, que, como vimos, tiene un trámite especial y atípico que restringe el debate democrático, reposado y enfocado en un tema iusfundamental como lo es el sistema de seguridad social. Este tipo de pronunciamientos, cuyos efectos además son modulados en el tiempo, nos muestran a un Tribunal Constitucional comprometido con la realización de la seguridad social, y que al mismo tiempo, procurando un sano equilibrio, escucha a las voces de la tecnocracia que se preocupa por la sostenibilidad financiera del sistema, a los ciudadanos que demandan la protección de sus derechos, y a los poderes públicos, las instituciones y la propia jurisprudencia constitucional, que exigen de la Corte decisiones responsables, con efectos previsibles y manejables en el tiempo.

También observamos los desarrollos de la Ley Estatutaria de Salud, que, impulsada por los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, terminó por reconocer a la salud como un derecho fundamental y autónomo que va más allá de un simple servicio público. Este derecho está compuesto por los elementos esenciales de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional; así como de los principios de universalidad, interpretación *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos de los niños, progresividad, libre elección, sostenibilidad, eficiencia, entre otros. Son estándares generosos, que, por la misma razón, pueden no estar completamente conquistados en la realidad material, pero imponen la hoja de ruta para lograr su cumplimiento progresivo y no revocable.

En la segunda parte del documento, en vez de una descripción detallada de las decisiones judiciales en cada subcategoría de los DESC, privilegiamos la descripción de la maniobra analítica y discursiva que la Corte Constitucional empleó para emanciparse de las restricciones que el discurso liberal tradicional de los derechos imponía al operador jurídico. Tal maniobra consistió en señalar el error categorial en que se incurre al pretender que los DESC son derechos





prestacionales mientras que los derechos liberales no lo son, para seguidamente identificar que el carácter prestacional se predica respecto de la faceta de un derecho y no respecto de una generación de derechos. Ello, después de todo, le permitió a la Corte refinar poco a poco el tipo de órdenes que imparte a las demás autoridades públicas cuando deben elaborar planes o políticas públicas tendientes a realizar y cumplir progresivamente la faceta prestacional o programática de un derecho.

En todo caso, debemos admitir que, aunque progresistas y decididas a hacer de los DESC en los libros algo más concreto en la acción, las decisiones de la Corte Constitucional son excepcionales frente a las del juez constitucional difuso de primera o segunda instancia. Es en sede de revisión oficiosa y de unificación de la jurisprudencia de tutela en donde se han dado estas grandes discusiones teóricas, pero no en los pequeños juzgados de las municipalidades. Y aunque el lenguaje que poco a poco va construyendo la Corte Constitucional va permeando gradualmente a las capas de la sociedad, primero a las más eruditas y luego a las más sencillas, la verdad es que muchas de las categorías analíticas creadas por el Alto Tribunal no podían ni pueden ser conocidas por los ciudadanos y abogados que plantean las discusiones iusfundamentales en los términos sencillos, o a veces ambiguos, de los textos legales y de la jurisprudencia decantada hasta el momento de su petición. El efecto de este fenómeno no es otro que una suerte de creación difuminada en el tiempo de conceptos, subreglas jurisprudenciales y categorías analíticas de difícil manejo y aceptación por parte de los jueces de inferior jerarquía, que solo son ratificadas cuando el ciudadano tiene la suerte de que la Corte Constitucional decida estudiar el caso. Falta mucho, pues, por hacer para que los jueces inferiores apliquen los derechos sociales con el ímpetu que lo hace el juez máximo de lo constitucional.

No obstante, el impacto de la Constitución de 1991 en el desarrollo del derecho a la seguridad social, y de los DESC en general, es significativo tanto en los textos como en la práctica. Por un lado, con el nuevo texto constitucional se ratificó un sistema de revisión judicial de las leyes en abstracto que operaba de antaño en nuestro sistema jurídico, pero que ahora limita y encauza los desarrollos legislativos dentro de los márgenes del nuevo Estado social de derecho, que, como vimos, fue una fórmula acogida con entusiasmo y entendida como vinculante desde la primera Corte. La acción pública de inconstitucionalidad de las leyes ha permitido que las discusiones sobre política pública trasciendan las paredes del Congreso y del Ejecutivo, y lleguen a la ciudadanía que entra en diálogo con el juez constitucional en clave de derechos fundamentales. Por otro lado, y como verdadera novedad en nuestra cultura jurídica, la Constitución de 1991 creó un sistema difuso de protección del catálogo de derechos fundamentales con la acción de tutela. Con este nuevo mecanismo procesal, ha sido posible proteger derechos de forma concreta y célere en múltiples escenarios constitucionales, incluidos los de la seguridad social en materia de salud y pensiones. La tutela también ha permitido decantar jurisprudencia constitucional de una manera que no ocurría antes en las jurisdicciones ordinarias, y en particular la tutela contra sentencias judiciales ha permitido irradiar a las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa, que normalmente se encuentran más ancladas en su propia tradición jurídica.

El impacto de la jurisprudencia constitucional también es significativo. En primer lugar, por la acogida inicial de los nuevos textos constitucionales para hacerlos vivos y una realidad. También por el refinamiento gradual de la jurisprudencia y por la creación y el trasplante de categorías y discursos constitucionales que llenaron de sentido teórico y práctico los textos constitucionales que para algunos sectores eran meras promesas incumplibles, no justiciables, o condicionadas a la disponibilidad presupuestal. El elemento más sencillo pero poderoso es quizás el de que la Administración pública debe tener un plan, con metas razonables, medios apropiados e indicadores de resultado, para lograr el cumplimiento de la faceta programática de los derechos. Este elemento ha sido determinante para resolver problemas como el de la congestión y morosidad en la resolución de solicitudes de pensiones en el sistema público de prima media, y en otros temas como vivienda, acceso a servicios públicos e incluso protección de la población interna desplazada por la violencia. Otras nociones relevantes son las del "estado de

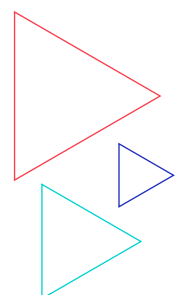
cosas inconstitucional” y la violación de derechos por motivos “estructurales”, que han permitido diagnosticar y entender de forma más precisa los problemas jurídicos y políticos planteados por la ciudadanía, y formular órdenes complejas dirigidas a las diversas instituciones que deben coordinarse para solucionar falencias estructurales. Con todo ello, el juez constitucional ha mostrado ser parte fundamental del ciclo de las políticas públicas al recibir las preocupaciones ciudadanas y destacar dentro de la agenda pública algunos temas que pasarían inadvertidos para los tomadores de decisiones, y al promover la coordinación de las distintas entidades de otras ramas del poder sin interferir indebidamente en sus competencias.

Finalmente, los avances logrados por la Constitución de 1991 en materia de justicia social e inclusión y protección de derechos sociales se ven amenazados en la actual coyuntura, entre otros factores, por las consecuencias sociales, económicas y fiscales de la pandemia de la COVID-19 que surgió en 2020, y que puso bajo presión los ya frágiles sistemas de seguridad social del país. El aumento de la pobreza, el desempleo y la informalidad amenaza con menguar las arcas públicas no solo en el futuro inmediato, sino probablemente en el futuro mediano y de largo plazo. Por ello se han impulsado reformas tributarias en medio de la mayor crisis económica global en décadas, y el resultado ha sido el de un descontento social enorme que terminó por deslegitimar completamente la primera propuesta de reforma y obligó a su retiro. Se debate ahora una nueva iniciativa en materia de impuestos, pero el clima social y político no permite realizar otros ajustes que se estiman necesarios en materia pensional y laboral. En suma, pareciera que los avances en materia de seguridad social que se impulsan desde la ciudadanía y el campo jurídico traen como contrapartida ineludible el aumento de las preocupaciones del sector financiero y asegurador por la sostenibilidad y rentabilidad de los sistemas, y el consecuente *lobby* reformista para socializar los costes adicionales.

Por fortuna, considero que con la acción de tutela, la revisión judicial de las leyes y la jurisprudencia constitucional decantada a lo largo de treinta años se ha generado un campo de discusión razonable y con suficientes garantías para todas las facciones sociales, en el que no se toma partido por un proyecto político o económico en particular, sino que se permite un margen de maniobra amplio entre modelos económicos, siempre que no se afecten los contenidos esenciales del Estado social de derecho. Esto ha significado para el caso de Colombia un concurso relativamente sano entre el sector privado, el sector público y la ciudadanía, gracias al cual se han logrado avances en aseguramiento en salud, disminución de la mortalidad, atención de las solicitudes de pensiones, entre muchos otros indicadores. Por supuesto, son muchos los retos y las necesidades de nuestro sistema de seguridad social, pero hay elementos suficientes para pensar que nuestro texto y prácticas constitucionales permitirán hacia el futuro un debate nutrido. Así, independientemente de su origen político, se podrán seguir sopesando las propuestas venideras en materia de seguridad social con menor incertidumbre de la que parece presentarse en nuestros tiempos pos-COVID-19, y dentro de unos límites constitucionales medianamente consolidados.

5. Bibliografía

- Abramovich, V., y C. Courtis. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Arcidiácono, P., N. Espejo Yaksic y C. A. Rodríguez Garavito. 2010. *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Bazán, V., y L. Jimena Quesada. 2014. *Derechos económicos, sociales y culturales: Cómo se protegen en América Latina y en Europa*. Buenos Aires: Astrea.
- Bernal, O., y C. Gutiérrez. 2012. *La salud en Colombia: Logros, retos y recomendaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes.





Bonilla, D. 2015. "La economía política del conocimiento jurídico". *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 2: 26-59. http://www.palermo.edu/Archivos_content/2016/derecho/2016mayo/economia_politica/Bonilla_La_economia_politica_del_conocimiento_juridico.pdf

Código Sustantivo del Trabajo. Decretos 2663 de 1950 y 3743 de 1959 adoptados por la Ley 141 de 1964.

Congreso de Colombia. Ley 1751 de 2015.

Congreso de Colombia. Ley 100 de 1993.

Congreso de Colombia. Ley 581 de 2000.

Constitución Política de Colombia de 1886.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Coomans, Fons, ed. 2006. *Justiciability of Economic and Social Rights*. Oxford: Intersentia.

Corte Constitucional. Auto 009 de 2015.

Corte Constitucional. Auto 191 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-570 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T- 494 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia T-385 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C 221 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 225 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T-395 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia C-625 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000.

Corte Constitucional Sentencia de Unificación 090 de 2000.

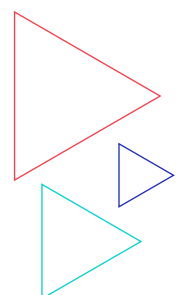
Corte Constitucional. Sentencia C-567 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-797 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-1433 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-1491 de 2000.

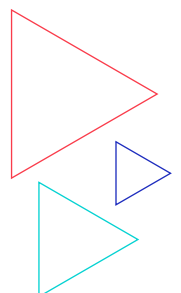
Corte Constitucional. Sentencia T-547 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia T-1081 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 2002.
Corte Constitucional. Sentencia C-891 de 2002.
Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia C-1017 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004.
Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2004.
Corte Constitucional. Sentencia T-575 de 2004.
Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2004
Corte Constitucional. Sentencia C-931 de 2004
Corte Constitucional. Sentencia C-1024 de 2004
Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005.
Corte Constitucional. Sentencia T-453 de 2005.
Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.
Corte Constitucional. Sentencia SU-057 de 2008.
Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008.
Corte Constitucional. Sentencia C-338 de 2008.
Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.
Corte Constitucional. Sentencia T-1234 de 2008.
Corte Constitucional. Sentencia T-530 2011.
Corte Constitucional. Sentencia T-032 de 2012.
Corte Constitucional. Sentencia T-563 de 2012.
Corte Constitucional. Sentencia T-072 de 2013.
Corte Constitucional. Sentencia T-146 de 2013.
Corte Constitucional. Sentencia T-164 de 2013.
Corte Constitucional. Sentencia T-848 de 2013.
Corte Constitucional. Sentencia T-282 de 2014.
Corte Constitucional. Sentencia T- 588 de 2014.
Corte Constitucional. Sentencia SU-769 de 2014.
Corte Constitucional. Sentencia T- 895 de 2014.
Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 2015.
Corte Constitucional. Sentencia T- 774 de 2015.
Corte Constitucional. Sentencia T-151 de 2016.

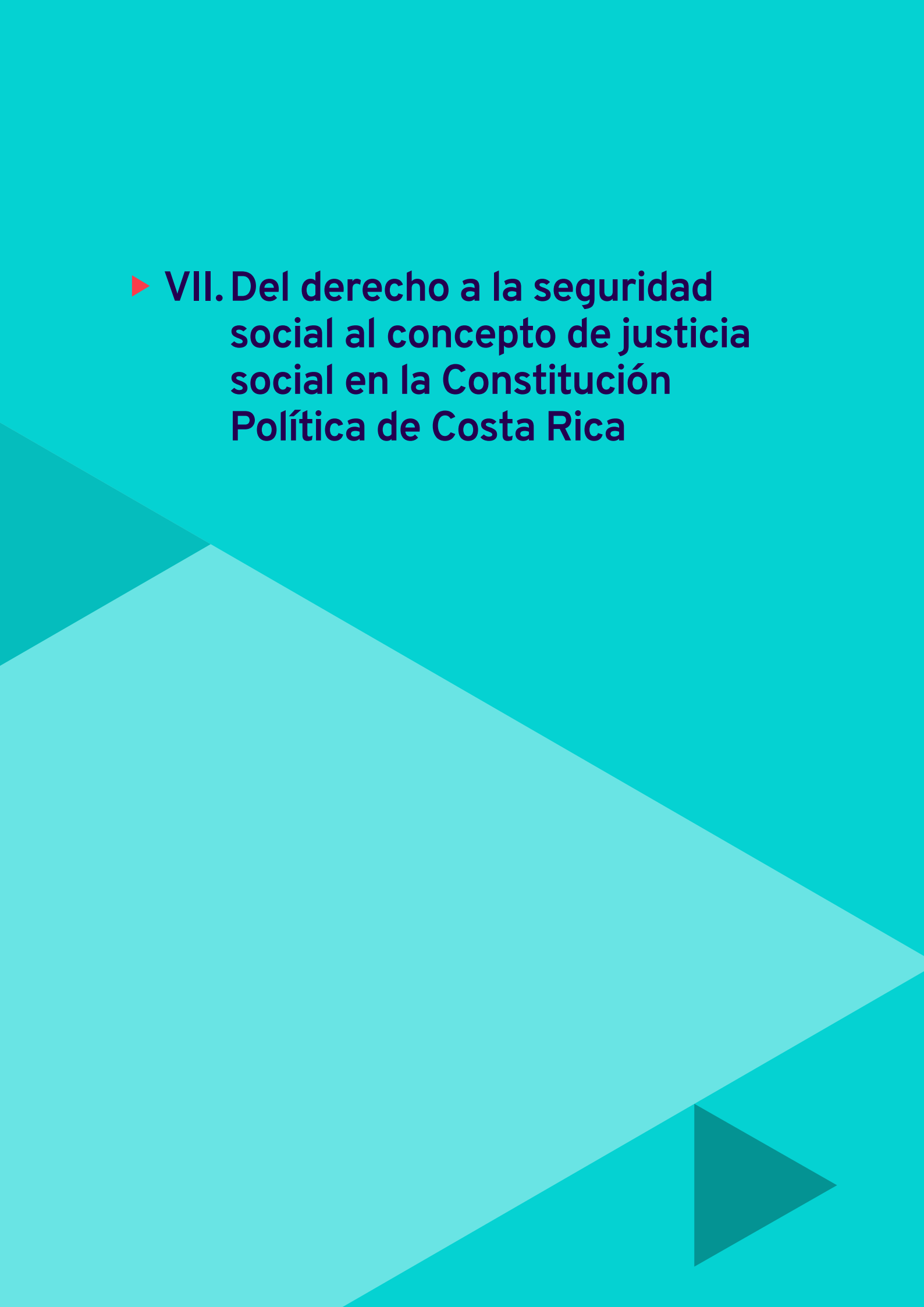




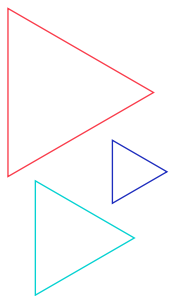
- Corte Constitucional. Sentencia SU-113 de 2018.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-057 de 2018.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-313 de 2020
- Corte Constitucional. Sentencia SU-454 de 2020.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-138 de 2021.
- Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 2021.
- Corte Constitucional. Sentencia C-277 de 2021.
- Cosoy, N. 2016, junio 17. "La dura pelea entre Colombia y la farmacéutica Novartis por el precio del medicamento para el cáncer Glivec". *BBC Mundo*. 17 de junio de 2016. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-36555237>
- Defensoría del Pueblo. 2015. *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. https://www.consultorsalud.com/wp-content/uploads/2015/08/la_tutela_y_los_derechos_a_la_salud.pdf
- . 2020. *La tutela y los derechos a la salud y la seguridad social 2019*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gov.co/-/la-tutela-y-los-derechos-a-la-salud-y-a-la-seguridad-social-14%C2%B0-edici%C3%B3n>
- Lamprea, E. 2011. *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud: Encrucijadas y salidas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- López Medina, D. 2004. *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López, M. y E. Sarmiento. 2019. "El Sistema Pensional en Colombia". *Borradores de Economía*, núm. 1078. Banco de la República. https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/9698/be_1078.pdf
- Mendieta D. 2010. *La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia*. En Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/120/cnt/cnt3.pdf>
- Ministerio de Salud de Colombia. 2016. Resolución 2475 de 2016. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resolucion-2475-de-2016.pdf>
- Pound, R. 1910. "Law in Books and Law in Action". *American Law Review* 44: 12-36
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 458 de 2020.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 464 de 2020.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 486 de 2020.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 488 de 2020.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 517 de 2020.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 518 de 2020.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 553 de 2020.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 579 de 2020.
- Rodríguez Garavito, C. y D. Rodríguez Franco. 2010. *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá, D.C: Dejusticia.

- Romero Villamizar, L. 2013. "Los mecanismos de supervisión y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Público*, núm. 30. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.30.2013.03>
- Teles, S. 2008. *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, M. 2008. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Useche Aldana, O. 2009. *Derechos económicos, sociales y culturales. El desafío de la ciudadanía social: la aplicación de los Desc en Colombia y la implementación de metodologías de medición y valoración de los mismos*. Bogotá: Vicepresidencia de la República: Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH.
- Waldron, J. 2001. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.





▶ **VII. Del derecho a la seguridad social al concepto de justicia social en la Constitución Política de Costa Rica**



VII. Del derecho a la seguridad social al concepto de justicia social en la Constitución Política de Costa Rica

Alexander Godínez Vargas¹

Isabel Cristina Jaramillo Arango²

Resumen

El derecho a la seguridad social y el principio de justicia social tienen fundamento constitucional y constituyen una garantía sólida y firme en beneficio de la población. La incorporación inmediata de las normas internacionales del trabajo al derecho interno, así como la doctrina de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, han expandido el contenido de la seguridad social hasta convertirlo en un elemento indispensable del sistema democrático.

En algunas ocasiones y por diversos motivos, entre ellos el económico, no resulta fácil lograr respecto del derecho constitucional a la seguridad social el equilibrio necesario entre la progresividad del nivel de aseguramiento y sus beneficios con la conciliación de las cuentas públicas y la reducción del gasto público; no obstante, es posible alcanzar resultados positivos. Esto lo demuestran las recientes experiencias en el aseguramiento de recolectores de café y el incremento del registro de trabajadoras domésticas. El papel que desempeñan los interlocutores sociales es clave para construir soluciones que garanticen un adecuado, pronto y efectivo nivel de atención a la salud, para dar sostenibilidad a los programas que prevengan o alivien la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social, además de reducir la alta judicialización de los conflictos entre los ciudadanos y las instituciones encargadas de la administración de la seguridad social.

1. Introducción

En los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), al igual que en otros instrumentos internacionales de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, la seguridad social está consagrada como un derecho fundamental de todo ser humano. Desde 1943, Costa Rica lo incluyó de forma expresa en su Constitución Política; asimismo, desde 1989, con la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCO), garantizó el derecho de todo ciudadano a exigir su respeto de forma ágil y expedita.

La Sala Constitucional, que es definitivamente un Tribunal de Derechos Humanos (Armijo 2003, 62), ha garantizado el respeto efectivo de los principios rectores de la seguridad social, por medio de sus resoluciones: el recurso de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las consultas facultativas de constitucionalidad. Estas han ampliado la cobertura de las prestaciones

1 Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

2 Doctora en Derecho. Universidad de Castilla-La Mancha. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

normativamente dispuestas y eliminado algunas de sus restricciones, lo cual asegura que el eje común del derecho a la seguridad social sea la protección de la dignidad del ser humano. No es posible comprender el derecho a la seguridad social sin considerar el alcance exponencial que se le ha reconocido judicialmente.

Además, desde un aspecto meramente operativo, el propio constituyente les reconoció a las instituciones garantes de la administración de los seguros sociales la autonomía necesaria para su gobierno y administración, de forma tal que no existieran injerencias indebidas; también desde el inicio propuso la universalización del sistema.

En momentos en que sigue existiendo un déficit significativo en la cobertura de la seguridad social, que afecta a sectores importantes de la población, especialmente a quienes forman parte de la economía informal, Costa Rica cuenta con un régimen de aseguramiento para los trabajadores independientes, el cual es de obligatoria afiliación desde el 2005. Aunque el nivel de registro de las personas inscritas como trabajadores independientes sigue siendo un reto, especialmente en cuanto a los trabajadores autónomos, las personas migrantes y los colaboradores del servicio de plataformas digitales, existen algunos avances significativos que deben servir de modelo para construir soluciones cada vez mejores.

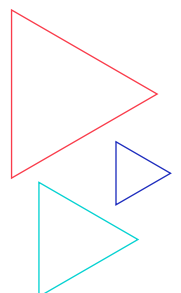
Si bien son diversos los beneficios prestacionales de los seguros sociales, así como los desafíos que representan, el más relevante es la sostenibilidad del régimen de invalidez, vejez y muerte. Para garantizar su sostenibilidad financiera, el país recién aprobó una nueva reforma que entrará en vigor el 11 de enero del 2024, la cual eliminará algunos beneficios y reducirá en definitiva el monto de la pensión. Esta no será la última medida que se aplique; por lo tanto, el fortalecimiento del diálogo social y la búsqueda de otras fuentes alternativas de ingresos resultan esenciales y no solo para este seguro, sino para todos los demás.

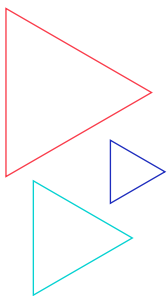
2. El concepto de justicia social en la Constitución Política

En 1943, la Constitución Política (CPol) que estaba vigente era la emitida el 7 de diciembre de 1871. Esta no contenía ninguna garantía social y sus únicas referencias aplicables de forma implícita al trabajo se integraban como parte de las garantías individuales: el derecho a la igualdad (artículo 25) y la prohibición a la esclavitud (artículo 26). En adición, todo ciudadano debía procurarse una forma de manutención y una de las posibilidades para lograrlo era mediante un trabajo honesto (artículo 9), que no estaba sujeto a ninguna regulación especial. Como consecuencia del modelo liberal, de lo que es ejemplo el Código Civil del 28 de septiembre de 1887, las pocas normas relativas al trabajo se encuadraban dentro del título VI del arrendamiento de obras (artículos 1169 a 1174: relativos al alquiler de servicios domésticos, agrícolas, comerciales o industriales).

Aunque la ausencia de regulación constitucional persistió hasta las reformas impulsadas en 1943, algunas normas de menor rango fueron atendiendo las diversas demandas sociales que exigían una mayor protección a la clase trabajadora. Luego estas fueron recogidas en el texto constitucional, como el límite de la jornada ordinaria a las ocho horas (Ley N° 100 del 9 de diciembre de 1920) o el derecho al salario mínimo (Ley N° 14 del 22 de noviembre de 1933).

La reforma de 1943 solo se puede comprender a partir de las alianzas ideológicas y políticas (Aguilar Bulgarelli 1994, 126-137) encabezadas y representadas por Rafael A. Calderón Guardia (presidente del país en el periodo 1940-1944), Manuel Mora Valverde (secretario general del Comité Ejecutivo del Partido Comunista y luego Partido Vanguardia Popular) y Víctor Sanabria Martínez (arzobispo de la Iglesia católica). La redacción del texto propuesto se fundamenta en los principios cristianos de la justicia social.





En el “Mensaje de Reforma Constitucional” del 16 de mayo de 1942 que dirigió el presidente de la República al Congreso ³, se indicaba de forma expresa que el texto propuesto para modificar la Constitución, en lo social, seguía la senda de “las más ilustres figuras de la Iglesia Católica de los siglos XIX y XX”, en alusión a los papas León XIII y Pío XI, y que para la redacción del texto se habían apoyado especialmente en la doctrina de las encíclicas *Rerum Novarum* y *Quadragesimo Anno*, además del Código Social de Malinas ⁴.

Como ejemplo de esta influencia, el primero de los artículos propuestos, que luego se convertiría en el numeral 51 del texto constitucional de 1871, imponía al Estado la obligación de procurar “el mayor bienestar a los costarricenses, protegiendo de modo especial a la familia, base de la Nación; asegurando amparo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido y organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”. Para el presidente Calderón, esta norma “es la base del nuevo concepto del Estado”, que asumiría el compromiso de procurar el bienestar de la ciudadanía “que ya no puede limitar su acción a una gestión administrativa, pura y simple, ni a permitir el libre juego de factores que no pueden vivir sin progresar sin un cabal cumplimiento de los mismos”.

Aprobada la reforma constitucional por medio de la Ley N° 24 del 2 de julio de 1943, un mes después, mediante la Ley N° 2 del 27 de agosto de ese mismo año, entraba en vigencia el Código de Trabajo (CT), cuyo objetivo es regular los derechos y las obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, “de acuerdo con los principios cristianos de Justicia Social” (artículo 1).

El origen de esta nueva concepción, a nivel constitucional, sobre los deberes que el Estado se compromete a asumir con los ciudadanos encuentra su reflejo en el concepto de justicia distributiva de la encíclica *Quadragesimo Anno* y en el Código Social. Y aunque el presidente Calderón cita en concreto el numeral 93 del Código Social, también el numeral 145 del Código de Moral y Política (igualmente de Malinas) es relevante para explicar su alcance, al recordar que “la primera obligación de la sociedad-estado, es la de raizar, bajo la dirección de los gobernantes y con el concurso leal de los ciudadanos, su fin social. A saber, el bien público de todos los terrenos que pertenecen al orden temporal”.

Además del artículo 51, dos normas se incorporan a la CPol de 1871: el derecho a los seguros sociales (artículo 63) y el principio cristiano de justicia social (artículo 64).

Luego de la guerra civil ocurrida entre marzo y abril de 1948, y como parte de los acuerdos del llamado “Pacto de Ochomogo”, existió el compromiso de mantener las garantías sociales aprobadas en 1943 (Calderón Quesada 2009, 3-4). Si bien la Constitución de 1871 se dejó sin efecto mediante el decreto N° 2 del 8 de mayo de 1948, aprobado por la Junta Fundadora de la Segunda República presidida por el bando victorioso, se mantuvo provisionalmente la vigencia de todos los códigos y las leyes de la República, entre ellas las garantías sociales y el CT, a la espera de la redacción de la nueva constituyente.

El 7 de noviembre de 1949 se promulgó la actual CPol, en la cual se mantuvo y se mejoró ⁵ el conjunto de obligaciones que el Estado debe asumir no solo en favor de los ciudadanos,

3 El texto puede ser consultado en Guillermo Malavassi Vargas, *Los principios cristianos de justicia social y la realidad histórica de Costa Rica* (San José, Trejos Hermanos, 1977), 247.

4 El texto puede ser consultado en Unión Internacional de Estudios Sociales, *Códigos de Malinas*, 3ª ed. (Santander, Editorial Sal Terrae, 1962).

5 Existió la preocupación de una eventual politización del debate sobre el contenido del capítulo de garantías sociales, que tuviera como consecuencia el cercenamiento de algunas de ellas, especialmente de la libertad sindical. Esto propició una moción para que se sometiera a aprobación la totalidad del capítulo sin entrar en un análisis pormenorizado de su contenido. Tras haber sido rechazada la propuesta, prevaleció el interés mayoritario por mejorar los derechos ya regulados y su cobertura, como en efecto sucedió. Muestra de este debate es el contenido de las declaraciones consignadas en el Acta N° 115 del 22 de julio de 1949. El texto de las actas que se citan puede ser consultado en *Asamblea Nacional Constituyente de 1949: Actas* (San José, Imprenta Nacional, 1957, tomos I-III).

sino del conjunto de los habitantes del país, para procurar su mayor bienestar (artículo 50); impedir que con motivo del trabajo se menoscabe la dignidad de la personas o se las degrade a la condición de simple mercancía (artículo 56); mientras no exista seguro al desempleo, crear un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios y procurar su reintegración al trabajo (artículo 72), y establecer los seguros sociales en beneficio de los trabajadores (artículo 73). Sin embargo, a este listado pueden agregarse otros más, con igual protección constitucional, que se deriven del principio cristiano de justicia social y se indiquen en la ley (artículo 74).

La referencia a la justicia social desde la visión del cristianismo fue objeto de discusión, pues para algunos se trataba de una reminiscencia de la reforma social de 1943, que había sido políticamente manipulada o de la que había abusado el expresidente Calderón, quien fue parte del bando perdedor de la guerra civil, de allí que se intentara suprimir. No obstante, tal iniciativa fue infructuosa, al considerarse que, independientemente de los hechos políticos sucedidos, el concepto de justicia social que se quería alcanzar por medio del texto constitucional provenía del cristianismo ⁶ y no era necesario hacer mayores precisiones sobre su contenido porque, como manifestó alguno de los constituyentes, “existen una serie de concepciones filosóficas perfectamente claras al respecto” ⁷.

Estas concepciones filosóficas a las que se hace referencia constituían lo que comúnmente se denomina “doctrina social de la Iglesia” o la “enseñanza social de la Iglesia” ⁸, y en específico debe circunscribirse a la Iglesia católica, pues no es posible realizar otra interpretación si se tiene en cuenta que el Estado costarricense reconoce en su Constitución que la religión católica, apostólica y romana es la del Estado (artículo 75).

El artículo 74 identifica la característica común que comparten las garantías sociales que se incluyen en la CPol: son manifestaciones del concepto de justicia social. Conforme a la enseñanza social frente a la relación entre el individuo y la sociedad, que “constituye un problema central de toda teoría de la vida social” (Monzel 1967, 281), tradicionalmente han existido tres posibles respuestas, que reciben los nombres de individualismo, colectivismo y solidarismo.

Sin necesidad de definir cada una de ellas por anticipado, el propio constituyente evidencia que, en su concepto, las garantías sociales deben regularse como una respuesta solidaria a esa relación entre el individuo y la sociedad. Luego de referirse a que el listado de derechos debe ampliarse a cualquier otra garantía derivada del principio cristiano de justicia social, menciona que el conjunto de beneficios “serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentadas en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional” (artículo 74).

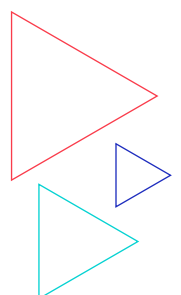
Conforme al principio de solidaridad,

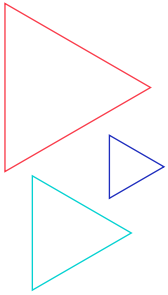
-
- los que cuentan más, al disponer de una porción mayor de bienes y servicios comunes, han de sentirse responsables de los más débiles, dispuestos a compartir con ellos lo que poseen. Estos, por su parte, en la misma línea de solidaridad, no deben adoptar una actitud meramente pasiva o destructiva del tejido social y, aunque reivindicando sus legítimos derechos, han de realizar lo que les corresponde, para el bien de todos. Por su parte, los grupos intermedios no han de insistir egoístamente en sus intereses particulares, sino que deben respetar los intereses de los demás (Juan Pablo II 1987, numeral 39).
-

6 Acta N° 127 del 10 de agosto de 1949.

7 Diputado Volio Sancho en el Acta N° 171 del 20 de octubre de 1949.

8 La aclaración la hace Jean-Yves Calvez, *La enseñanza social de la Iglesia. La economía. El hombre. La sociedad* (Barcelona: Herder, 1991), 13.





Este deber de solidaridad fue concebido como de aplicación universal. Por un lado, porque la única excepción prevista por los propios constituyentes fue en beneficio exclusivo de instituciones dedicadas a fines de beneficencia pública y protección social (artículo 75), y posteriormente fue derogada mediante una reforma constitucional aprobada con La ley N° 4764 del 17 de mayo de 1971. Por otro lado, porque en el transcurso de los debates en la Asamblea Constituyente se presentó infructuosamente ⁹ alguna moción cuyo fin era que tales garantías fueran adecuadas por medio de la legislación social a las diferentes actividades económicas, al tamaño de las empresas o a las características de las zonas geográficas del país, con el propósito de conciliar esos beneficios con las diversas capacidades económicas de las empresas.

Pero el principio de solidaridad necesariamente debe estar acompañado del principio de subsidiariedad. No solo es necesario procurar que absolutamente todos sean solidarios, sino que, además, debe cumplirse el principio de subsidiariedad. El vínculo entre ambos principios –solidaridad y subsidiariedad– ha sido reconocido por la SCO ¹⁰ y, en ausencia de una definición jurisprudencial de este último en materia de seguridad social, de conformidad con el texto constitucional (artículo 74 de la CPol) que remite a la doctrina social de la Iglesia, por su medio se dispone que “no es lícito ni justo traspasar a la comunidad y quitar a los individuos, grupos menores e inferiores lo que ellos puedan realizar con su propio esfuerzo e iniciativa” (Coelho 2002, 118). Entre otras organizaciones menores e intermedias, el mismo texto constitucional reconocía la existencia de las organizaciones sindicales y de empleadores (artículo 60).

Al complementar en el orden social los principios de solidaridad y subsidiariedad, el concepto de justicia social empleado por los constituyentes no se entiende sin el de bien común, su objetivo último, como menciona la enseñanza social de la Iglesia: “Para dar cima a esta tarea con mayor facilidad, se requiere, sin embargo, que los gobernantes profesen un sano concepto del bien común. Este concepto abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección” (Juan XXIII 1961, numeral 65). Lo anterior también lo señala el texto constitucional, que conservó aquel redimensionamiento del Estado introducido en la reforma social de 1943 ¹¹: que es su deber procurar “el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza” (artículo 50).

Finalmente, los principios de solidaridad, subsidiariedad y bien común sobre los cuales debe basarse la construcción o composición, interpretación y aplicación del marco normativo que rige las actuaciones en materia social del Estado y sus instituciones, así como las organizaciones sociales y las propias personas individualmente consideradas, consignan a la dignidad humana como fundamento último y “eje vertebral” (Coelho 2002, 120) de la enseñanza social de la Iglesia.

El propio texto constitucional ya se refería a la dignidad humana cuando, al regular el derecho al trabajo, señalaba el deber del Estado de impedir que con motivo del trabajo se menoscabe la dignidad de la persona (artículo 56). La dignidad humana, como se reconoce desde la enseñanza social de la Iglesia, es el eje transversal de los derechos fundamentales (Coelho 2002, 108). Para precisar un poco más el significado de esta premisa, los constituyentes consideran que las

⁹ Acta N° 127 del 10 de agosto de 1949.

¹⁰ “De esta forma, el Estado Social de Derecho está enfocado al mejoramiento de la calidad de vida de la población a través del equilibrio y la protección social para lograr una justa distribución de la riqueza y reivindicaciones sociales, lo que genera mejores condiciones de vida de los ciudadanos. Así, la solidaridad, universalidad, integralidad, participación, igualdad, obligatoriedad, subsidiariedad, equidad, suficiencia y sostenibilidad, se constituyen en principios o garantías del Derecho Fundamental de la Seguridad Social (...)” (SCO. Res. 3343 del 11 de marzo de 2014).

¹¹ Una reminiscencia histórica que no pasaba desapercibida en el debate de los constituyentes: “El Diputado Volio Sancho expresó que, a su juicio, constituye un principio hermosísimo el artículo 51, que resume toda una política de gobierno, orientada a procurar el mayor bienestar de todos los costarricenses, sin distintos de ninguna clase por razón de raza, ideología, religión u otros motivos. Es cierto que el principio tiene entre nosotros muy oscura procedencia, un origen bastardo, ya que fue Calderón el que lo elevó a canon constitucional, pero ello no le resta valor”. Acta N° 115 del 22 de julio de 1949.

condiciones de trabajo a las que deben someterse las personas no las pueden degradar “a la condición de simple mercancía” (artículo 56).

Estas menciones al respeto hacia la dignidad humana y a no permitir que el trabajo se degrade a la condición de simple mercancía fueron introducidas en el texto inicialmente propuesto para conocimiento de la Asamblea Constituyente. La moción que las incluyó fue objeto de discusión, pues mientras para la mayoría resultaban necesarias, ya que contenían preceptos fundamentales para la clase trabajadora y estaban en concordancia con las Conferencias Internacionales del Trabajo, para la minoría se trataba de simple demagogia, cuando no de “literatura demagógica debida a la mano proterva de los comunistas”¹².

La alusión a las Conferencias Internacionales del Trabajo es relevante, porque cinco años antes de este debate, en la Conferencia General de la OIT celebrada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944, se había suscrito la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, y con ella los principios que deberían inspirar la política social de sus miembros, entre los que se encontraba Costa Rica¹³. La Declaración reafirmó lo que ya estaba presente implícitamente en el propio preámbulo de la Constitución de la Organización desde 1919: uno de los principios fundamentales sobre los cuales está basada la OIT es que, precisamente, el trabajo no es una mercancía.

El alcance de este principio fundamental derivado del principio de dignidad humana significaba, entre otros aspectos, el reconocimiento de la “obligación solemne” de la OIT de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten, prestar asistencia médica completa, proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones, y apoyar a la infancia y a la maternidad.

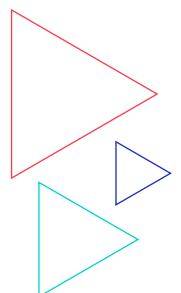
Hay tres condiciones de trabajo que también se encuentran presentes en el texto constitucional, tras ser aprobado como parte del capítulo de garantías sociales: el deber del Estado mientras no exista seguro al desempleo, crear un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios y procurar su reintegración al trabajo (artículo 72), y establecer los seguros sociales en beneficio de los trabajadores (artículo 73).

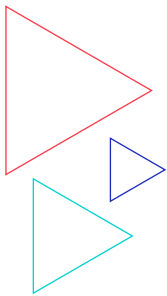
El rol que el Estado costarricense debe asumir en el orden social, económico y político para garantizar un trabajo digno, tal y como ya lo imponía la CPol de 1949, acorde con la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo de 1944, adquirirá luego, a partir de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999, una nueva redimensión que perdura hasta hoy y es cercana al concepto de trabajo decente, que fue introducido como eje transversal de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT (1999, 5).

La justicia social a la que se refiere el artículo 74 de la CPol como principio rector de cualquier garantía social a la que tienen derecho los habitantes del país también estará en el centro de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, del 10 de junio del 2008, porque con ella se expresa, como lo indicó el Director General del organismo, “la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización” (OIT 2008). También está presente en la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, aprobada el 21 de junio del 2019, “en un momento en que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente” y en que “la OIT, en su segundo siglo de existencia, debe seguir cumpliendo con tenacidad su mandato constitucional de lograr la justicia social” (OIT 2019).

12 Acta N° 118 del 27 de julio de 1949.

13 Costa Rica fue miembro de la Organización Internacional del Trabajo de 1920 a 1927, y a partir del 21 de abril de 1944, según la información disponible en <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11001:::NO:::C>





Finalmente, este principio de justicia social debe orientar la interpretación de las normas procesales que rigen la jurisdicción especial de trabajo, tanto en la solución de los conflictos individuales como colectivos, en materia de trabajo y de seguridad social (artículo 422, CT).

3. El desarrollo normativo del modelo constitucional de la seguridad social

El artículo 73 de la CPol establece expresamente los seguros sociales en beneficio de los trabajadores. El contenido de esta norma, con leves modificaciones que mejoran su redacción, es el mismo que se incorporó en el texto constitucional en la reforma de 1943.

A diferencia de la redacción que le precede, la actual norma constitucional no hace referencia a la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social (LCCSS), que también había sido aprobada en 1943, mediante la Ley N° 17 del 22 de octubre de ese año, pocos meses después de la promulgación del CT y de la reforma de la Constitución de 1871.

En adición a estas normas de origen constitucional y legal, y con plena vigencia y aplicación en el ordenamiento jurídico interno, el país ha ratificado posteriormente, mediante la Ley N° 4736 del 29 de marzo de 1971, el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) aprobado en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1952. Así, conforme lo exigía el artículo 2, se ha comprometido a aplicar las partes II, V a X¹⁴, es decir, en lo esencial, no ha aplicado la norma internacional en lo referente a prestaciones monetarias de enfermedad (parte III) y prestaciones de desempleo (parte IV). Con respecto de este último tema, la exclusión se realiza aun cuando la Asamblea Constituyente de 1949, al igual que lo hacía el artículo 2 de la LCCSS, ya había previsto la adopción de medidas para garantizar ciertos beneficios a quien estuviera en situación de desempleo no deseado. Sin embargo, este reconocimiento ya había dado muestras de perder intensidad.

Concretamente, mientras desde la promulgación de la LCCSS en 1943 se dispuso que el seguro social comprendería el riesgo del desempleo involuntario, la norma constitucional aprobada en 1949 abría en los artículos 63 y 72 la posibilidad de medidas alternativas al seguro de desempleo, que sin duda era lo ideal, al indicar que la obligación del Estado y, por consiguiente, sus esfuerzos en esta materia, se centrarían en garantizar una indemnización en caso de despido sin justa causa –lo que ya estaba previsto en el CT con el derecho al auxilio de cesantía (artículo 29)–, pero también a crear un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, mientras no existiera un seguro de desocupación. La inclusión de estas otras soluciones, como indicaba alguno de los constituyentes de 1949 en los debates en torno al tema, se debía a la experiencia acumulada en los primeros seis años de vigencia de la LCCSS (1943-1949), que demostraba que el naciente sistema de seguridad social sufría de limitaciones presupuestarias: “En Costa Rica, país poco organizado y débil económicamente, el establecimiento del seguro de desocupación sería difícil de alcanzar. La misma Caja de Seguro Social tropieza con una serie de dificultades con los seguros hasta ahora establecidos”, en referencia a las demás contingencias cubiertas (enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, etc.).

Hasta la fecha, después de más de siete décadas desde la promulgación de la CPol, no se llegó a crear un sistema permanente de protección contra el desempleo involuntario, pero para la SCO, el actual sistema de indemnizaciones –especialmente reforzado con la promulgación de la Ley de Protección al Trabajador (LPT), N° 7983 del 16 de febrero del 2000–, es suficiente para garantizar la voluntad del constituyente. Sin embargo, advierte que no se pronuncia sobre si ello

14 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312247

es perfectible, lo que queda a cargo de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)¹⁵. La Ley transforma una parte del auxilio de cesantía en un ahorro laboral y, otra parte, en un régimen complementario de pensiones, cuyos aportes se obtienen y pasan a cuentas individuales capitalizables, sin condicionarlo incluso a que el cese sea involuntario, lo que incluye la renuncia y el despido disciplinario.

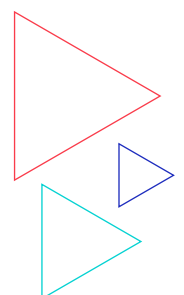
Del mismo modo, en Costa Rica, la SCO ha expresado que el derecho internacional de los derechos humanos no solo tiene un valor superior a la ley conforme al artículo 7 de la CPol, sino que, si sus disposiciones brindan una mayor protección, garantía, tutela y alcance a un derecho determinado, deben prevalecer sobre esta otorgándoles un carácter supraconstitucional. Por consiguiente, se integran al derecho interno y forman parte del bloque de constitucionalidad¹⁶ otras normas internacionales que regulan el derecho a la seguridad social, entre ellas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículos 22 y 25.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (numeral XVI) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 10.2)¹⁷. Finalmente, antes de hacer referencia a ciertas características del sistema de aseguramiento, debe indicarse que sus reglas se aplican de igual forma tanto a nacionales como extranjeros, siempre que sean trabajadores asalariados o independientes; y solo cuando no tienen ninguna de estas dos condiciones, se los ubica en la condición de migrantes, que es la persona extranjera que, residiendo legalmente en el país, no tiene actividad laboral por cuenta propia ni como asalariado¹⁸.

15 Se solicitó a la SCO declarar la inconstitucionalidad de la omisión del Estado de mantener, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y procurar su reintegración al trabajo. La SCO recuerda que el control constitucional también puede darse respecto de las leyes que no han sido expedidas si ello deriva de un mandato constitucional que no ha sido cumplido, es decir, por omisión, actuando así, no en sustitución del legislador, sino “con la fuerza legal y moral que le da la Constitución y por su propio encargo”. En primer lugar, precisa que el mandato constitucional ha sido atendido por el legislador ordinario. Se refiere con ello a lo dispuesto en los artículos 2, 75 y 78 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ley N° 1860 del 21 de abril de 1955, y el artículo 39 del Reglamento de Reorganización y Racionalización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, aprobado mediante el Decreto N° 1508 del 16 de febrero de 1971; normas que señalan las competencias del ente ministerial en materia de promoción del empleo y formación profesional. Para la SCO, una vez valoradas, permiten tener por comprobado “que existe un desarrollo normativo y programas estatales de acción para dar cumplimiento de la obligación de reintegración de los trabajadores al trabajo”. En segundo lugar, dejando a un lado una interpretación literal de los artículos 63 y 72 de la CPol y de acuerdo a una interpretación teleológica o finalista de la norma, que toma en cuenta las discusiones en las actas de la Asamblea Constituyente, lo que se debe pretenderse es un sistema de protección a desempleados, lo que se ha logrado con la LPT. En efecto, “a forma en que el legislador logró integrar ambas normas (el artículo 63 y el 72), fue precisamente a través de la promulgación de la Ley de Protección al Trabajador, que creó el tipo de protección que el constituyente quiso, es decir un sistema que permite a los trabajadores que queden cesantes, el recibir una suma de dinero que les ayude a hacerle frente a los problemas y consecuencias propias de la desocupación, con aporte conjunto, que concilie los intereses de patronos y trabajadores ‘para evitar el conflicto’ (en palabras del constituyente) y que elevó la cesantía de una simple expectativa de derecho a un derecho adquirido y cierto, independientemente de la razón por la que se produjo la extinción del vínculo, es decir, que protege tanto a los trabajadores que han perdido su trabajo sin justa causa, como a los que lo han perdido sin responsabilidad patronal, con lo que incluso va más allá de lo que originalmente previó el constituyente”. No obstante, concluye la SCO en su voto de mayoría, aunque no se encuentra omisión legislativa “capaz de violar el contenido de las normas constitucionales referidas. Se aclara sin embargo, que lo dicho de ninguna manera significa que el Estado no pueda mejorar el sistema actual o dar más derechos a los trabajadores, porque la Constitución establece mínimos, no máximos. En ese sentido, la Caja Costarricense del Seguro Social puede desarrollar el actual postulado del artículo 2 de su Ley Constitutiva que establece un seguro por ‘desempleo involuntario’, o bien crear uno distinto que tutele de mejor manera al trabajador, opción que tiene como se señaló, porque estamos ante un sistema de mínimos, no de máximos” (SCO. Res. 21739 del 6 de febrero del 2008).

16 Este bloque de constitucionalidad estaría integrado por la Constitución, con sus valores, principios, preceptos y jurisprudencia constitucional, además de los instrumentos del derecho internacional público y las leyes que “por expreso reconocimiento jurisprudencial” así se determine (SCO. Res. 1310 del 30 de enero del 2015).

17 En el caso de las dos primeras, por su naturaleza jurídica, no era necesario el acto formal de ratificación por los Estados Miembros de las Naciones Unidas y la OEA, y respecto del último, una vez aprobada la Ley N° 4229 del 11 de diciembre de 1968.

18 A raíz de la pandemia y con el fin de contribuir a la reactivación económica por los efectos negativos dejados por la COVID-19 en Costa Rica, se aprobó en el mes de agosto de 2021 la Ley N° 10008 *para atraer a trabajadores*





3.1 De los beneficiarios

El artículo 73 de la CPol establece los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales. La alusión a esa clásica y ya superada división entre el trabajo manual ¹⁹ e intelectual también estaba presente en la misma LCCSS (artículo 3).

Sin embargo, aunque el concepto de “trabajador” en el Código de Trabajo y en la LCCSS se refiere a una persona que labora por cuenta ajena a cambio de una remuneración, en relación de subordinación, la voluntad del constituyente era crear un régimen con vocación universal.

Esta característica de universalidad se manifiesta de diversas formas. Primero, porque se rechazaron las mociones que pretendían que los beneficiarios de los seguros sociales fueran únicamente los trabajadores de las “clases económicamente débiles y vulnerables de la población”, lo cual resultó un límite inaceptable para la mayoría, pues implicaría un trato discriminatorio para el resto de la población. Segundo, porque si las debilidades que tenía la CCSS se originaban, en gran parte, en la insuficiencia de recursos financieros, lo que se requería era extender la cobertura a todos los habitantes del país para que aumentara el número de cotizantes ²⁰. Cuanto mayor fuera la cantidad de trabajadores que pudieran ser inscritos como beneficiarios del sistema, de igual forma se incrementarían los recursos que se obtendrían por ello.

Según el Reglamento del Seguro de Salud (RSS) de la Caja Costarricense del Seguro Social²¹, son beneficiarios del seguro de salud como asegurados directos (artículo 11, RSS): los trabajadores asalariados, los pensionados y jubilados de cualquiera de los sistemas estatales, las personas jefes de familia asegurados por cuenta del Estado (artículo 11 bis, RSS), los trabajadores independientes (transitorio XII de la LPT) y las personas aseguradas voluntarias y migrantes (artículo 15 del Reglamento de Aseguramiento Voluntario y Aseguramiento de Migrantes de la Caja Costarricense del Seguro Social –RAVM²²). También los familiares de los asegurados directos a quienes se les otorgue el beneficio familiar (artículo 12, RSS), el cónyuge separado judicialmente o de hecho (artículo 13, RSS) y la población en condiciones de pobreza o indigentes (artículo 3, LCCSS).

En el seguro de invalidez, vejez y muerte, los beneficiarios son los trabajadores asalariados e independientes (artículo 2 del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social –RIVM²³), así como los voluntarios y migrantes (artículo 15, RAVM). Como programa adicional a este seguro, existe el Régimen no Contributivo de Pensiones, que fue creado por la Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, N° 5662, del 23 de diciembre de 1974, en favor de personas adultas mayores de 65 años, personas inválidas, personas viudas en desamparo, huérfanos e indigentes, sean costarricenses o extranjeros residentes legalmente en el país o menores de edad incluidos extranjeros en condición

y prestadores remotos de servicios de carácter internacional. Se trata de una “persona extranjera que presta servicios remunerados de forma remota, de manera subordinada o no, utilizando medios informáticos, de telecomunicaciones o análogos, en favor de una persona física o jurídica que se encuentra en el exterior, por lo cual recibe un pago o una remuneración proveniente del exterior” (artículos 2 y 3). Tendrá la categoría migratoria de no residente, dentro de la subcategoría de estancia, según se categoriza en la Ley N° 8764, Ley General de Migración y Extranjería, del 19 de agosto de 2009 (artículo 3.1). En lo que respecta a su aseguramiento, no se lo obliga afiliarse al régimen de seguridad social, sino solo a demostrar que posee una póliza de servicios médicos que lo cubra por toda la duración de su estancia en el país. Adicionalmente, se les prohíbe ocuparse de labores o servicios remunerados en el territorio nacional distintas de lo permitido por su subcategoría migratoria de estancia (artículo 14).

19 El artículo 4 del Código de Trabajo alude así a quienes prestan servicios “materiales”.

20 Las intervenciones de los diputados Facio y Volio en tal sentido evidenciaban ese interés de la mayoría. Acta N° 125 del 8 de agosto de 1949.

21 Reglamento N° 7082 del 3 de diciembre de 1996.

22 Reglamento N° 9190 del 17 de agosto de 2021.

23 Reglamento N° 6898 del 7 de febrero de 1995.

migratoria regular, que se encuentren en situación de pobreza o pobreza extrema (artículo 31, LCCSS; artículos 2 y 6 del Reglamento del Programa del Régimen no Contributivo de Pensiones de la Caja Costarricense del Seguro Social –RNCP–²⁴).

Como asegurados voluntarios están los costarricenses que no tienen una actividad generadora de ingresos, por ejemplo: el asegurado facultativo (que cesó de ser afiliado obligatorio), el que recibe una pensión del exterior, el que recibe un ingreso financiero o de capital o el estudiante (artículo 2, RAVM), y bajo el concepto de migrante se incluye a extranjeros, refugiados y apátridas que se encuentren legalmente en el país (artículo 15, RAVM). También los trabajadores independientes, con ingresos inferiores al ingreso mínimo de referencia que fije la Junta Directiva de la CCSS, o los trabajadores independientes mayores de 50 años que no cumplan un mínimo de cuotas reglamentariamente exigidas (artículo 2 del Reglamento para la Afiliación de los Trabajadores Independientes de la Caja Costarricense del Seguro Social –RATI–²⁵).

En lo que corresponde al seguro de riesgos del trabajo, que es administrado por el Instituto Nacional de Seguros (art.1 de la Ley N° 12 del 30 de octubre de 1924), todo trabajador asalariado, independientemente de su nacionalidad, debe ser asegurado por su empleador, salvo quienes están vinculados por una actividad laboral familiar y no a una relación subordinada y los trabajadores que realicen actividades por cuenta propia (artículos 193 y 194 del CT). En los casos no cubiertos, solo a solicitud del interesado podrá adquirirse el seguro de riesgos del trabajo (artículos 193 y 194 del CT).

3.2 De los seguros cubiertos y sus prestaciones

El artículo 73 de la CPol incluye dentro del concepto de seguros sociales la protección frente a los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte, a los cuales adiciona los riesgos profesionales y luego delega en el legislador la posibilidad de incluir otras contingencias más, que aquel estime necesarias.

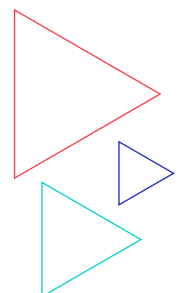
El primer grupo de contingencias ya estaba cubierto en la LCCSS desde 1943 y, en relación con la muerte, establecía la obligación del Estado de participar en las cargas de viudedad, orfandad y el suministro de una cuota por entierro (artículo 2).

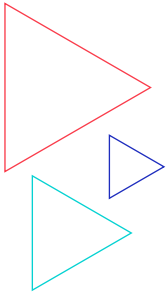
Las prestaciones del seguro de salud comprenden (artículo 15, RSS): la atención integral a la salud, prestaciones en dinero y prestaciones sociales. Se entiende por atención integral a la salud (artículo 17, RSS): acciones de promoción, prevención, curación y rehabilitación; asistencia médica especializada y quirúrgica; asistencia ambulatoria y hospitalaria; servicio de farmacia; servicio de laboratorio clínico y exámenes; asistencia en salud oral; asistencia social, individual y familiar. Las prestaciones en dinero comprenden (artículo 27, RSS): subsidio y ayudas económicas por incapacidad o licencia de maternidad, incluidas las licencias para la persona designada como responsable de cuidar a un paciente en fase terminal o a una persona menor de edad gravemente enferma (artículo 1, Ley N° 7756 del 25 de febrero de 1998); ayuda económica para compra de prótesis, anteojos y aparatos ortopédicos; para traslados y hospedajes, para gastos de funeral, y por concepto de libre elección médica. Se excluyen del beneficio del pago de incapacidad y licencias de enfermedad y maternidad a los asegurados voluntarios y migrantes (artículos 6 y 19, RAVM).

Las prestaciones sociales (artículo 55, RSS) atienden las necesidades de orden social directamente relacionadas con la salud integral, como convenios de cooperación con instituciones de beneficencia, extensión de la protección de asistencia cuando se sobrepase el

24 Reglamento N° 8278 del 28 de agosto de 2008.

25 Reglamento N° 7877 del 5 de agosto de 2004.





plazo de conservación de derechos²⁶ y exista un riesgo humano, pago de las cuotas del seguro de invalidez, vejez y muerte durante la licencia de maternidad, prestación de los servicios de atención integral en periodos de suspensión legal del contrato de trabajo. También se incluyen los siguientes programas: a) Ciudadano de Oro, que facilita el acceso a los servicios públicos y a la recreación; b) preparación para la jubilación; c) educación y capacitación para su incorporación a grupos socioproductivos, educativos, recreativos y de trabajo voluntario; y d) de estancias y ayuda social (artículo 9 del Reglamento de prestaciones sociales de la CCSS, N° 8161 del 21 de junio del 2007).

La atención médica sin condición previa de pago también está asegurada en casos de urgencia para usuarios no asegurados, incluso sin documento de identidad, o personas extranjeras en condición de pobreza, bajo la responsabilidad económica del usuario o del Estado extranjero del que fuera ciudadano (artículo 61, RSS). De igual forma, aun cuando la madre adolescente no se encuentre afiliada, la CCSS les dará atención médica a sus hijos y a ella, tanto en la etapa prenatal como posnatal (artículos 9 y 12 de la Ley General de Protección a la Madre Adolescente, N° 7735 del 19 de diciembre de 1997).

Quedan excluidos de este seguro (artículo 16, RSS), además de los riesgos del trabajo, los accidentes de tránsito, mientras las prestaciones sean cubiertas por las pólizas que exige la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial, N° 9078, del 4 de octubre del 2012.

Además, los usuarios de los servicios de salud tienen derecho a recibirlos sin ser objeto de un trato discriminatorio y con la eficiencia y la diligencia debidas (artículo 2, Ley de Derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud públicos y privados, N° 8239, del 2 de abril del 2002). Precisamente, en aras de fortalecer la integralidad de la atención en salud, han surgido otras modalidades alternativas que facilitan el acceso a la red de servicios de la CCSS en situaciones no urgentes de riesgo, como el Sistema de atención en salud de medicina de empresa, para quienes son trabajadores asalariados o dependientes (artículos 2 y 3 del Reglamento del Sistema de Atención en Salud de Medicina de Empresa, N° 8814, del 26 de noviembre del 2015) y el Sistema Mixto de Atención en Salud, que ofrece a los asegurados contratar servicios privados de su elección, siempre que estén inscritos ante la CCSS para dar atención médica por esta modalidad (artículo 2 del Reglamento del Sistema Mixto de Atención en Salud, N° 8970, del 18 de junio del 2018).

La referencia por separado de los riesgos profesionales resulta entendible, porque desde 1925 se había promulgado la Ley de Reparación por Accidentes del Trabajo, N° 53, del 31 de enero, que exigía el seguro obligatorio a las empresas y en favor de los trabajadores, al encargarle su expedición y su administración al Banco Nacional de Seguros (artículo 52), hoy Instituto Nacional de Seguros.

Las prestaciones por riesgos del trabajo cubren: a) asistencia médico-quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica y de rehabilitación; b) prótesis y aparatos médicos que se requieran para corregir deficiencias funcionales; prestaciones en dinero, como indemnización por incapacidad temporal, permanente o por la muerte; gastos de traslado; gastos de hospedaje y alimentación; readaptación, reubicación y rehabilitación laboral; y en casos de muerte, gastos de entierro (artículos 218 y 219, CT).

El seguro de invalidez, vejez y muerte otorga pensiones por vejez, por invalidez y a los sobrevivientes del asegurado fallecido (artículo 3, RIVM), además de ciertas prestaciones sociales, les facilita, por ejemplo, la construcción de vivienda por medio de préstamos hipotecarios (artículo 39, LCCSS).

²⁶ Este plazo es de seis meses posteriores a aquel en que dejó de ser activo, siempre y cuando haya cotizado por lo menos durante tres meses en los cuatro anteriores al mes en que dejó de cotizar, y así conste en las planillas mensuales previamente presentadas a la Caja. De igual forma, los familiares del asegurado que fallece conservarán los derechos del seguro de salud por igual periodo.

Las prestaciones de este seguro, especialmente en lo correspondiente a las pensiones por vejez, han sido modificadas por la Junta Directiva de la CCSS en la sesión N° 9229 del 14 de diciembre del 2021 y entrarán a regir 24 meses después de ser publicadas, es decir, el 12 de enero del 2024. De esta manera, se mantienen la alternativa de pensión por vejez ordinaria a los 65 años de edad y 300 cuotas mensuales; la pensión por vejez proporcional con la misma edad y al menos 180 cuotas; la pensión por vejez anticipada, a partir de los recursos acumulados en la cuenta individual del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias²⁷, y la pensión por vejez para personas con síndrome de Down, que alcancen 40 años y al menos 180 cuotas. También se reforma la pensión por vejez anticipada de las mujeres, que aumenta la edad de 59 años y 11 meses a 63 años, aunque reduce la cantidad de cuotas de 450 a 405 y se elimina esa posibilidad en los hombres, quienes podían hacerlo a los 61 años y 11 meses con un mínimo de 462 cuotas (artículo 5, RIVM).

Al pensionado por invalidez se le exigen ordinariamente 180 cuotas, o 120 para una pensión proporcional; sin embargo, si tiene 24 años o menos, el mínimo es de 12 cuotas y se agrega una escala ascendente de cuotas si es mayor de 24 (artículo 6, RIVM). Adicionalmente, debe ser declarado inválido por la Comisión Calificadora del Estado de Invalidez (artículo 8, RIVM).

Los sobrevivientes al asegurado fallecido que tuviera o ya disfrutara del derecho de una pensión por vejez o invalidez (artículo 18, RIVM) pueden reclamar la pensión en calidad de pareja supérstite (artículo 9, RIVM) o por orfandad (artículo 12, RIVM).

En cuanto al seguro por desempleo involuntario (artículos 2, LCCSS y 63, CPol), como lo indicó la SCO²⁸, es una tarea de la CCSS mejorar el contenido y alcance de las prestaciones sustitutivas existentes.

3.3 Del financiamiento y cálculo de los beneficios

La CPol, al definir el financiamiento de los seguros sociales, se inclina por mantener vigentes las reglas ya existentes, tanto en la LCCSS como en la Ley de Reparación por Accidentes del Trabajo. Por consiguiente, el financiamiento del seguro obligatorio contra los riesgos de enfermedad y maternidad, así como de los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los trabajadores dependientes o asalariados, se rigen por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores (artículo 73, CPol y artículo 22, LCCSS).

Los seguros de enfermedad y maternidad (seguro de salud) se cubren con recursos provenientes del fondo del régimen de reparto, que se forma con la cuota de los patronos públicos o privados (artículo 33, LCCSS).

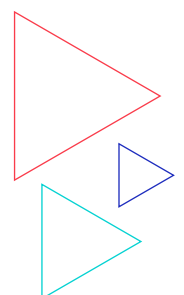
El financiamiento del seguro de riesgos profesionales debe ser asumido en exclusiva por el empleador (artículo 73, CPol y artículo 52, Ley de Reparación por Accidentes del Trabajo).

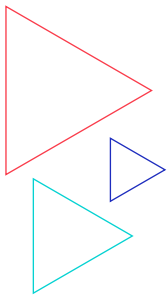
Los seguros de invalidez, vejez y muerte se cubren con recursos provenientes del fondo del régimen de capitalización colectiva, que se forma con la cuota del Estado, así como con las cuotas de los asegurados (artículo 34, LCCSS).

A partir de que entre en vigencia la nueva reforma aprobada por la Junta Directiva de la CCSS en la sesión N° 9229 del 14 de diciembre del 2021, lo cual sucederá el 12 de enero del 2024, la pensión por vejez o invalidez se calcularán con el promedio de los mejores 300 salarios o

27 El Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias se encuentra regulado en la Ley de Protección al Trabajador, es de capitalización individual y es administrado por una operadora de pensiones pública o privada a elección del trabajador. El artículo 26 de la Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador, prevé que el afiliado podrá anticipar su edad de retiro del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS, utilizando los recursos acumulados en su cuenta del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, de conformidad con esta ley y con el reglamento que dicte la Junta Directiva de la CCSS.

28 SCO. Res. 21739 del 6 de febrero de 2008.





ingresos devengados y cotizados, una vez indexados, o de la cantidad de cuotas aportadas si fuera menor a esa cantidad. Antes de la reforma, la cantidad considerada era de 240 cuotas (artículo 23, RIVM).

Las pensiones se rigen por topes mínimos y máximos, pero la cuantía mínima de cualquier pensión que se otorgue no puede ser inferior al 50 por ciento del ingreso mínimo contributivo que fije la Junta Directiva de la CCSS. Cuando la pensión resultante sea inferior a ese monto, el Estado subsidiariamente cubrirá la diferencia (artículo 29, RIVM).

Los aportes complementarios del Estado deben ser anualmente presupuestados por el Ministerio de Hacienda, para garantizar la universalización de los seguros sociales (artículo 74, LCCSS).

El Régimen no Contributivo de Pensiones, que asegura un ingreso no inferior a un 50 por ciento de la pensión mínima del régimen contributivo de la CCSS (artículo 31, LCCSS), se financia, entre otros (artículo 23, RNCP), con ingresos provenientes del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, de las multas por infracciones laborales (artículo 679, CT), transferencias del Ministerio de Hacienda (artículo 77, LPT) y recursos provenientes de la Junta de Protección Social relacionados con las utilidades que genera la lotería nacional (artículo 44, Ley de Lotería, N° 7395, del 3 de mayo de 1994).

Aunque en los últimos periodos presidenciales (2014-2018 y 2018-2022) solo se ha incrementado dos veces su monto, existiendo una pérdida de valor por inflación del monto cancelado, la ventaja de que estos compromisos de aportaciones se hayan formalizado legalmente es que, como ya se ha demostrado, cualquier ciudadano puede judicialmente²⁹ exigir su cumplimiento.

3.4 Del gobierno y la administración

En la reforma de 1943 a la CPol de 1871, se establecía que la administración y el gobierno de los seguros sociales estarían a cargo de la CCSS, la que “desempeñará sus funciones con absoluta independencia del Poder Ejecutivo” (artículo 63). El actual texto constitucional de 1949 reafirma esa independencia, al indicar que será una “institución autónoma” la que tenga esa responsabilidad (artículo 73) y le asigna a esta figura “independencia en materia de gobierno y administración” (artículo 188). Posteriormente, esto se precisa con mayor detalle con la reforma introducida mediante la Ley N° 4123, del 31 de mayo de 1968, al indicar que “gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno”. Este grado de autonomía también se refleja en el artículo 1, LCCSS, con la reforma introducida en el 2000 con la Ley de Protección al Trabajador (artículo 85).

Si bien la CCSS existía desde 1943, el texto constitucional dejaba abierta la posibilidad de que fuera otra institución la que tuviera a cargo esta posibilidad, máxime que, como se ha detallado, en el debate que existió en la Asamblea Constituyente los resultados de la gestión realizada por la incipiente institución todavía no eran satisfactorios. Pese a tal posibilidad, la CCSS siguió administrando estos seguros sociales, excepto el seguro de riesgos del trabajo, y con la Ley N° 2737, del 12 de mayo de 1961, expresamente se introdujo en el texto constitucional que esa institución autónoma recibiría el nombre de la CCSS.

La Junta Directiva de la CCSS está integrada tripartitamente, y a partir de la Ley de Protección al Trabajador el Consejo de Gobierno no puede impugnar las designaciones hechas por los representantes del sector patronal y laboral, este último conformado por el movimiento cooperativo, el solidarista y el sindical (artículo 6, LCCSS).

²⁹ Sala Primera de la Corte. Res. 197 del 8 de marzo de 2018.

Igualmente, la Ley N° 7852, del 24 de diciembre de 1998, de la Desconcentración de Hospitales y Clínicas de la CCSS³⁰, creó las Juntas de Salud, como entes auxiliares de los hospitales y las clínicas, con el fin de “mejorar la atención de la salud, el desempeño administrativo y financiero, así como la promoción de la participación ciudadana”³¹. Dichas Juntas están constituidas por siete miembros: dos representantes patronales de la zona de atracción del centro de salud; tres asegurados de la zona de atracción del centro de salud, que no sean empleados de este; y dos representantes de las asociaciones prohospitalares o proclínicas (artículo 3).

Esta participación de la ciudadanía otorga una oportunidad para crear un espacio permanente de encuentro entre la comunidad local y los responsables administrativos de los servicios de salud, lo que contribuye a la mejora de las acciones de atención integral de la salud y a su fiscalización.

Ni en el régimen de riesgos del trabajo, al que luego se hará referencia, ni en el régimen complementario de pensiones, existe la previsión de participación ciudadana ya expuesta.

El aseguramiento por riesgos del trabajo fue reconocido desde la misma Ley de Reparación por Accidentes del Trabajo como parte del ámbito de competencia de las entidades aseguradoras del Estado, primero del Banco Nacional de Seguros y luego del Instituto Nacional de Seguros, que, conforme al artículo 289 de la CPol, también tiene el rango de institución autónoma y que es gobernada por una Junta Directiva, cuyos miembros son nombrados por el Consejo de Gobierno (artículo 4 de la Ley 12 del 30 de octubre de 1924).

Una limitación significativamente importante proviene del mismo constituyente, que, al regular la creación del régimen de seguros sociales, dispuso como límite expreso a esa independencia que los fondos y las reservas de los seguros sociales no podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación (artículo 73).

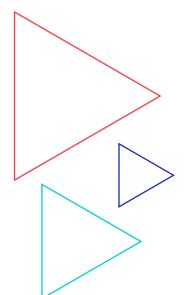
4. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la seguridad social

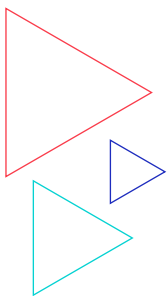
A pesar de que desde el año 1949 la CPol indicaba que “corresponderá a la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar (...) la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos de derecho público” (artículo 10, CPol), esta competencia fue asumida hasta la creación de la jurisdicción constitucional en 1989 por la Corte Plena. A partir de entonces, es la SCO la que debe “garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica” (artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional –LJC–³²), entre otros, por medio del recurso de amparo y de las acciones de inconstitucionalidad (artículo 2, LJC).

30 El Reglamento de las Juntas de Salud fue aprobado por la Junta Directiva CCSS en la Sesión 7322 del 15 de abril de 1999, el cual fue derogado y sustituido por el texto actual en la Sesión N° 9104 del 15 de junio de 2020.

31 A estos entes la ley les encomienda específicamente: a) colaborar con los directores de los hospitales y las clínicas, en la elaboración de los anteproyectos y las modificaciones presupuestarias de estos centros, conforme a las asignaciones presupuestarias y los límites que fije la Junta Directiva de la CCSS; b) velar por la ejecución correcta del presupuesto aprobado; c) emitir criterio sobre los compromisos de gestión del centro de salud, según el ordenamiento jurídico aplicable a la Caja; d) emitir criterio respecto de los candidatos al cargo de director general de un hospital o clínica, antes del nombramiento; y e) participar en la definición de las prioridades y políticas generales del hospital o la clínica en materia de inversión, contratación administrativa y de promoción e incentivos para los trabajadores del centro de salud, acorde con las políticas de la Caja (artículo 2).

32 Ley N° 7135 del 11 de octubre de 1989.





A partir de su creación, se le ha facilitado al ciudadano el acceso a la jurisdicción constitucional, al permitir la protección de derechos difusos y admitir recursos de amparo entre sujetos privados, lo cual ha tenido una especial relevancia en materia de trabajo y seguridad social. En el primero de los casos, para interponer una acción de inconstitucionalidad no es necesario que el reclamante tenga un asunto pendiente por resolver ante los tribunales (artículo 75, LJC), si lo que solicita es el reconocimiento de intereses difusos³³. En el segundo, el recurso de amparo puede interponerse contra acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando quien recurre se encuentra en una posición de poder desventajosa frente a la cual, a pesar de que existan otros procedimientos en la jurisdicción ordinaria, lo que decida la autoridad judicial puede resultar claramente insuficiente o tardío para garantizar los derechos o las libertades fundamentales (artículo 57, LJC).

Otro aspecto importante por resaltar es la eficacia y la jerarquía que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen en el ordenamiento jurídico costarricense. De acuerdo con el artículo 7 de la CPol, ellos “tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes” y, conforme al artículo 15 del CT, son fuentes supletorias a las leyes ordinarias o conexas en materia de trabajo y seguridad social las disposiciones contenidas en los convenios y las recomendaciones adoptadas y no ratificadas por la OIT. Con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se reformó su artículo 48, y a partir de ello la SCO ha reconocido

-
- que tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta SCO, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años³⁴.
-

Además, la incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho interno se realiza bajo el sistema denominado “monista”, como lo expresa la propia SCO:

-
- Cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución (...) y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (...), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley³⁵.
-

33 En la SCO. Res. 3705 del 30 de julio de 1993, se definen los intereses difusos como aquellos “intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por lo tanto, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas”.

34 SCO. Res. 2313 del 9 de mayo de 1995.

35 SCO. Res. 282 del 13 de marzo de 1990.

Lo anterior ha llevado a la SCO hacia una evolución en el respeto, la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales consagrados por las normas internacionales, al extender incluso su protección, ampliar el alcance a sujetos no reconocidos por el derecho interno y otorgar una operatividad inmediata para el goce efectivo de los derechos.

La SCO ha reconocido en sus diversas actuaciones judiciales –acciones de inconstitucionalidad y recurso de amparo– que la seguridad social es un derecho humano y ha puesto en práctica el desarrollo de sus principios. Esto ha permitido la expansión del contenido y el alcance de la norma legal y reglamentaria, con el fin último de proteger el principio de la dignidad humana, “que constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales y humanos”³⁶. Un ejemplo de ello puede observarse en las siguientes resoluciones.

4.1 Principio sobre la dignidad humana

La SCO reconoce que “El ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son reconocidos en protección de su dignidad”³⁷. Este principio de la dignidad humana, como ya se ha expuesto, se encuentra presente en la CPol, al obligar al Estado a no incurrir en transgresiones a los derechos fundamentales de las personas, “ya que la existencia misma del Estado responde precisamente a la necesidad de satisfacer los problemas colectivos de una comunidad y no al contrario, que implicaría que la sociedad existe para preservar al Estado”³⁸.

Desde el propio texto constitucional se reconoce la especial protección que deben recibir ciertos colectivos, entre ellos, la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad. La jurisprudencia de la SCO también se orienta a dichos grupos.

Con cita de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recuerda que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos”, entre ellos, el cuidado de su salud, lo cual supone la implementación de diversas medidas de protección que “constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna”³⁹. Con respecto a las personas con discapacidad, señala la tutela efectiva de sus derechos: “No se trata simplemente de un trato especial, en atención a las particulares condiciones de esa población, sino de un derecho, y la correlativa obligación del resto de las personas por respetar ese derecho y cumplir con las obligaciones que de él se derivan”. De esta manera se facilita su integración en la sociedad en condiciones dignas⁴⁰.

En materia de prestaciones de salud y con fundamento, entre otros, en la dignidad humana, “el derecho al consentimiento informado es actualmente un derecho fundamental de los usuarios de los servicios de salud y de los pacientes”, que les garantiza una información veraz de “todos los riesgos y beneficios de un tratamiento o intervención propuesta para que el paciente decida de acuerdo con su criterio”⁴¹.

4.2 Principio cristiano de justicia o paz social

En varios de sus pronunciamientos, la SCO ha hecho énfasis en el principio cristiano de justicia o paz social, el cual desempeña un rol preponderante en el derecho interno, que ha permitido, como ella lo indica: “caracterizar nuestro sistema político y jurídico como un Estado Social de

36 SCO. Res. 16069 del 26 de agosto de 2020.

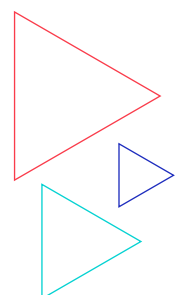
37 SCO. Res. 16069 del 26 de agosto de 2020.

38 SCO. Res. 807 del 20 de enero de 2016.

39 SCO. Res. 15427 del 14 de agosto de 2020.

40 SCO. Res. 12776 del 12 de julio de 2019.

41 SCO. Res. 15427 del 14 de agosto de 2020.





Derecho”, al irrumpir la Constitución en las relaciones sociales “con el fin de corregir y compensar las desigualdades entre las personas, que lastiman su dignidad, asegurándoles las condiciones materiales mínimas que requiere un ser humano para vivir”⁴².

Con base en el mismo concepto de justicia social y la posibilidad que brinda este principio de construir nuevos derechos fundamentales, la SCO recuerda que, en esa labor, tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional deben tener presentes que esos nuevos derechos fundamentales en materia social deben ser “aplicables a todos los factores de la producción (patronos y trabajadores) a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”⁴³.

De acuerdo con este principio, la SCO declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad presentada a partir de una omisión en la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República del Ejercicio Económico del 2018, N° 9514, del 28 de noviembre del 2017, por no incluir la respectiva partida presupuestaria correspondiente al incremento de la contribución del Estado, aprobada por la Junta Directiva de la CCSS en el 2016, para financiar las pensiones mínimas del régimen de invalidez, vejez y muerte. Por lo tanto, esta institución, en coordinación con el Ministerio de Hacienda, debió establecer de inmediato un mecanismo que permitiera el reintegro de la citada cuota en un plazo máximo de cinco años⁴⁴. Es importante anotar que en este fallo uno de los magistrados aconsejó al Poder Ejecutivo y al Legislativo no volver a incurrir en la omisión que dio mérito a la acción de inconstitucionalidad.

4.3 Principio de solidaridad

De acuerdo con el artículo 50 de la CPol, es deber del Estado procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, y para ello resulta fundamental el respeto del principio de solidaridad entre los miembros de la colectividad, “que legitimaría válidamente la imposición de ciertas cargas en favor de una justa redistribución de la riqueza”. En consecuencia, y “para lograr una más homogénea estratificación social, los individuos deben contribuir de acuerdo con sus posibilidades, en beneficio de quienes menos poseen”⁴⁵. Una manifestación concreta de este principio es el régimen de seguridad social, en el que existe “el deber de colectividades, más o menos amplias (...) de asistir a los miembros del grupo frente a contingencias que los colocan en una posición más vulnerable, como son, entre otras, la vejez o la enfermedad”⁴⁶.

En aplicación de este principio de solidaridad, la SCO ha declarado constitucional la imposición de un límite máximo de pensión a los que más contribuyen con sus aportaciones al régimen de reparto de invalidez, vejez y muerte, recordando que con ello se cumple un “deber-ser de la sociedad o de la colectividad, para brindar soporte a quienes no tienen suficientes medios de subsistencia o quienes se encuentran en un riesgo social y económico, y donde la sociedad da un paso adelante a través del Estado o de los mecanismos que éste crea, para satisfacer la necesidad de las personas que caen en un riesgo social y económico”⁴⁷. Ello conlleva “a un sacrificio de los sectores mejor acomodados a favor de los más desposeídos (...) (pues son quienes tienen o tuvieron acceso a la educación, a mejores condiciones personales y sociales, y que en razón de tales beneficios se esperaba una conducta tendente a favorecer a aquellos con menor suerte)”⁴⁸.

42 SCO. Res. 3077 del 9 de marzo de 2011.

43 SCO. Res. 3077 del 9 de marzo del 2011.

44 SCO. Res. 10608 del 10 de junio de 2020.

45 SCO. Res. 3338 del 5 de mayo de 1999.

46 SCO. Res. 3077 del 9 de marzo de 2011.

47 SCO. Res. 6638 del 15 de mayo de 2013.

48 SCO. Res. 6638 del 15 de mayo de 2013.

Con fundamento en la SCO, se declaró inconstitucional la omisión por parte del Poder Ejecutivo de no incluir en la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República la respectiva partida presupuestaria con el objetivo de asegurar los fondos necesarios para cubrir el incremento de la contribución del Estado, que había aprobado la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, para financiar las pensiones mínimas del régimen de invalidez, vejez y muerte. Con el fin de “evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales, se dimensionan los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, para que las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, en coordinación con las del Ministerio de Hacienda, establezcan de inmediato un mecanismo para el reintegro de la citada cuota, la que se deberá cancelar en un plazo máximo de cinco años, contados a partir de la notificación de esta resolución”⁴⁹.

Si bien el Poder Ejecutivo invocó en su favor los principios de equilibrio presupuestario y de racionalidad en el gasto público, la SCO señaló que en materia de seguridad social, cuando llega el ocaso del ciclo de productividad de un trabajador y deja con ello de recibir el respectivo ingreso por el trabajo desempeñado, “es cuando inicia el principio de la solidaridad social, para proporcionar las prestaciones propias de la pensión, que, de no ocurrir, no se le permitiría seguir valiéndose por sí mismo –él y sus dependientes–, y se caería en riesgo social y económico”⁵⁰.

Precisamente porque el sistema de seguridad social responde “a la filosofía propia” de un Estado social de derecho, en la que debe tenerse como base “una justicia social para todos, y no para una clase o para determinada función del trabajo”, para la SCO la asociación de particulares a entidades de la seguridad social “puede ser compulsiva, en tanto tiene fines de bien común compatibles con el sistema social de derecho en que vivimos”⁵¹.

4.4 Principio de igualdad

Para la SCO, en el principio de igualdad ha de entenderse, como bien lo ha expresado en diferentes resoluciones y con base en el artículo 33, CPol, “que todas las personas que se encuentran en una misma situación deben ser tratadas en forma igual”, por lo que “no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”⁵².

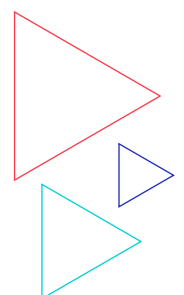
En el 2009, la SCO declaró inconstitucional el artículo 80 del Código de Trabajo, que permitía el despido con responsabilidad patronal una vez transcurrido el periodo de tres meses de suspensión temporal del contrato de trabajo por incapacidad del trabajador, derivada de un accidente o enfermedad no laboral. Lo anterior obligaba al trabajador a reincorporarse a sus labores, aun sin estar completamente restablecido de su salud, antes del vencimiento del citado plazo. Para la SCO, tal disposición colocaba al trabajador “en una situación de desigualdad frente a los demás trabajadores, pues se ve compelido a laborar bajo condiciones inadecuadas y lesivas contra sí mismo, convirtiéndose prácticamente en una sanción para el trabajador que debe reincorporarse de esa manera”. Si bien se reconoce que detrás de tal regla puede existir una “constante preocupación por la sostenibilidad financiera del sistema, sin embargo, ello no puede arribar a tal extremo, que el régimen de seguridad social lejos de proteger lo establecido por el Estado Social de Derecho, violente el derecho a la salud de los trabajadores”. Por consiguiente, el trabajador tendrá derecho de gozar de su derecho a la salud y demás prestaciones de la

49 SCO. Res. 10608 del 10 de junio de 2020.

50 SCO. Res. 10608 del 10 de junio de 2020.

51 SCO. Res. 747 del 20 de enero de 2012.

52 SCO. Res. 12703 del 1.º de agosto de 2014.





seguridad social “hasta el momento en que dicha circunstancia desaparezca y el trabajador pueda reintegrarse al trabajo”⁵³.

En la opinión consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre del 2017, solicitada por la República de Costa Rica, se dispuso con respecto al matrimonio igualitario que “Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional” (numeral 220). La SCO declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo contemplada en el Código de Familia y le otorgó 18 meses a la Asamblea Legislativa para regular el matrimonio igualitario, es decir, hasta el 26 de mayo del 2020, y de no hacerlo, como en efecto sucedió, quedaría levantada la prohibición⁵⁴. Con esto, los integrantes de matrimonios igualitarios deben ser beneficiarios de las prestaciones y los derechos de seguridad social en las mismas condiciones que los matrimonios de personas heterosexuales.

4.5 Principio de inmediatez

Otro de los principios desarrollados por la SCO es el de inmediatez, vinculado con la “eficiencia, eficacia, continuidad, regularidad y adaptación en los servicios públicos de salud”⁵⁵. Los beneficiarios de las prestaciones de seguridad social deben gozar del derecho a estos servicios de forma ágil y oportuna; de lo contrario, no se resguardaría eficazmente el derecho a la salud y, con ello, el derecho a la vida.

No solo la CCSS, sino también cualquiera de los órganos y entes públicos que prestan servicios de salud pública tienen la obligación imperativa e impostergable de adaptar los diferentes servicios de salud “a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios o pacientes y, sobre todo, de aquellos que demandan una atención médica inmediata y urgente, sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación”, para lo cual tienen el deber “de adoptar e implementar los cambios organizacionales, de contratar el personal médico o auxiliar y de adquirir los materiales y equipo técnico que sean requeridos para brindar prestaciones eficientes, eficaces y rápidas”⁵⁶.

En esta misma dirección, y por la vía del recurso de amparo, ya se le ha ordenado a la CCSS disminuir los plazos de espera para realizar cirugías, con el fin de no lesionar el derecho a la salud. Este es el caso de acciones en contra de demoras de casi año y medio en la lista de espera de operación ambulatoria, que la SCO califica de plazo “excesivo y lesivo a los derechos fundamentales del recurrente”. Por lo tanto, ordena que, en el plazo específico que ella misma impone, se realice el procedimiento médico bajo la prevención de que se podría incurrir en el delito de desobediencia, sancionado en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que conlleva prisión de tres meses a dos años, o de 20 a 60 días multa, siempre que el delito no esté más gravemente penado⁵⁷.

La SCO también lo ha mencionado en casos en que los ciudadanos recurren contra la negativa de la CCSS de darles un medicamento que han estado adquiriendo por sus propios medios y que, por causa de su elevado precio y su situación económica, ya no les resulta posible continuar comprándolo. En estas situaciones, se recuerda que del artículo 21 de la CPol se deriva el derecho a la salud, al reconocerse la inviolabilidad de la vida humana y con ello la obligación del Estado

53 SCO. Res. 18356 del 2 de diciembre de 2009.

54 SCO. Res. 12782 del 8 de agosto de 2018.

55 SCO. Res. 3087 del 25 de febrero de 2009.

56 SCO. Res. 3087 del 25 de febrero de 2009.

57 SCO. Res. 9928 del 18 de julio de 2007.

de protegerla, y “por ende, el régimen de seguridad social es también un pilar fundamental del sistema democrático nacional”. De allí que “la Caja no puede negarse, por razones que no sean estrictamente médicas, a dar un tratamiento o proveer de un insumo adecuado para el tratamiento, que el paciente necesite”⁵⁸.

4.6 Principios de razonabilidad y proporcionalidad

La razonabilidad y proporcionalidad constituyen parámetros de constitucionalidad, según la doctrina de la SCO, “de modo tal que cualquier norma o acto que atente contra esos valores o principios (...) no puede ser constitucionalmente válido”⁵⁹. De acuerdo con la misma SCO,

-
- el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecúe en todos sus elementos como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución. Quiere ello decir que deba existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución⁶⁰.
-

En materia de seguridad social, podrían citarse varios ejemplos de su aplicación. En el caso del derecho a la jubilación, este beneficio “no puede ser normalmente condicionado a la conducta de su titular, ya sea ésta anterior o posterior a su consolidación como derecho adquirido”. Por esto se declaró inconstitucional el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual disponía que aunque las jubilaciones y pensiones tienen el carácter de vitalicias, se pierde su derecho “cuando por sus vicios, faltas de moralidad o responsabilidades penales, calificados por la Corte, se haga indigno de percibirlos”. Para la SCO, esta disposición “resulta a todas luces inconstitucional, por irrazonable, por desproporcionada y por desvinculada totalmente de la naturaleza y fin de la jubilación”, especialmente si, como sucede en ese caso, se trata de un derecho fundamental derivado de la prestación del trabajo y de sus aportes al régimen al que pertenece. Por lo que “la privación de aquélla por causas tales como la conducta impropia del beneficiario, lo mismo si ésta ocurriere antes o después de la adquisición, consolidación, reconocimiento o goce efectivo de su derecho actual al beneficio, e incluso si llegare a ser constitutiva de delito, y cualquiera que fuere la gravedad o repugnancia de éste”⁶¹.

Para el caso de las personas adultas mayores que alcanzan la edad de jubilación y han participado con sus aportaciones al Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, como complemento de su pensión en el régimen básico, la SCO ha afirmado que una de sus modalidades, que consiste en la entrega de los recursos del fondo en tractos hasta su muerte, es “tajante e inflexible” y “deviene en arbitrario, irrazonable y sobre todo, en desproporcionado”. Por lo tanto, a la hora de aplicarse el plan de retiro programado o el de renta permanente “deben ponderarse concomitantemente situaciones particulares y excepcionales que presentan los solicitantes, que permitan realizar cálculos diferenciados e individuales y que, a su vez, admitan hacer la entrega de los fondos en cuestión dentro de plazos más cortos (para un mejor y adecuado disfrute)”⁶².

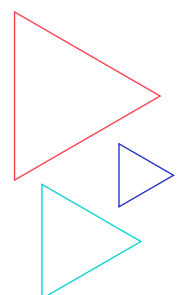
58 SCO. Res. 10125 del 11 de junio de 2010.

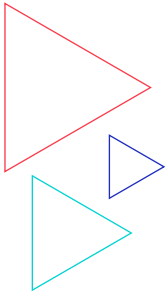
59 SCO. Res. 3495 del 19 de noviembre de 1992.

60 SCO. Res. 1420 del 24 de junio de 1991.

61 SCO. Res. 1147 del 21 de septiembre de 1990.

62 SCO. Res. 15770 del 23 de agosto de 2019.





Con fundamento en estos mismos criterios, la SCO no observa vicios de inconstitucionalidad en la eliminación del incremento anual del 30 por ciento fijo en algunas de las denominadas “pensiones de lujo” y en la aprobación de leyes que imponen una contribución solidaria a las pensiones, que reduce su monto actual. Para la SCO, “cuando un régimen de pensiones se encuentra en crisis de sostenibilidad financiera” se pueden modificar las condiciones más beneficiosas en que fueron otorgadas, para solventar esa situación de crisis, “siempre y cuando los ajustes tengan como finalidad resguardar la sostenibilidad del régimen y se respeten el principio de razonabilidad y proporcionalidad, así como la dignidad humana de las personas adultas mayores”⁶³.

5. Desafíos de la seguridad social

Al inicio de un nuevo periodo presidencial⁶⁴, la seguridad social costarricense debe enfrentarse a diversos retos que, presentes una década atrás, todavía persisten, pese a los avances obtenidos por satisfacer algunos de ellos y al mandato constitucional que impone al Estado el deber de procurar el mayor bienestar a sus habitantes (artículo 50, CPol) y brindar condiciones que garanticen justicia social (artículo 74, CPol).

Aunque los datos macroeconómicos del país antes de marzo del 2020 eran desalentadores, la contracción del producto interno bruto (PIB) causada por la pandemia de la COVID-19 afectó aún más la economía costarricense. Adicionalmente, si bien a febrero del 2022 la tasa de desempleo bajó al 13,3 por ciento –menos de 11 puntos porcentuales si se compara con julio del 2020–, todavía sigue siendo un 1 por ciento superior a la que se tenía antes de la pandemia.

Además, si bien en el primer trimestre del 2022 el Gobierno central obtuvo un superávit primario del 0,8 por ciento del PIB –que, como confirma el Banco Central de Costa Rica, es el mejor balance primario en catorce años–, ello no solo es producto de una mejor recaudación de los tributos y de la recuperación cíclica de la economía, “sino también de los rendimientos de la reforma fiscal de diciembre del 2018” y del “compromiso con la contención del gasto, en línea con la regla fiscal y con las metas trazadas en el convenio suscrito con el Fondo Monetario Internacional” (Banco Central de Costa Rica 2022).

Lo anterior ha afectado de diversas formas al financiamiento del sistema de seguridad social. Por un lado, al disminuir las aportaciones al régimen contributivo; por otro lado, al reducirse las inversiones en las mejoras requeridas para una eficaz atención de los programas sociales. Debido a ello, no es de extrañar que, según las Naciones Unidas, la pobreza en el país haya aumentado en el 2021, lo cual afecta al 26,2 por ciento de los hogares, mientras que la pobreza extrema creció un 7 por ciento⁶⁵.

La consecución de nuevas fuentes de financiamiento y la utilización eficiente de los recursos disponibles todavía son más necesarias si se tiene en cuenta el compromiso adquirido por el país con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, especialmente en su objetivo 3: “garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”. Si bien resultaba necesaria la suscripción del Pacto Nacional por el avance de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el 9 de septiembre del 2016, en el marco de la Agenda 2030, el reto sigue siendo –con mayor razón en la coyuntura actual provocada por la pandemia de la COVID-19 y las consecuencias económicas y financieras derivadas de los conflictos armados que han marcado la agenda geopolítica del 2022– el seguimiento y la implementación eficaz de las medidas adoptadas. Esto especialmente

⁶³ SCO. Res. 19274 del 7 de octubre de 2020.

⁶⁴ Rodrigo Chaves Robles asumió el cargo de presidente de la República el 8 de mayo de 2022, por un periodo de cuatro años.

⁶⁵ Disponible en <https://costarica.un.org/es/143655-onu-costa-rica-debe-dar-un-salto-exponencial-para-lograr-el-desarrollo-sostenible-e>

en cuanto a la movilización de recursos disponibles, la incorporación de ese objetivo y de las metas del desarrollo en los instrumentos de planificación y de presupuestación de las instituciones y organizaciones, así como en el fortalecimiento de las capacidades institucionales para el desarrollo de políticas, planes, programas y proyectos que permitan la implementación y el seguimiento de las metas de desarrollo sostenible.

5.1 La universalidad de la cobertura del sistema

De acuerdo con el artículo 73 de la CPol, las prestaciones del sistema de seguros sociales deben tener una cobertura universal; sin embargo, no ha sido posible alcanzar esta meta ⁶⁶.

Por consiguiente, existen colectivos importantes en el sector informal cuyo registro y protección siguen siendo un reto; primordialmente, este es el caso de los trabajadores autónomos, las personas migrantes y los colaboradores en el servicio de plataformas digitales.

En los últimos años se han tenido algunas experiencias positivas en la lucha por la informalidad, por ejemplo, el aseguramiento de los recolectores de café, que son registrados en el Instituto del Café de Costa Rica y están cubiertos durante la cosecha; por lo tanto, ellos y sus familiares pueden hacer uso de los servicios de salud de la CCSS. Como consecuencia de esto, y al tomar en cuenta la alta rotación de esta población, su condición migratoria y la estacionalidad de la cosecha, se implementó

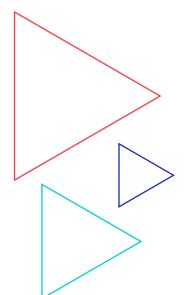
-
- por primera vez y como un modelo único a nivel mundial, el tema de aseguramiento de la mano de obra recolectora de café –independientemente de su nacionalidad– que permitió tanto a los productores de café como a la población en general tener la certeza de que las personas que se desempeñaban en la labor de la recolección estaban cubiertas por un esquema de seguridad social que le daba cobertura de manera preventiva, ante la necesidad de atención médica, o bien, que contaban una opción de atención de alto nivel, en caso de darse la situación de un caso positivo por COVID-19 ⁶⁷.
-

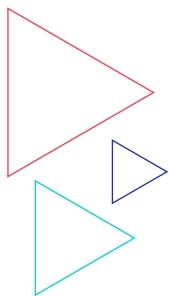
Esto ha permitido ampliar los accesos a los servicios de salud y evidenciar las oportunidades de mejora para la próxima ejecución del modelo de aseguramiento. El total de personas beneficiadas ha sido “de 17 775 recolectores de café, tanto migrantes como nacionales, quienes tras los índices de desempleo que enfrentó el país con motivo de la pandemia, encontraron en la recolección del café una fuente segura de empleo. Esta cobertura significó, en recursos, un aporte a la Caja Costarricense del Seguro Social para el fortalecimiento de los servicios de salud de 105 762 934 colones costarricenses”.

Otro ejemplo es el caso de las trabajadoras domésticas, en especial cuando laboran en jornadas parciales para dos o más empleadores al mes. Desde agosto del 2017 se ha logrado facilitar su aseguramiento por cualquiera de sus patronos, mediante una escala de “Bases Mínimas Contributivas Reducidas”, cuando los salarios devengados y reportados sean inferiores al monto fijado en la Base Mínima Contributiva aprobada por la Junta Directiva de la CCSS para la

66 El último Censo Nacional fue en el 2011 y en el 2022 se está llevando a cabo uno nuevo. Con la información de la Gerencia Financiera de la CCSS, Arce Ramírez señala que “se observa una brecha entre la cobertura contributiva y la cobertura de aseguramiento; así, para el año 2016 la cobertura contributiva (excluyendo Población Económicamente Activa –PEA– no remunerada ni PEA que busca trabajo por primera vez) era del 65,8 por ciento de la PEA, pero la cobertura de aseguramiento era cercana al 95 por ciento”. Claudio Arturo Arce Ramírez, “Financiamiento y cobertura del Seguro de Salud en Costa Rica: desafíos de un modelo exitoso”, *Gestión en Salud y Seguridad Social* 1 (1), (2021): 13.

67 Dponible en http://www.icafe.cr/wpcontent/uploads/informacion_mercado/informes_actividad/actual/Informe%20Actividad%20Cafetalera.pdf





generalidad de trabajadores. Desde entonces, la medida adoptada arroja datos muy positivos, tanto en la cantidad de personas trabajadoras registradas como en los salarios reportados.

Los resultados obtenidos con estas dos experiencias demuestran que sí es posible avanzar hacia un aseguramiento que le garantice a un mayor número de personas tener una atención de salud esencial durante el ciclo de la vida, así como una seguridad básica del ingreso, “que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional”, y con ello “una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social”, como lo indica la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202) de la OIT.

El reto sigue siendo crear mecanismos que permitan avances más rápidos en la universalidad de la cobertura, especialmente de colectivos en peligro de exclusión social, y en la sostenibilidad de los beneficios, sobre todo en las condiciones económicas y financieras derivadas de la contracción económica causada por la pandemia. En el caso específico de Costa Rica, “ampliar y fortalecer la protección social para las personas trabajadoras” es una meta que también forma parte del acuerdo tripartito suscrito el 31 de enero del 2019 en el seno del Consejo Superior de Trabajo, para la ejecución del Programa de Trabajo Decente durante el periodo 2019-2023⁶⁸. Para lograr dicho objetivo, resulta fundamental que esos mecanismos que se diseñen puedan ser producto, según se requiera, del diálogo social tripartito y bipartito, el cual necesariamente debe fortalecerse.

La Memoria Institucional 2021 de la CCSS señala que se han establecido una serie de estrategias con el fin de aumentar el nivel de aseguramiento. En octubre del 2021 se aprobó el Reglamento para la Protección Familiar⁶⁹, la reforma de los artículos 10, 11, 12, 13, 74 y 82 del Reglamento del Seguro de Salud y la reforma al artículo 14 de Reglamento de Aseguramiento Voluntario y Aseguramiento de Migrantes⁷⁰.

Asimismo, estos mecanismos deben ir acompañados de una adecuada y efectiva vigilancia del cumplimiento de las normas legales aprobadas, aspecto que le corresponde al cuerpo de inspectores de la CCSS (artículo 20, LCCSS). Para asegurar este objetivo de fiscalización, el personal debe contar con los elementos y recursos adecuados para desempeñar a cabalidad su tarea, además de las facilidades que les permitan obtener los datos necesarios para detectar y sancionar los comportamientos que causan infracción de la norma nacional e internacional, en aras de promover una cultura de cumplimiento.

5.2 El pago de la deuda por parte del Estado

En el artículo 73 de la CPol se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de regulación forzosa del Estado, patronos y trabajadores. Sin embargo, a pesar de que el cumplimiento de este deber por parte del Estado resulta primordial para asegurar la sostenibilidad del sistema de seguridad social, desde 1997 se ha acumulado una deuda a favor de la CCSS, entre otros motivos, por concepto de los aportes que el Estado debe asumir especialmente en regímenes como el de trabajadores independientes, por atención sanitaria a la población indigente o ubicada en centros penales, o con motivo del traslado de los programas de atención preventiva que estaban a cargo del Ministerio de Salud. Al 30 de junio del 2020, la deuda ascendía a un monto aproximado a los

68 Disponible en https://www.ilo.org/sanjose/sala-de-prensa/WCMS_667260/lang--es/index.htm

69 En la misma línea, la Gerencia Médica y la Gerencia Financiera de la CCSS construyeron un instrumento que permite operativizar el Reglamento para la Protección Familiar, mediante oficio GF-DCE-0012-2022 del 19 de enero de 2022.

70 Memoria Institucional de la CCSS, disponible en <https://www.ccss.sa.cr/arc/memoria-institucional/2021.pdf>

3 283 millones de dólares de los Estados Unidos ⁷¹, a pesar de que el artículo 9 de la Ley de Préstamo BID Programa Servicios Salud y Construcción Hospital Alajuela, N° 7374, del 3 de diciembre de 1993, autorizó al Ministerio de Hacienda a tomar las previsiones presupuestarias para trasladar mensualmente a la CCSS los recursos necesarios, con el propósito de cubrir las nuevas obligaciones asumidas por el traslado de los programas ya citados.

Las perniciosas consecuencias de esta deuda han sido reconocidas por la Contraloría General de la República ⁷², al indicar que “a pesar de que los gastos en que incurre la CCSS, se producen al brindar los servicios y atender las obligaciones de pago que amparan esos servicios (...) se produce un desfase importante en el flujo de efectivo, lo que en mediano y largo plazo afecta las finanzas de la institución”. En el 2015, la Sección Octava del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ⁷³ ordenó al Ministerio de Hacienda “cesar en la conducta omisiva y cumplir con la obligación establecida en la Ley N° 7374”, lo que fue confirmado en el 2018 por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ⁷⁴. Como consecuencia de lo anterior, en el 2020, el Gobierno y la CCSS acordaron fijar un plazo para conciliar el monto debido y se comprometieron a tramitar un crédito por 500 millones de dólares de los Estados Unidos con el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), que sería utilizado para el financiamiento de infraestructura en centros médicos y como una forma de pago parcial de la deuda ⁷⁵.

Con respecto a este tema existen tres desafíos, sobre todo a partir de las significativas erogaciones que la CCSS ha debido hacer para llevar a cabo la atención sanitaria derivada de la pandemia provocada por la COVID-19. El primero, que el Ministerio de Hacienda cumpla con el pago de los montos periódicos ya acordados, para cancelar parcialmente la deuda. El segundo, que con el apoyo de la Asamblea Legislativa se aprueben los empréstitos que el Gobierno necesita para cancelar el resto de la deuda acumulada. El tercer desafío es que a futuro esa deuda no se incremente más, realizando de forma oportuna las transferencias requeridas y asegurando con ello la sostenibilidad financiera de la CCSS, de modo que pueda alcanzarse la universalización de los seguros sociales (artículo 177, CPol).

5.3 Judicialización de la salud

Otro de los desafíos para alcanzar una protección social efectiva y expedita es la revisión y aplicación de la jurisprudencia constitucional, que atiende una cantidad muy importante de acciones en materia de salud y seguridad social.

La judicialización de los reclamos de los ciudadanos, especialmente por la vía del recurso de amparo, no es una solución idónea. En el 2020, las resoluciones de la Sala Constitucional en materia de salud representaron el primer lugar, con más de un tercio de los temas abordados (37,31 por ciento) ⁷⁶. Sin embargo, no se trata de un dato más, sino de una tendencia. En el periodo comprendido entre el 2014 y el 2020 ⁷⁷, de un total de 135 460 temas, una cuarta parte de ellos (34 324 asuntos) se refería al derecho a la salud, lo cual lo convirtió en el tema que generaba la mayor cantidad de conflictos.

71 Disponible en <https://semanariouniversidad.com/pais/estado-aun-debe-c54-981-millones-de-sus-compromisos-previos-con-deuda-de-la-caja/>

72 Informe N° DFOE-SOC-IF-08-2011 del 31 de agosto del 2011, citado por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección Octava. Res: 115 del 4 de diciembre de 2015.

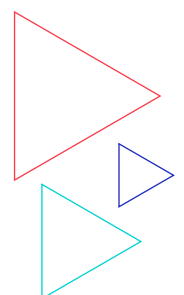
73 Res: 115 del 4 de diciembre de 2015.

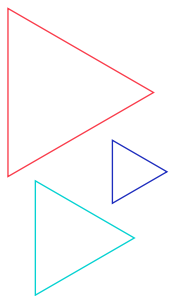
74 Res: 197 del 8 de marzo de 2018.

75 Disponible en <https://www.bcie.org/novedades/noticias/articulo/bcie-aprueba-us500-millones-a-costarica-para-el-fortalecimiento-de-su-red-hospitalaria>

76 Disponible en <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/component/content/article/72-comunicados/492-labor-de-la-sala-constitucional-en-2020-numero-de-asuntos-resueltos-supero-al-de-casos-ingresados?Itemid=437>

77 Disponible en <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticasv1>.





El desafío que se presenta para la CCSS y demás organismos estatales que administran los servicios derivados del sistema de seguridad social es poder reconocer y fortalecer el derecho a la salud de los ciudadanos sin necesidad de que ellos tengan que recurrir a la Sala Constitucional para hacerlo efectivo. Para lograrlo, las administraciones públicas del sector salud deben crear estrategias que permitan bajar los niveles de judicialización, al gestionar con mayor precisión, y en casos objetivamente justificados, las medidas que garanticen la debida y oportuna satisfacción de las necesidades de las personas, dentro de las limitaciones de sus recursos. El éxito de este esfuerzo autocrítico sobre cómo superar sus debilidades y aumentar sus fortalezas también mejorará el nivel de desarrollo y solidez institucional, de sus políticas y programas, de frente a la ciudadanía.

5.4 La COVID-19 y los servicios esenciales de salud

A raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, han quedado en evidencia las vulnerabilidades y deficiencias de los servicios esenciales de salud no relacionados con la COVID-19, situación que ya se arrastraba desde hace años. La priorización en la atención de pacientes con coronavirus ha provocado un aumento de los tiempos de espera para la atención médica general y especializada, incluyendo tratamientos quirúrgicos y de rehabilitación, lo cual ha impedido garantizar a la población el pronto y efectivo derecho a la salud. Con la pandemia se interrumpió de forma parcial, en todo el territorio nacional, la prestación de los servicios esenciales de salud, incluidos los de primer nivel en zonas rurales. La deficiente capacidad instalada, tanto de recursos humanos como materiales, se hizo más patente.

Los retos a futuro pasan por revisar las necesidades de personal en todos los niveles de atención sanitaria: la eliminación de la precarización de sus condiciones de trabajo, incluyendo las modalidades de su contratación, la racionalización de los procedimientos de contratación de implementos médicos y demás recursos materiales necesarios. También resulta esencial revisar las proyecciones de crecimiento institucional, especialmente en infraestructura, así como implementar procesos de formación profesional que garanticen al personal la adecuada preparación técnica y mental para atender las exigencias de los servicios de salud, sobre todo en caso de una nueva pandemia.

5.5 Trabajadores independientes

A partir del 2005, los trabajadores independientes deben registrarse como afiliados al régimen especial creado para ellos, pese a esta obligación, el déficit en el registro de todas las personas que laboran por cuenta propia es enorme, así como también los ingresos recibidos por ellas, y que no son reportados.

Para “evitar el incremento de la morosidad y propiciar un aumento de la recuperación”, la CCSS ha estado otorgando, especialmente durante la pandemia, la posibilidad de suscribir convenios de pago en condiciones más beneficiosas, que incluso se han prorrogado hasta junio del 2023. Como resultado de estas acciones y de la posibilidad de cumplir los procedimientos en línea, con motivo de las restricciones sanitarias se han incentivado los convenios de pago virtuales.

Paralelamente, desde julio del 2019 se buscó, mediante un proyecto de ley, la condonación de cobros por cuotas, multas, sanciones e intereses, como una forma de reducir la cantidad de personas que estaban en situación de informalidad y de mora. Aprobada en primer debate la iniciativa legislativa, y con motivo de una consulta facultativa de constitucionalidad, la Sala Constitucional informó a la Asamblea Legislativa sobre la inconstitucionalidad de aplicar la condonación a la suma principal acumulada por cuotas. Esto al menos en lo que respecta a la deuda con el seguro de salud (enfermedad y maternidad) y al régimen de invalidez, vejez y muerte, que son administrados por la CCSS, con base en el principio de solidaridad, universalidad y sostenibilidad. Corregido el proyecto, se aprobó la Ley de autorización de condonación para

la formalización y recaudación de las cargas sociales, N° 10232, del 29 de abril del 2022, que condona a los trabajadores independientes los adeudos por multas, recargos e intereses (artículo 2).

En materia de trabajadores de plataformas virtuales, y en lo que respecta a trabajadores geolocalizables, el país todavía avanza muy limitadamente en la discusión de sus derechos mínimos, mediante proyectos de ley que regulan el área más sensible (el de transporte de personas), en la cual se pretende imponer su afiliación al régimen de trabajadores independientes⁷⁸. Se trata de una primera medida que puede presumir su evolución, pero que aún es claramente insuficiente.

El desafío para la CCSS se presenta en que ella misma, por su autonomía constitucional, deberá diseñar nuevos métodos que permitan una mayor formalización de los trabajadores independientes y así poder recuperar los montos adeudados a la seguridad social, teniendo en cuenta los parámetros de sostenibilidad y razonabilidad en las propuestas que presente, de modo que no se afecte la sostenibilidad de los fondos que administra. Precisamente, respecto de los casos de fraude por no aseguramiento o por reporte de ingresos inferiores a los realmente percibidos, el cobro retroactivo de los aportes o de las cuotas no canceladas tiene un plazo de prescripción de diez años (artículos 30 y 56, LCCSS).

5.6 Sostenibilidad financiera del régimen de invalidez, vejez y muerte

La reforma al régimen del seguro de invalidez, vejez y muerte entrará en vigor el 11 de enero del 2024.

El conjunto de medidas adoptadas elimina la posibilidad de pensión anticipada para los hombres y se mantiene para las mujeres, pero les exige una mayor edad; además, el Salario Promedio de Referencia para calcular el monto de la pensión se obtiene del promedio de los mejores 300 salarios reportados (25 años) de toda la carrera laboral, traídos a valor actual o indexados a valor presente. En palabras del gerente de pensiones de la CCSS, implica una reducción de entre un 5 por ciento y un 7 por ciento en el monto de la pensión, con lo que se pretende mejorar la sostenibilidad y solvencia del régimen, “garantizando un equilibrio entre ingresos y gastos para las próximas 3 décadas”⁷⁹.

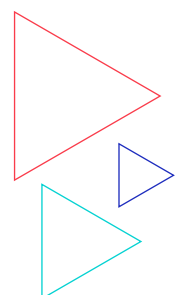
Sin duda, dada la evolución que han seguido las reformas a dicho régimen, esta no será la última que se aplique. De allí que el reto principal para las instituciones involucradas es lograr que las reformas o medidas que se implementen sean producto del diálogo social, permitan valorar otras fuentes alternativas de ingresos y procuren el incremento de los trabajadores afiliados, especialmente de quienes están dentro del sector informal.

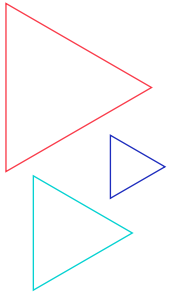
Al mismo tiempo, también debe acometerse el desafío de facilitar la tramitología y procurar el aumento y sostenimiento de las pensiones del régimen no contributivo, para alejar lo máximo posible a sus beneficiarios de los límites de pobreza extrema. Sin embargo, en el 2021 el monto dedicado en el presupuesto nacional para el financiamiento de estas pensiones se redujo en comparación con el periodo 2019-2020, por la aplicación de las restricciones fiscales aprobadas; asimismo, el incremento incluido en el 2022, como ya advirtió la ministra de Trabajo⁸⁰, es insuficiente y limitará el aumento de la cantidad de personas beneficiarias.

78 Disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/proyecto-para-regular-uber-y-didi-entra-en-la/YDVK3C2VWRDALILONRVEJDN63U/story/>.

79 Disponible en <https://semanariouniversidad.com/pais/publican-en-la-gaceta-reforma-al-sistema-de-pensiones-del-ivm-que-extiende-a-63-anos-pension-anticipada-para-mujeres/>

80 Disponible en <https://semanariouniversidad.com/pais/pensiones-no-contributivas-de-ccss-seran-insuficientes-para-beneficiarios-actuales/>





5.7 La seguridad de la información

Otro aspecto para resaltar es la vulnerabilidad que tienen los sistemas de información de la CCSS y el resguardo de la información confidencial sensible de sus usuarios. Esto quedó demostrado en el ataque a sus sistemas de información el 31 de mayo de 2022, que causó graves perjuicios a la población en general y paralizó los servicios financieros y administrativos de la entidad.

La CCSS tuvo que desactivar las plataformas institucionales, incluyendo el Expediente Digital Único en Salud, lo que implicó volver al uso de documentos físicos para la atención de pacientes. La misma Auditoría Interna de la CCSS y la propia Contraloría General de la República habían advertido de la poca protección de los sistemas ante jaqueos de este tipo y de la necesidad de adoptar medidas con respecto a la gestión de permisos a usuarios. En efecto, la Contraloría había determinado que

-
- existe un riesgo en el manejo de la información contenida en el SICERE y sistemas conexos, puesto que, se evidenció un retraso en los ajustes a los privilegios de acceso asignados por roles, a funcionarios que cambian su condición laboral o dejan de laborar para la institución, por cuanto continúan activas credenciales que deberían ser canceladas o cambiadas en forma inmediata. A manera de ejemplo, se detectaron 119 funcionarios que poseen roles activos en SICERE y sistemas conexos, los cuales de acuerdo a su definición de funciones en el “Manual Descriptivo de Puestos” de la CCSS no deben tener asignado ningún perfil⁸¹.
-

Los retos en esta materia a futuro son enormes, puesto que deberá realizarse un plan de acción que permita robustecer y fortalecer los sistemas de información de ataques externos, en el que se tomen las medidas adecuadas y se implementen “mecanismos de control tecnológicos que garanticen el cumplimiento de la normativa y las reglas de negocio en la aplicación Oficina Virtual - Módulo Autogestión Planilla en Línea, elaborar un estudio que permita identificar cada uno de los ‘procesos diferidos’ que pueden ser reestructurados y convertidos a procesos en línea, con el propósito de contar con información actualizada y minimizar los riesgos del procesamiento fuera de línea”⁸².

Otras de las consecuencias del jaqueo fue el impedimento para que el trabajador independiente o el asegurado voluntario se aseguraran o pagaran sus aportes en línea, porque la plataforma digital no se encontraba disponible⁸³.

6. Conclusiones

Costa Rica reconoce la seguridad social como derecho constitucional desde 1943, y fortaleció su contenido y alcance en la CPol de 1949. Como parte de las garantías sociales que se reconocen a todos los habitantes del país, el derecho a la seguridad social es una manifestación del concepto de justicia social y pieza fundamental del sistema democrático. De igual forma, las normas internacionales del trabajo, tanto de la OIT como de Naciones Unidas y de la Organización de los

81 Disponible en https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2019/SIGYD_D_2019023139.pdf

82 Disponible en https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2019/SIGYD_D_2019023139.pdf

83 Según el diario *La Nación*: “Hay asegurados que también han manifestado dificultades para recibir atención médica por no estar inscritos. Sin embargo, tampoco les permiten realizar el trámite presencialmente en las sucursales por las dificultades que todavía presentan los sistemas informáticos para la verificación del estado de aseguramiento y realizar nuevos registros”, a lo que la CCSS había respondido que “se ha ofrecido la posibilidad de que se atienda a la gente, incluso en emergencias, se levante un listado y cuando los sistemas se habiliten, se corroborará la condición en la que se atendió a la persona”, *La Nación*, 9 de julio de 2022: 3.

Estados Americanos, se incorporan al derecho interno de forma inmediata. El cumplimiento de los derechos en ellas contenidas, incluido el de seguridad social, puede ser exigido por cualquier ciudadano ante los tribunales de justicia y especialmente, a partir de 1989, ante la SCO, mediante diversas acciones judiciales, entre ellas, el recurso de amparo.

La normativa infraconstitucional se orienta a universalizar la cobertura de los seguros sociales a todos los habitantes del país, incluidos los trabajadores asalariados o independientes, las personas migrantes e incluso aquellas que han cesado involuntariamente sus labores. La mayor parte de estos colectivos pertenece a un régimen de aseguramiento obligatorio, aunque también existe el de aseguramiento facultativo, y la variedad de opciones pretende facilitar la ampliación de la cantidad de asegurados, así como la sostenibilidad del sistema de seguridad social.

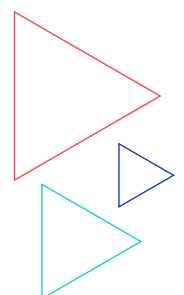
Otro aspecto que debe considerarse es que partir de la creación de la SCO se ha facilitado al ciudadano el acceso a la jurisdicción constitucional en protección de sus derechos, con especial relevancia en materia de trabajo y seguridad social. Un balance del contenido de las resoluciones dictadas a partir del reconocimiento de los principios constitucionales de la dignidad humana, de justicia social, de solidaridad, de inmediatez y de razonabilidad y proporcionalidad arroja un resultado muy favorable, orientado a garantizar la supremacía de las normas y los principios constitucionales y de las normas internacionales que protegen el derecho de seguridad social.

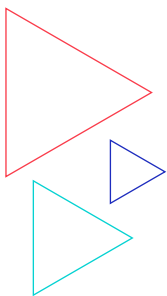
Aunque los seguros sociales parten de un financiamiento tripartito, la universalidad de la cobertura exige cada vez mayores recursos y nuevas fuentes de financiamiento. Es el caso de los trabajadores independientes, incluidos los trabajadores de plataformas virtuales, y aquellos colectivos que se encuentran en situación de riesgo social e incluso cercanos o por debajo del umbral de pobreza extrema. Medidas como las ya implementadas para evitar el incremento de la morosidad de los trabajadores independientes y propiciar un aumento de la recuperación de cuotas –que pasan por la posibilidad de suscribir convenios de pago en condiciones más beneficiosas o incluso la condonación de cobros por multas, sanciones e intereses– deberían ser valoradas para extenderse a otros colectivos. En materia de trabajadores de plataformas virtuales, las iniciativas legislativas para facilitar su acceso a los seguros sociales no deberían estar centradas solo en los servicios de transporte de personas y en una determinada modalidad de contrato, sino tener un ámbito de cobertura más amplio, sin importar la naturaleza del contrato de servicio, pues las respuestas judiciales a un eventual conflicto en esta modalidad de trabajo todavía tardarán en ser analizadas y resueltas en forma definitiva, como ha sucedido en otros países.

En cuanto a las obligaciones financieras ya establecidas por ley, su debido cumplimiento requiere de un cuerpo de inspección con mayores fortalezas, que contribuya a prevenir, investigar y asegurar el recaudo de las cuotas impuestas, sobre todo en los regímenes de aseguramiento obligatorio. Para ello, los servicios de inspección deberán contar con los recursos humanos y materiales suficientes que les permitan prestar su servicio de forma eficaz.

El debido y oportuno pago de los aportes estatales es esencial para financiar los regímenes de seguridad social, especialmente de naturaleza no contributiva. A la fecha existe un alto y creciente nivel de endeudamiento del Estado, al que se le unen los efectos en las finanzas públicas del gasto que originó la atención de la emergencia sanitaria presentada por la COVID-19, las medidas de ajuste fiscal orientadas a la reducción del gasto público y la disminución en el recaudo de las cuotas obrero-patronales en los regímenes contributivos, debido a las altas tasas de desempleo y de informalidad laboral que ha tenido el país a partir de marzo del 2020. Necesariamente, debe buscarse una solución pronta que asegure el cumplimiento de compromisos adquiridos y elimine esta deuda, cuya exigibilidad, además, ya ha sido reconocida por los tribunales de justicia.

Existe una alta tasa de judicialización de los conflictos entre los ciudadanos y los entes rectores de la administración de los seguros sociales por la prestación de los beneficios de la seguridad





social. Aunque estos datos corroboran que las personas gozan de vías judiciales que garantizan el libre acceso a la justicia y de forma expedita por la vía del recurso de amparo, la cantidad de recursos declarados con lugar también es un indicador de que se necesita una mejora de los procesos administrativos en el interior de las administraciones públicas involucradas, especialmente la CCSS.

Los servicios esenciales de salud no relacionados con la COVID-19 sufrieron fuertes afectaciones con la pandemia, lo cual hace más visibles las vulnerabilidades y deficiencias del sistema de salud. Como consecuencia de ello, y para impactar de forma positiva en el desarrollo y calidad de vida de las personas, es necesario establecer estándares de calidad del servicio que se ofrece y desarrollar mecanismos que se orienten hacia una pronta y efectiva prestación de los servicios. También deberá evaluarse el estado actual de los recursos físicos y humanos existentes, para procurar la adopción de medidas que tiendan a incentivar la resiliencia de los trabajadores por medio del mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el análisis de sus cargas laborales. Asimismo, es fundamental racionalizar los procedimientos de contratación y ajustar las proyecciones de crecimiento institucional, especialmente en infraestructura, así como implementar procesos de formación profesional que garanticen al personal la adecuada preparación técnica y mental para atender las exigencias de los servicios de salud.

A las deficiencias ya señaladas, se une la necesidad de fortalecer las políticas en seguridad de la información. El reciente jaqueo del que ha sido objeto, en general, el sector gobierno y, en especial, la CCSS muestra las debilidades de los sistemas existentes, muy lejos de una adecuada protección de los datos de los ciudadanos y otros datos sensibles de la institución. La implementación de las medidas correctivas y preventivas es de suma urgencia.

Finalmente, para afrontar los retos y desafíos que Costa Rica tiene en materia de seguridad social, debería dinamizarse y aprovecharse el acuerdo tripartito firmado en el 2019 con vigencia hasta el 2023, de modo que se puedan alcanzar las cuatro prioridades propuestas, con el fin de mejorar las condiciones laborales de la población trabajadora y de otros colectivos vulnerables por la situación de pobreza extrema en la que se encuentran. Esas prioridades son: a) la promoción del cumplimiento y la aplicación de las normas internacionales de trabajo y de la legislación laboral nacional; b) la promoción de políticas de empleo, mercado de trabajo, trabajo decente y formación profesional, que eliminen las barreras que impidan la integración de ciertos grupos vulnerables al mercado laboral; c) la ampliación y el fortalecimiento de la protección social para las personas trabajadoras; y d) el fortalecimiento del diálogo social tripartito y bipartito, para la formulación y ejecución de políticas, programas y estrategias de desarrollo sociolaboral.

7. Bibliografía

Actas de la Asamblea Constituyente de 1949

Asamblea Nacional Constituyente de 1949: Actas. 1957. San José: Imprenta Nacional, tomos I-III.

Acta N° 115 del 22 de julio de 1949.

Acta N° 125 del 8 de agosto de 1949.

Acta N° 127 del 10 de agosto de 1949.

Acta N° 118 del 27 de julio de 1949.

Acta N° 171 del 20 de octubre de 1949.

Libros y artículos de revistas

- Aguilar Bulgarelli, Oscar. 1994. "Partidos políticos e ideología". En Jorge Mario Salazar Mora (coord.), *El significado de la legislación social de los cuarenta en Costa Rica*. San José: Ministerio de Educación Pública - Universidad de Costa Rica.
- Arce Ramírez, Claudio Arturo. 2021. "Financiamiento y cobertura del Seguro de Salud en Costa Rica: desafíos de un modelo exitoso". *Gestión en Salud y Seguridad Social* 1 (1).
- Armijo, Gilbert. 2003. "La tutela supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica". *Ius et Praxis* 9 (1): 62.
- Calderón Quesada, Clotilde. 2009. *Las Constituciones de Costa Rica*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica, vol. V.
- Calvez, Jean-Yves. 1991. *La enseñanza social de la Iglesia. La economía. El hombre. La sociedad*. Barcelona: Herder.
- Coelho, Juan Souto. 2002. *Doctrina Social de la Iglesia: Manual abreviado*, 2ª ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos y Fundación Pablo VI.
- Juan Pablo II. 1987. *Sollicitudo Rei Socialis*, 30 de diciembre de 1987.
- Juan XXIII. 1961. *Carta Encíclica Mater et Magistra*, 15 de mayo de 1961.
- Malavassi Vargas, Guillermo. 1977. *Los principios cristianos de justicia social y la realidad histórica de Costa Rica*. San José: Trejos Hermanos.
- Monzel, Nikolaus. 1967. *Doctrina social*. Barcelona: Herder, tomo 1.
- Unión Internacional de Estudios Sociales. 1962. *Códigos de Malinas*, 3ª ed. Santander: Sal Terrae.

Documentos de la OIT

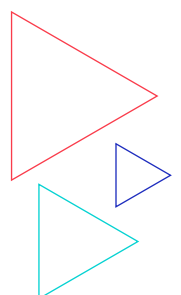
- OIT. 1999. *Trabajo Decente: memoria del Director General*. Conferencia Internacional del Trabajo, 87.ª reunión (Informe 1 A).
- . 2008. *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Conferencia Internacional del Trabajo, 97.ª reunión.
- . 2019. *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 108.ª reunión

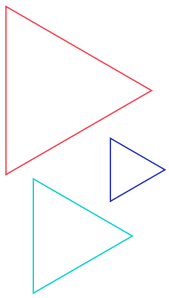
Documentos en internet

- Banco Central de Costa Rica. 2022. *Informe de Política Monetaria*, San José, abril de 2022, disponible en https://www.bccr.fi.cr/publicaciones/DocPoliticaMonetariaInflacin/IPM_abril_2022.pdf
- Memoria Institucional de la CCSS 2021, disponible en <https://www.ccss.sa.cr/arc/memoria-institucional/2021.pdf>

Sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

- SCO. Res. 282 del 13 de marzo de 1990.
- SCO. Res. 1147 del 21 de septiembre de 1990.
- SCO. Res. 1420 del 24 de junio de 1991.





SCO. Res. 3495 del 19 de noviembre de 1992.

SCO. Res. 3705 del 30 de julio de 1993.

SCO. Res. 2313 del 9 de mayo de 1995.

SCO. Res. 3338 del 5 de mayo de 1999.

SCO. Res. 9928 del 18 de julio de 2007.

SCO. Res. 21739 del 6 de febrero de 2008.

SCO. Res. 3087 del 25 de febrero de 2009.

SCO. Res. 18356 del 2 de diciembre de 2009.

SCO. Res. 10125 del 11 de junio de 2010.

SCO. Res. 3077 del 9 de marzo de 2011.

SCO. Res. 747 del 20 de enero de 2012.

SCO. Res. 6638 del 15 de mayo de 2013.

SCO. Res. 12703 del 1.º de agosto de 2014.

SCO. Res. 1310 del 30 de enero de 2015.

SCO. Res. 807 del 20 de enero de 2016.

SCO. Res. 12782 del 8 de agosto de 2018.

SCO. Res. 12776 del 12 de julio de 2019.

SCO. Res. 15770 del 23 de agosto de 2019.

SCO. Res. 10608 del 10 de junio de 2020.

SCO. Res. 15427 del 14 de agosto de 2020.

SCO. Res. 16069 del 26 de agosto de 2020.

SCO. Res. 19274 del 7 de octubre de 2020.

SCO. Res. N° 23611 del 20 de octubre de 2021.

Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

Res: 197 del 8 de marzo de 2018.

Sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección Octava

Res: 115 del 4 de diciembre de 2015.

▶ **VIII. El derecho a la seguridad social y el principio de justicia social en la Constitución ecuatoriana**



VIII. El derecho a la seguridad social y el principio de justicia social en la Constitución ecuatoriana

Mónica Vinueza Flores¹

Resumen

El presente artículo aborda la configuración del derecho a la seguridad social en la Constitución ecuatoriana y su relación con el principio de justicia social. El amplio desarrollo normativo del derecho a la seguridad social en la Constitución, así como las garantías constitucionales previstas para su protección han promovido su efectivo ejercicio y goce, junto con su justiciabilidad y exigibilidad ante los poderes públicos. Sin embargo, al tratarse de una constitución nueva (2008), los desafíos en la implementación del sistema de seguridad social concebido por el constituyente no son menores. Así, en este artículo se expone que el derecho a la seguridad social en la Constitución ecuatoriana constituye uno de los pilares fundamentales para la realización de la justicia social y la consecución del buen vivir, que su justiciabilidad y exigibilidad han estado marcadas por la intervención de la Corte Constitucional y que, pese a los progresos alcanzados, existen desafíos importantes para lograr el efectivo ejercicio y goce del derecho a la seguridad social de toda la población.

1. Introducción

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre de 2008², surgió de un proceso social y político complejo marcado por el descontento social causado por la inestabilidad política³, la crisis económica y el recrudecimiento de la desigualdad social atribuida a la aplicación de políticas neoliberales durante más de veinticinco años⁴ en el país.

De acuerdo con las actas de las sesiones del pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, varias situaciones explican la existencia y razón de ser de las disposiciones constitucionales vigentes. Algunas de ellas son la inobservancia de los derechos de los trabajadores, la existencia de remuneraciones que no cubren las necesidades básicas, la falta de capacidad del Estado para aplicar las leyes laborales y sancionar a los empleadores por su incumplimiento, la discriminación y desprotección laboral que sufren las mujeres, las personas con discapacidad, los indígenas, los jornaleros, los campesinos, los migrantes y las personas LGBTI. También, el bajo porcentaje de

1 Abogada de los Tribunales de la República por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho, Economía y Management con especialidad en Derecho de la Salud por la Universidad de Burdeos. Investigadora del Centre européen de recherches en droit des familles, des assurances, des personnes et de la santé (CERFAPS) de la Universidad de Burdeos.

2 La Constitución fue aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y entró en vigor tras su publicación en el Registro Oficial N° 449 el 20 de octubre de 2008.

3 En menos de once años, es decir, entre 1996 y 2007, hubo siete presidentes, de los cuales únicamente tres fueron electos por votación popular.

4 Véanse en ese sentido Enrique Ayala Mora, *Historia del Ecuador II* (Quito: Corporación Editora Nacional - UASB-E, 2015); Juan Paz y Miño Cepeda, *La Asamblea Constituyente de 2007: Un nuevo ciclo histórico en Ecuador* (Quito: Boletín de la Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, noviembre de 2007).

afiliación a la seguridad social, las bajas pensiones y, en general, la mala calidad de los servicios de la seguridad social; así como el no reconocimiento del trabajo no remunerado en los hogares y del trabajo de cuidado, la falta de diálogo entre el Estado, los trabajadores y los empleadores. A esto se suman la elevada migración por problemas de desempleo, el desmantelamiento de la soberanía nacional sobre los procesos de conducción económica, el ínfimo gasto social, los elevados índices de pobreza, la concentración de la riqueza y la existencia de grandes inequidades⁵.

Frente a tal situación, el constituyente estructuró un texto constitucional cuyo eje central son los derechos y en el que la realización de la justicia social es un eje fundamental para la consecución del buen vivir⁶. Así, la Constitución de 2008, aprobada por el pueblo ecuatoriano mediante referéndum, constituye la expresión del pacto social de construir “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza”⁷, así como de sentar las bases de “una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”⁸ para alcanzar el buen vivir o *sumak kawsay*. Este “presupone que el ejercicio de los derechos, las libertades, capacidades, potencialidades y oportunidades reales de los individuos y de las comunidades se amplíen de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno visto como ser humano universal y particular a la vez valora como objetivo de vida deseable”⁹. Así, la configuración del derecho a la seguridad social y su amplio desarrollo en el texto constitucional responden a dichas problemáticas y a las reivindicaciones sociales manifestadas a lo largo de la elaboración de la nueva constitución y constituyen uno de los pilares fundamentales para la consecución del buen vivir.

En tal sentido, el Ecuador no solo reconoce y se compromete a garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, sino también de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y, en general, de todos los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su desenvolvimiento¹⁰. Por lo tanto, todos los derechos fundamentales están integrados al sistema jurídico ecuatoriano, siendo plenamente exigibles gracias al principio constitucional según el cual los instrumentos internacionales de derechos humanos son de

5 Véanse en ese sentido las Actas de los debates del pleno de la Asamblea Nacional Constituyente de 2007, especialmente las Actas N° 034 de 9 de abril de 2008, N° 041 de 30 de abril de 2008, N° 042 de 1.º de mayo de 2008 y N° 055 de 30 de mayo de 2008.

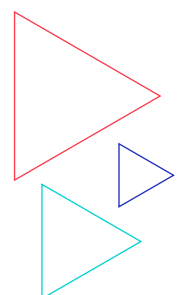
6 A lo largo de varias reuniones plenarias, los assembleístas constituyentes explican que varias de las disposiciones constitucionales propuestas y posteriormente adoptadas fueron concebidas precisamente con el fin de promover la justicia social. Así, con relación al régimen de desarrollo precisan que la recuperación del rol del Estado debe estar encaminada a enfrentar las imperfecciones del mercado y sus consecuencias y “debe garantizar que la sociedad esté en el centro del desarrollo y se promueva la justicia social, la sustentabilidad y la equidad” (Acta N° 35, p. 21). Con esto se espera que se mejore la calidad de vida de las personas y se contribuya a la superación de las desigualdades sociales a través de la generación de oportunidades iguales para toda la población, de la generación de trabajo digno y estable, de la democratización de los medios de producción y de la eliminación de toda forma de monopolio y concentración de la riqueza. En el mismo sentido, se señala que el texto constitucional refleja el planteamiento de construir “una sociedad mucho más igualitaria generando políticas equitativas que permitan avanzar a [las] condiciones del buen vivir” (Acta N° 84, p. 19). Así, el rol del Estado “tiene que darse con una visión de futuro y de presente para superar las grandes inequidades y concentración de la riqueza” (Acta N° 84, p. 20). Se explica además que a través del nuevo texto constitucional se está pensando en una sociedad justa y que, si el Estado se declara un Estado constitucional de derechos y de justicia, no pueden dejar de tratarse los temas de justicia social, justicia económica, justicia territorial y justicia ambiental para viabilizar los derechos a la salud, la educación, la seguridad social, la vivienda, entre otros. Véanse en ese sentido especialmente las Actas N° 034 de 9 de abril de 2008, N° 035 de 10 de abril de 2008, N° 043 de 2 de mayo de 2008, N° 055 de 30 de mayo de 2008, N° 074 de 2 de julio de 2008, N° 084 de 13 de julio de 2008.

7 Constitución de la República, preámbulo.

8 Constitución de la República, preámbulo.

9 Asamblea Nacional Constituyente, Acta N° 043 de 2 de mayo de 2008, p. 5.

10 Constitución de la República, artículo 11, numeral 7.





directa e inmediata aplicación¹¹. Incluso la Corte Constitucional ha reiterado que “la protección de los derechos constitucionales no solo implica la observancia de las disposiciones previstas en la Constitución, sino además el respeto y sujeción a los instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es parte”¹², lo cual incluye no solo los tratados, sino también las declaraciones, resoluciones, directrices, entre otros instrumentos del denominado *soft law*¹³. Así, es menester recordar que, en el ámbito de la seguridad social y más ampliamente de la protección social, el Ecuador hace suyos los principios y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo contenidos especialmente en su instrumento constitutivo de 1919, la Declaración de Filadelfia de 1944, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 y la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019. Estas declaraciones tienen como eje central la realización de la justicia social a través de la promoción del trabajo decente y los derechos laborales, la protección social universal y el diálogo social y, en consecuencia, las acciones del Ecuador deben encaminarse al cumplimiento de este fin.

Además, y sin duda alguna, el fortalecimiento del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, derivado de la importancia que otorga la Constitución a los instrumentos internacionales de derechos humanos, ha contribuido a la protección y garantía del derecho a la seguridad social y ha sido ampliamente aprovechado por la Corte Constitucional que, con base en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), la Observación General N° 19 del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Observación General N° 6 del Comité de Derechos Humanos, ha desarrollado y tutelado este derecho convirtiéndose en un actor mayor en su exigibilidad y justiciabilidad.

Así, la seguridad social en la Constitución de la República del Ecuador es hoy por hoy un derecho del buen vivir, un deber compartido entre el Estado y los ciudadanos y una necesidad imperiosa para garantizar otros derechos, y, por lo tanto, una condición necesaria para lograr la justicia social y hacer efectivo el buen vivir.

En consecuencia, en el presente artículo, que se divide en tres partes, se evidenciará que el derecho a la seguridad social en la Constitución ecuatoriana constituye uno de los pilares fundamentales para la realización de la justicia social y la consecución del buen vivir, que su justiciabilidad y exigibilidad han estado marcadas por la intervención de la Corte Constitucional y que, pese a los progresos alcanzados, existen desafíos importantes para lograr el efectivo ejercicio y goce del derecho a la seguridad social de toda la población.

11 Constitución de la República, artículos 1,1 numeral 3; 417 y 426.

12 Corte Constitucional, sentencia N° 287-16-SEP-CC de 31 de agosto de 2016, p. 56.

13 Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que por el bloque de constitucionalidad los derechos enumerados en la Constitución no son taxativos y su reconocimiento es enunciativo. De acuerdo con el texto constitucional, las fuentes de los derechos son la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos que se encuentran fuera del texto constitucional y de los instrumentos internacionales llamados “derechos innominados”. Así, los derechos que no constan en la Constitución se incorporan al texto por dos vías: remisión a los instrumentos internacionales o por reconocimiento expreso de los derechos innominados, entre los que están todos los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su desenvolvimiento (Corte Constitucional, sentencia N° 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, §137 a 145).

2. El derecho a la seguridad social y la justicia social en la Constitución ecuatoriana

La justicia social no se encuentra consagrada expresamente como principio en la Constitución, sin embargo, de los debates del pleno de la Asamblea Nacional Constituyente ¹⁴ se puede apreciar que es una noción que guio la concepción de la Constitución de 2008. El constituyente esperaba que, a través de los nuevos paradigmas consagrados en el texto constitucional, especialmente en cuanto a la concepción del desarrollo, se mejorara la calidad de vida de las personas y se superasen las desigualdades sociales, a través de la generación de oportunidades iguales para todos, la creación de trabajo digno y estable, la democratización de los medios de producción y la eliminación de toda forma de monopolio y concentración de la riqueza. En tal sentido, el constituyente consagró en la Constitución el deber primordial del Estado de erradicar la pobreza y redistribuir equitativamente los recursos y la riqueza para lograr el buen vivir ¹⁵. Asimismo, reconoció expresamente la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de todas las personas ¹⁶ y consagró el derecho a la igualdad formal, material y a la no discriminación ¹⁷. Además, poniendo al ser humano como sujeto y fin del sistema económico ¹⁸, estableció como objetivos del régimen de desarrollo, entre otros, el mejoramiento de la calidad y esperanza de vida, el aumento de las capacidades y potencialidades de la población ¹⁹, así como la construcción de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable ²⁰.

Así, es claro que el ideal de justicia social impregna el texto constitucional, tanto en los derechos y en las libertades fundamentales a los cuales está sometido el Estado como en el régimen de desarrollo tendiente a la consecución del buen vivir de la población.

Específicamente en materia de seguridad social, la relación entre este derecho y la justicia social se evidencia, por una parte, en la configuración del derecho a la seguridad social como un derecho del buen vivir y como componente del derecho a una vida digna ²¹; y, por otra, como deber y responsabilidad recíprocos e ineludibles del Estado y de los ciudadanos.

14 A lo largo de varias reuniones plenarios, los asambleístas constituyentes hacen alusión al objetivo de justicia social y, con relación al derecho al trabajo, explican que se busca reconocer, promover y garantizar los derechos de los trabajadores y establecer la responsabilidad del Estado y de la sociedad en general de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, todo ello como “la consolidación de instrumentos que promuevan la justicia social”. Y con relación al modelo de desarrollo, precisan que la recuperación del rol del Estado para enfrentar las imperfecciones del mercado y sus consecuencias “debe garantizar que la sociedad esté en el centro del desarrollo y se promueva la justicia social, la sustentabilidad y la equidad”. Con este cambio en la concepción del desarrollo se espera que se mejore la calidad de vida de las personas y se contribuya a la superación de las desigualdades sociales a través de la generación de oportunidades iguales para toda la población, de la generación de trabajo digno y estable, de la democratización de los medios de producción y de la eliminación de toda forma de monopolio y concentración de la riqueza. Véanse en ese sentido especialmente las Actas N° 034 de 9 de abril de 2008, N° 035 de 10 de abril de 2008 y N° 043 de 2 de mayo de 2008.

15 Constitución de la República, artículo 3, numeral 5.

16 Constitución de la República, artículo 11, numeral 2.

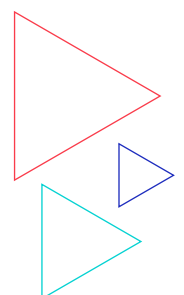
17 Constitución de la República, artículo 66, numeral 4.

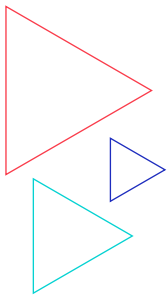
18 Constitución de la República, artículo 283.

19 Constitución de la República, artículo 275, numeral 1.

20 Constitución de la República, artículo 275, numeral 2. El artículo 275 debe ser entendido en concordancia con el artículo 284, en el cual se dispone que la política económica debe asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional, impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo con respeto a los derechos laborales.

21 “Se reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios” (Constitución de la República, artículo 66, numeral 2).





En consecuencia, el objetivo de justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución de la República del Ecuador son indisolubles. El derecho a la seguridad social concurre a la realización de la justicia social al ser considerado como un derecho del buen vivir y como un componente del derecho a una vida digna, y también como un medio para la redistribución de la riqueza, al ser un deber recíproco del Estado y de los ciudadanos.

2.1 La seguridad social como un derecho del buen vivir y un componente del derecho a una vida digna

El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 34 de la Constitución, en el capítulo relativo a los derechos del buen vivir²². Las disposiciones para su implementación se desarrollan en los artículos 367 a 374 en el título correspondiente al régimen del buen vivir, específicamente en el capítulo relativo al sistema nacional de inclusión y equidad social, del cual el sistema de seguridad social²³ es un componente.

La Constitución define al derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas que busca atender las necesidades individuales y colectivas, y que se rige por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación²⁴. Su protección se materializa a través de dos grandes regímenes: el seguro universal obligatorio y sus regímenes especiales²⁵, entre los cuales se encuentra el seguro social campesino²⁶, cuya gestión se encarga al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social²⁷; y los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional²⁸, para cuya gestión pueden existir entidades especializadas sin que exista una obligación constitucional en ese sentido²⁹. Estos regímenes conforman el sistema de seguridad social que es público y universal, por mandato constitucional, y que se rige por los principios de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiariedad³⁰. A estos principios se suman los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social, que agrupa a todos los sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran tanto el ejercicio, la garantía y la exigibilidad de los derechos como el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo³¹, esto es, los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad,

22 Artículo 34 de la Constitución de la República ubicado en el Título II "Derechos", capítulo segundo "Derechos del buen vivir", sección octava "Trabajo y seguridad social". Denominados así desde la Constitución de 2008. La Constitución precedente, es decir, la de 1998, denominaba a estos derechos "derechos económicos, sociales y culturales". El constituyente evitó la clasificación tradicional de los derechos fundamentales por generaciones y organizó los derechos de manera que se refleje su interdependencia e igual jerarquía, de acuerdo con la explicación del magistrado Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 97-110.

23 Artículos 367 a 374 de la Constitución de la República ubicados en el Título VII "Régimen del buen vivir", capítulo primero "Inclusión y equidad", sección tercera "Seguridad social".

24 Constitución de la República, artículo 34.

25 Constitución de la República, artículo 367, inciso primero.

26 Constitución de la República, artículo 373.

27 Constitución de la República, artículos 370, inciso primero; y 373.

28 Constitución de la República, artículo 370, inciso segundo.

29 La Corte Constitucional en su sentencia N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021 ha precisado que, si bien el inciso 2 del artículo 370 de la Constitución señala que la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social de acuerdo con la ley, esta disposición expresa una posibilidad y no una obligación (§250).

30 Constitución de la República, artículo 367.

31 Los derechos del buen vivir consagrados en la parte dogmática de la Constitución son desarrollados y organizados en el capítulo correspondiente al sistema nacional de inclusión y equidad social -SNIES-. Este sistema agrupa y organiza los sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio de dichos derechos durante todo el ciclo de vida. Su diseño responde a la premisa según la cual la superación de las inequidades y de la desigualdad no puede lograrse sin una visión integral de los derechos y

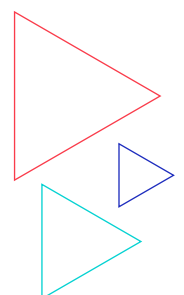
interculturalidad, solidaridad y no discriminación³². Así, el derecho a la seguridad social no solo está protegido por los principios generales de aplicación en el ejercicio de los derechos³³, sino también por sus propios principios y los de su sistema, y por aquellos que rigen al sistema nacional de inclusión y equidad social que lo complementan.

El reconocimiento del derecho a la seguridad social por el constituyente como derecho del buen vivir, como deber y como componente del derecho a una vida digna muestra una clara evolución normativa respecto de su naturaleza en comparación con constituciones anteriores. En estas, a grandes rasgos, la seguridad social era considerada únicamente como un beneficio del trabajador comprendido en el derecho a la protección del trabajo³⁴, un derecho al seguro social limitado a los trabajadores³⁵, un derecho de todos los habitantes a la protección del Estado frente a ciertos riesgos³⁶ o uno de los derechos económicos, sociales y culturales³⁷. Así, la Constitución de 2008 atribuye una naturaleza mucho más amplia a la seguridad social al reconocer su naturaleza bajo tres dimensiones, a saber: un derecho del y para el buen vivir, un deber y una responsabilidad primordial, y una necesidad imperiosa para la realización de otros derechos, como el derecho a una vida digna, al ser uno de sus componentes³⁸. Asimismo, el hecho de que la seguridad social sea catalogada como un derecho del buen vivir muestra claramente la relación directa que existe entre su efectivo ejercicio y goce y el régimen o modelo de desarrollo que persigue el país, pues, como lo señala el artículo 275, “el buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia armónica con la naturaleza”.

Concebida como un derecho del buen vivir, la seguridad social es universal. En ese sentido, la Constitución reconoce al derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas³⁹, es decir, un derecho inherente a todas las personas y derivado de su dignidad. Así, a efectos de que no se restrinja el ámbito subjetivo de protección del sistema

de su interdependencia, razón por la cual es necesario garantizar la articulación de la política social a través de un sistema, cuyos componentes funcionan bajo los mismos principios.

- 32 Constitución de la República, artículo 340, incisos primero y segundo. Además, dicho artículo señala que el sistema nacional de inclusión y equidad social está compuesto por los ámbitos de educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte.
- 33 Constitución de la República, artículo 11. Se trata de los principios generales que rigen el ejercicio de los derechos, tales como el principio de igualdad, de progresividad y no regresividad, entre otros.
- 34 Pese a no existir ninguna mención a la seguridad social o al seguro social, la Constitución de 1929 reconocía la indemnización por accidentes del trabajo como parte del derecho a la protección del trabajo y comprometía al Estado a legislar “para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando a todos un mínimun [sic] de bienestar, compatible con la dignidad humana” (Constitución Política de la República del Ecuador de 1929, artículo 151, numeral 18, incisos tercero y sexto, publicada en el Registro Oficial N° 138 de 26 de marzo de 1929).
- 35 La Constitución de 1945 consagraba el derecho al seguro social como derecho irrenunciable de los trabajadores, incluyendo a los empleados públicos (Constitución Política de la República del Ecuador de 1945, artículo 149, numeral 1, inciso segundo, publicada en el Registro Oficial N° 228 de 6 de marzo de 1945). La Constitución de 1979 retoma dicha denominación (Constitución Política de la República del Ecuador de 1979, artículo 29, numeral 1, inciso segundo, publicada en el Registro Oficial N° 800 de 27 de marzo de 1979).
- 36 La Constitución de 1967 reconocía el derecho de todos los habitantes a “la protección del Estado contra los riesgos de desocupación, invalidez, enfermedad, vejez y muerte, igual que en caso de maternidad y otras eventualidades que los priven de los medios de subsistencia” (Constitución Política de la República del Ecuador de 1967, artículo 65, publicada en el Registro Oficial N° 133 de 25 de mayo 1967).
- 37 La Constitución de 1998 establecía que la seguridad social “será deber del Estado y derecho irrenunciable de todos sus habitantes (...)” (Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, artículo 55, publicada en el Registro Oficial N° 1 de 11 de agosto de 1998).
- 38 “Se reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios” (Constitución de la República, artículo 66, numeral 2).
- 39 Constitución de la República, artículo 34.





(sujetos protegidos) al trabajo en relación de dependencia, el constituyente precisó, a lo largo del texto constitucional, que el derecho a la seguridad social se rige por el principio de universalidad, que su sistema es público y universal ⁴⁰ y que su protección se hace efectiva a través del seguro universal obligatorio ⁴¹, que debe extenderse a todas las personas sin distinción alguna y con independencia de su situación laboral ⁴². Asimismo, y con base en la misma preocupación, enfatizó que el derecho a la seguridad social incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares ⁴³, a la población rural y a las personas dedicadas a la pesca artesanal o que realizan actividades para el autosustento en el campo, a quienes se encuentran en situación de desempleo y, en general, a las personas que realizan todo tipo de trabajo autónomo ⁴⁴.

De esta manera, la Constitución de 2008 marca un quiebre conceptual en tres aspectos en comparación con constituciones anteriores. En primer lugar, enfatiza en la concepción del derecho a la seguridad social como un derecho inherente a la persona y derivado de su dignidad, mas no de la calidad de trabajador, por lo que la distinción entre población activa e inactiva a estos efectos es irrelevante ⁴⁵. En segundo lugar, tiene el mérito de visibilizar el trabajo reproductivo y reconocer su importancia ⁴⁶, y ordenar expresamente la incorporación de las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares y trabajo de cuidado humano en calidad de titulares de derecho y no solo como eventuales beneficiarias de derecho derivado ⁴⁷ en el ámbito de protección del sistema de seguridad social. Finalmente, insiste en la incorporación y necesaria protección del sistema a personas que por sus condiciones particulares pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad, especialmente económica, y que pueden quedar excluidas del sistema en razón precisamente de su capacidad contributiva. Esto no solo asegura una igualdad formal o ante la ley, sino que también garantiza el derecho a una igualdad material, es decir, una igualdad real en el acceso al sistema de seguridad social que va más allá del enunciado legal y que obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para eliminar las barreras de acceso y así garantizar efectivamente el acceso a la seguridad social a dichas personas.

Asimismo, considerando que el derecho a la seguridad social es un derecho del y para el buen vivir, el constituyente ha entendido proteger a las personas frente a situaciones que pueden causar mayor vulnerabilidad, esto es, la enfermedad, común o profesional, la vejez, la invalidez, la discapacidad, la muerte, la cesantía, el desempleo, la maternidad y la paternidad. Si bien se trata de los riesgos sociales tradicionalmente reconocidos por constituciones anteriores ⁴⁸, la

40 Constitución de la República, artículo 367, inciso primero.

41 Nótese que incluso el cambio de nombre de "seguro general obligatorio" (Constitución de 1998) por "seguro universal obligatorio" refleja la intención del constituyente de insistir en la universalidad.

42 Constitución de la República, artículo 369, inciso segundo.

43 Constitución de la República, artículo 34, artículo 49, artículo 333, inciso tercero.

44 Constitución de la República, artículo 34.

45 Si bien la Constitución de 1998 reconocía el derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes, lo asociaba a la población activa, es decir, a "la población urbana y rural, con dependencia laboral o sin ella", y reconocía al seguro general obligatorio como un "derecho irrenunciable e imprescriptible de los trabajadores y sus familias" (artículos 55 y 57).

46 Se reconoce al trabajo no remunerado que se realiza en los hogares incluyendo expresamente al trabajo de cuidado como una labor productiva (Constitución de la República, artículos 325 y 333, inciso primero).

47 La técnica de derechos derivados es una técnica mediante la cual los sistemas de seguridad social de tipo profesional, basados en el trabajo productivo o remunerado, extienden su protección a los colectivos que se encuentran fuera de la frontera del mercado laboral, es decir, a las personas consideradas como población económicamente inactiva que por no realizar un trabajo o actividad remunerada no pueden acceder a la seguridad social en calidad de titulares de derechos, pero obtienen una protección a través de un titular del derecho. Las prestaciones por viudez u orfandad son el ejemplo clásico.

48 Constitución Política de la República del Ecuador de 1945, artículo 149; Constitución Política de la República del Ecuador de 1967, artículo 65; Constitución Política de la República del Ecuador de 1979, artículo 29; Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, artículo 57.

Constitución de 2008 amplía el ámbito objetivo de protección del derecho a la seguridad social al incorporar dos nuevas contingencias, el desempleo y la paternidad. También deja abierta la posibilidad de que el legislador pueda cubrir otras situaciones siempre que se encuentren debidamente financiadas, de manera que se garantice la sostenibilidad del sistema y el ejercicio del derecho a la seguridad social de la población en el corto y largo plazo ⁴⁹. Así, en febrero de 2009 se promulgó la ley que implementa la cobertura de paternidad ⁵⁰ y en marzo de 2016 la ley que crea el seguro de desempleo ⁵¹.

Esta amplia protección en cuanto a los sujetos y a las situaciones protegidas, sumada a la consagración expresa del derecho de toda persona adulta mayor ⁵² a la jubilación universal ⁵³, reafirma la voluntad del constituyente de consagrar al derecho a la seguridad social como una condición indispensable para el ejercicio del derecho a una vida digna, la lucha contra la pobreza y la realización de la justicia social, puesto que, frente a la materialización de las antedichas contingencias que colocan a la persona y a la familia en una situación de necesidad por la pérdida temporal o definitiva de sus ingresos económicos –o, como lo establecía la Constitución de 1967, de los medios de subsistencia ⁵⁴–, el sistema de seguridad social está obligado a garantizar prestaciones económicas y de atención en salud que permitan a los ciudadanos hacer frente a dichas situaciones y satisfacer sus necesidades básicas, de manera que puedan ejercer su derecho a una vida digna ⁵⁵. Además, el constituyente impone al Estado la obligación de generar condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, priorizando su acción hacia la población que requiera una consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación, entre otros factores ⁵⁶.

En este punto se evidencia además la interrelación del derecho a la seguridad social no solo con el derecho a una vida digna, sino también con el derecho al trabajo, a la salud, al hábitat y la vivienda, a la alimentación, a la cultura, al disfrute del tiempo libre y, en general, con todos los derechos, puesto que al garantizar una cierta seguridad de ingresos se convierte en una condición necesaria para que la persona pueda ejercer plenamente otros derechos.

Así, y para ejemplificar, en cuanto al derecho al trabajo, esta relación es evidente porque el trabajo es una de las puertas de acceso a la seguridad social, por lo tanto, como lo ha señalado la Corte Constitucional, estos derechos “están íntimamente imbricados” ⁵⁷. No obstante, las personas adultas mayores tienen derecho a la jubilación universal, con lo cual la pensión de vejez no

49 La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha recordado al legislador su obligación de adoptar medidas legislativas motivadas, basadas en estudios actuariales técnicos, rigurosos, especializados y actualizados que permitan dimensionar las consecuencias de tales medidas en el sistema de seguridad social y así garantizar su sostenibilidad. Véanse en ese sentido las sentencias N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021 y N° 32-21-IN/21 de 11 de agosto de 2021.

50 Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y al Código del Trabajo publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 528 de 13 de febrero de 2009.

51 La Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 720 de 28 de marzo de 2016, creó el seguro de desempleo.

52 La Constitución considera como adulto mayor a toda persona de 60 y 65 años o más.

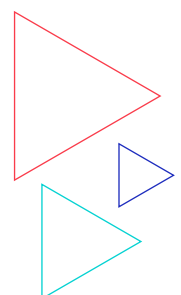
53 En la práctica, la denominada “jubilación universal” abarca tanto las pensiones del sistema contributivo como las del sistema no contributivo. Se trata de un derecho reconocido a todas las personas que han cumplido 65 años o más (Constitución de la República, artículo 37, numeral 3) y cuya implementación debe observar el principio de progresividad (artículo 11, numeral 8) hasta lograr su universalidad. A diciembre de 2020, el 68,5 por ciento de las personas adultas mayores estaban cubiertas por la jubilación universal; de este total, el 42 por ciento correspondía al sistema contributivo y el 26,5 por ciento al sistema no contributivo (INEC, Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo –ENEMDU–, 2020).

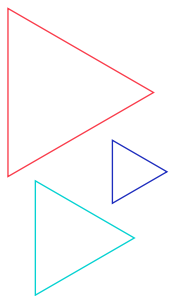
54 Constitución Política de la República del Ecuador de 1967, artículo 65.

55 Constitución de la República, artículo 66, numeral 2.

56 Constitución de la República, artículo 341, inciso primero.

57 Corte Constitucional, sentencia N° 002-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2018, p. 57.





está necesariamente condicionada a una actividad económica, sino a la vulnerabilidad causada por la edad, puesto que tiene carácter de universal ⁵⁸. Respecto del derecho a la alimentación y a la vivienda, la Corte Constitucional ha manifestado, por ejemplo, que las pensiones sirven para cubrir necesidades básicas para sobrevivir, entre las que se encuentran la alimentación y la vivienda ⁵⁹. En cuanto al derecho a la salud, el texto constitucional establece expresamente que este se vincula con el ejercicio del derecho a la seguridad social ⁶⁰ y que sus entidades forman parte de la red pública integral de salud a efectos de las prestaciones de atención en salud derivadas de la realización de las contingencias de enfermedad, común o profesional, y de maternidad ⁶¹.

En la práctica, si bien este funcionamiento en red ha permitido complementar las capacidades de todas las entidades que conforman la red pública –esto es, los hospitales y centros de salud del Ministerio de Salud Pública y de la seguridad social general, militar y policial–, se evidencia una clara segmentación del sistema de salud que conlleva a una “limitación de los subsidios cruzados entre los distintos grupos poblacionales, duplicidad de esfuerzos y gastos administrativos, falta de planificación integrada o menor posibilidad de financiar enfermedades con diagnósticos y tratamientos de alto costo” ⁶². En todo caso, el constituyente tuvo la precaución de establecer la universalidad y la gratuidad de los servicios públicos estatales de salud en todos los niveles de atención ⁶³, es decir, en todos los establecimientos de salud del Ministerio de Salud Pública. Con esto, el Estado garantiza la atención en salud de todas las personas sin distinción ni condición alguna, y sin que su pertenencia a un régimen de seguridad social sea relevante, consagrando así, en la ley y en la práctica, una verdadera universalidad del derecho a la salud.

Finalmente, una consecuencia de la concepción del derecho a la seguridad social, como derecho del buen vivir y como componente del derecho a una vida digna, es la institucionalidad prevista para el efecto. En ese sentido, la Constitución determina claramente la naturaleza del sistema, así como las competencias de rectoría, ejecución y control. Así, la Constitución establece que el sistema de seguridad social es público y prohíbe expresamente su privatización ⁶⁴. Esta disposición materializa la intención del constituyente de consagrar al sistema de seguridad social como un bien común, como una “garantía a futuro” de que el sistema no será entregado a administradoras privadas; y en el cual la solidaridad es la base de su funcionamiento ⁶⁵. En tal virtud, su rectoría está a cargo del Estado central, que tendrá competencias exclusivas sobre las políticas públicas de seguridad social ⁶⁶; y su gestión se encarga al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), entidad autónoma, responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio y sus regímenes especiales incluyendo el seguro social campesino ⁶⁷,

58 Constitución de la República, artículo 37, numeral 3.

59 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021, §70.

60 Constitución de la República, artículo 32.

61 Constitución de la República, artículos 360, inciso segundo, y 369, inciso primero.

62 Tatiana Villacrés y Ana Cristina Mena, “Mecanismos de pago y gestión de recursos financieros para la consolidación del Sistema de Salud de Ecuador”, *Revista Panamericana de Salud Pública* (OPS: mayo de 2017).

63 Constitución de la República, artículo 362, inciso segundo.

64 Constitución de la República, artículo 367, inciso primero.

65 En las Actas del pleno de la Asamblea Nacional Constituyente puede verse que se rechazó la propuesta de prever la posibilidad de pasar a un sistema con participación privada en caso de que la situación financiera del sistema muestre dificultades permanentes (Acta N° 84 de 13 de julio de 2008). Además, entre los argumentos se aprecia que la prohibición de la privatización responde al hecho de que el derecho a la seguridad social es un derecho de la población y, por lo tanto, no puede ser privatizada, así como a las luchas de los sectores sociales y campesinos que en ocasiones anteriores impidieron que se entregaran los fondos previsionales a administradoras privadas de fondos, por lo cual esta disposición es una garantía a futuro de que la seguridad social no se privatice. Además, se explica que de manera general el articulado propuesto ampara, protege y configura efectivamente la seguridad social como derecho de toda la población, sustentada en la solidaridad y tomando como principio básico la universalización (Acta N° 074 de 2 de julio de 2008).

66 Constitución de la República, artículo 261, numeral 6.

67 Constitución de la República, artículos 370, inciso primero, y 373.

y a las entidades de seguridad social de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que pueden existir sin que exista una obligación constitucional en ese sentido. Asimismo, se crea una entidad financiera de propiedad del IESS, el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como responsable de canalizar los fondos previsionales públicos y sus inversiones⁶⁸. Finalmente, las competencias de control corresponden a la Contraloría General de Estado, como organismo de control de las entidades públicas⁶⁹; y a la Superintendencia de Bancos, en calidad de organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas y sociales, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general⁷⁰.

En conclusión, el derecho a la seguridad social en la Constitución de la República del Ecuador concurre a la realización de la justicia social al ser concebido como un derecho del y para el buen vivir, es decir, un “derecho constitucional que tiene como fundamento la dignidad humana y garantiza el derecho a una vida digna”⁷¹ mediante la garantía de ingresos económicos para enfrentar situaciones de necesidad y mantener un nivel de vida que satisfaga, al menos, necesidades básicas por una parte, y por otra la garantía del ejercicio de derechos conexos tales como el derecho a la salud, entre otros. En tal sentido, la institucionalidad prevista por el constituyente es una garantía de la seguridad social como bien común y tiene precisamente por objetivo hacer efectivo el ejercicio de este derecho para toda la población.

Además, el derecho a la seguridad social contribuye a la realización de la justicia social al ser considerado como un deber recíproco y una responsabilidad compartida del Estado y los ciudadanos y, en consecuencia, un medio para la redistribución de la riqueza, como se verá a continuación.

2.2 La seguridad social como un medio para la redistribución de la riqueza

La Constitución ecuatoriana considera la seguridad social no solo como un derecho, sino también como un deber cuyo cumplimiento materializa el principio de solidaridad y participa en sí mismo en la realización del derecho a la seguridad social.

El constituyente encarga al Estado el deber de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular y entre otros, el derecho a la seguridad social⁷²; y a los ciudadanos el deber de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social y pagar los tributos establecidos por la ley⁷³. Así, el efectivo ejercicio y goce del derecho a la seguridad social es un deber recíproco y una responsabilidad compartida entre el Estado y los ciudadanos.

Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de brindar las condiciones materiales necesarias para el ejercicio del derecho a la seguridad social de todas las personas con independencia de su situación laboral. Esto se materializa, sin duda alguna, entre otras acciones, en su obligación de realizar aportes y contribuciones para financiar las prestaciones de la seguridad social y que estos recursos consten anualmente en el Presupuesto General del Estado y sean transferidos

68 Constitución de la República, artículo 372, inciso segundo. La ley de creación del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se adoptó el 6 de abril de 2009 y fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 587 de 11 de mayo de 2009.

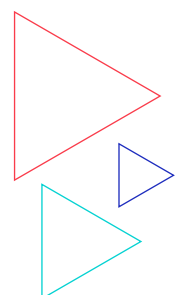
69 Constitución de la República, artículos 211 y 212.

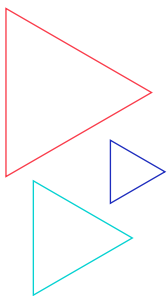
70 Constitución de la República, artículo 213. Código Orgánico Monetario y Financiero, artículos 60 y 62.

71 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 105-10-JP/21 de 10 de marzo de 2021, §17.

72 Constitución de la República, artículo 3, numeral 1; artículo 34.

73 Constitución de la República, artículo 83, numeral 15.





oportunamente como lo dispone la Constitución ⁷⁴. También en la adopción de medidas que permitan la inclusión a la seguridad social de las personas que no tienen capacidad contributiva o que es limitada; y, más ampliamente, en la implementación de políticas tributarias equitativas que prioricen los impuestos directos y progresivos ⁷⁵; de políticas económicas que aseguren la distribución del ingreso y de la riqueza nacional y promuevan el pleno empleo ⁷⁶; así como de políticas fiscales que redistribuyan el ingreso mediante transferencias, tributos y subsidios adecuados ⁷⁷.

Los ciudadanos, por su parte, tienen la obligación no solo de pagar los tributos debidamente previstos en las leyes, sino también de contribuir específicamente con la seguridad social a través de su afiliación obligatoria al sistema. Si bien el término “cooperar” puede resultar ambiguo frente al término “pagar” que el constituyente utiliza para referirse a los tributos, y así levantar suspicacias respecto del carácter obligatorio de la afiliación al sistema de seguridad social, varios indicios permiten concluir que la intención del constituyente fue consagrar la obligatoriedad de la afiliación para todas las personas, excepto para las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior, para quienes la afiliación es voluntaria ⁷⁸.

En primer lugar, el término “cooperar” es mucho más amplio que “pagar”, que se limita a la satisfacción de una obligación o deuda. Cooperar significa “obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin” ⁷⁹ por lo que incluye la acción de pagar, lo cual explica la elección del término por el constituyente, ya que, en el caso de la seguridad social, se trataría de obrar juntamente con toda la sociedad para la consecución de un fin común, esto es, el efectivo ejercicio y goce del derecho a la seguridad social de todas las personas, la sostenibilidad del sistema y la realización del derecho a una vida digna o, más ampliamente, la realización del buen vivir para todas las personas. Para ello, sin lugar a duda, la generación de recursos suficientes para atender las prestaciones es fundamental, por lo que la obligación de cooperar implica necesariamente una contribución económica que, a la luz de la misma Constitución, es diferente y adicional a los tributos, puesto que el constituyente en un mismo deber de los ciudadanos distingue entre cooperar con la seguridad social y pagar los tributos. En segundo lugar, el constituyente consagra, tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica de la Constitución, el principio de obligatoriedad junto con los principios de solidaridad y universalidad, es decir, existe un énfasis en estos tres principios rectores del derecho a la seguridad social y de su sistema, que son nombrados tres veces en los textos constitucionales con relación a la seguridad social ⁸⁰. En tercer lugar, el constituyente denomina al medio por el cual se hacen efectivas las contingencias de la seguridad social “seguro universal obligatorio”, llamado anteriormente “seguro general obligatorio” por la Constitución de 1998, con lo cual se refuerza el objetivo de universalidad de la seguridad social ligado a la obligatoriedad ⁸¹. En cuarto lugar, cuando el constituyente se refiere al financiamiento de las prestaciones del sistema de seguridad social, califica de “voluntarios” únicamente a los aportes de las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior ⁸².

74 Constitución de la República, artículos 371 y 373, inciso primero.

75 Constitución de la República, artículo 300.

76 Constitución de la República, artículos 283 y 284

77 Constitución de la República, artículo 285, numeral 2.

78 Constitución de la República, artículos 371, inciso primero, y 374.

79 Real Academia Española, *ed.*, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001).

80 “La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad (...); “El sistema de seguridad social es público y universal (...); “El sistema se guiará por los principios (...) de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad” (Constitución de la República, artículos 34, inciso primero, y 367) (el subrayado es nuestro).

81 Constitución de la República, artículo 367, inciso primero; Constitución Política de la República de 1998, artículo 57, inciso primero.

82 Constitución de la República, artículo 371, inciso primero.

Además, si nos referimos al principio de solidaridad, podemos apreciar que impregna la Constitución y no es exclusivo del derecho a la seguridad social ni del sistema nacional de inclusión y equidad social, sino que, en general, es parte de los deberes de los ciudadanos y de los del Estado. Así, los ciudadanos están obligados a practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios⁸³, y a promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular conforme al buen vivir⁸⁴. Por su parte, el Estado, además de las obligaciones mencionadas previamente, está obligado a concebir políticas y servicios públicos a partir del principio de solidaridad y a orientarlos hacia el efectivo ejercicio de los derechos y del buen vivir.

Todos estos elementos muestran una clara intención del constituyente de consagrar la obligatoriedad de la afiliación para toda la población, excepto para las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior, como una condición *sine qua non* de la solidaridad y la universalidad. Esto concuerda además con la doctrina en la materia que considera al carácter obligatorio de la afiliación como una condición necesaria para la supervivencia del sistema de seguridad social y, en ese sentido, una manifestación del principio de solidaridad y base del contrato social⁸⁵. Enfatiza la seguridad social como un elemento del orden público y atinente al interés general, lo que tiene como consecuencia facultar a los poderes públicos a establecer afiliaciones y aportaciones obligatorias y a excluir en gran medida la lógica contractual en la cual predominan la voluntad y la libertad individuales⁸⁶.

En concordancia con lo expuesto, el texto constitucional identifica expresamente los recursos que servirán para financiar las prestaciones de la seguridad social a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Se trata, en general, de un financiamiento proveniente de los aportes de las personas aseguradas en relación de dependencia e independientes, de los aportes de las personas empleadoras, de los aportes voluntarios de las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior y de los aportes y las contribuciones del Estado⁸⁷.

De estas disposiciones, sumadas al reconocimiento de la solidaridad como principio rector del derecho y del sistema de seguridad social, se puede apreciar que el constituyente plasmó en el texto constitucional un financiamiento del derecho a la seguridad social que reposa sobre dos pilares fundamentales derivados del deber recíproco e ineludible del Estado y los ciudadanos. Se trata de la solidaridad proveniente de los aportes individuales y de los empleadores, por una parte, y de la solidaridad nacional proveniente de los recursos fiscales resultado del esfuerzo de toda la sociedad, por otra parte.

Sin duda alguna, la consagración de la solidaridad nacional como uno de los pilares del financiamiento de la seguridad social es concordante con el deber del Estado de erradicar la pobreza y promover la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para hacer efectivo el buen vivir⁸⁸. También concuerda con los objetivos del régimen de desarrollo establecidos en la Constitución, entre los cuales se encuentra la construcción de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable⁸⁹. Dicho sistema económico tiene a su vez por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir teniendo

83 Constitución de la República, artículo 83, numeral 9.

84 Constitución de la República, artículo 83, numeral 7.

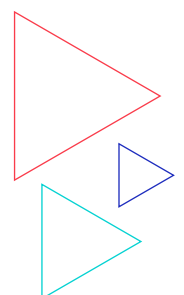
85 Santiago González Ortega *et al.*, *La institucionalización normativa y funcional de los sistemas de seguridad social* (Quito: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2015), 51-52.

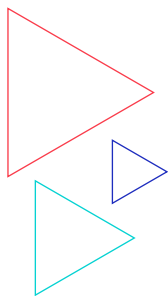
86 Michel Borgetto y Robert Lafore, *Droit de la sécurité sociale* (París: Dalloz, 2019), 142.

87 Constitución de la República, artículo 371, inciso primero.

88 Constitución de la República, artículo 3, numeral 5.

89 Constitución de la República, artículo 276, numeral 2.





al ser humano como sujeto y fin⁹⁰. Así, tales objetivos obligan a los poderes públicos a concebir y formular las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos a partir del principio de solidaridad y a orientarlos a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos⁹¹.

Por lo tanto, el derecho a la seguridad social en su dimensión de deber es un medio para su realización y, a su vez, un mecanismo para luchar contra la pobreza y la exclusión contribuyendo a la realización de la justicia y cohesión sociales. Esto no solo mediante la redistribución de la riqueza a través de los aportes y las contribuciones del Estado⁹², es decir, de la solidaridad nacional proveniente de los recursos fiscales, sino también a través de los aportes personales y patronales derivados del deber de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social.

Tanto es así que tratándose, por ejemplo, del seguro social campesino su financiamiento proviene de los aportes personales de sus afiliados, que cabe señalar son diferenciados, y de la contribución del Estado, pero también de la contribución solidaria de todos los seguros públicos y privados⁹³. Esto muestra una solidaridad de los que más capacidad económica tienen destinada a financiar las prestaciones de una población afiliada con menor capacidad contributiva. Otro ejemplo es el de las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar y tareas de cuidado, cuyas prestaciones son financiadas de manera compartida entre la familia y el Estado, por ser los principales beneficiarios del trabajo no remunerado. En este caso el Estado otorga una mayor contribución al aporte de las familias con menor capacidad contributiva, es decir, con menores ingresos⁹⁴.

En consecuencia, el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social no puede realizarse sin el cumplimiento del deber compartido entre el Estado y los ciudadanos, quienes, en función de la situación, pueden tener la calidad de responsables directos, subsidiarios o las dos al mismo tiempo, como se puede observar en los ejemplos citados. Así, el derecho a la seguridad social en su dimensión no solo de derecho sino de deber concurre a la realización de la justicia social a través de la redistribución de la riqueza, que se hace efectiva tanto mediante los aportes de los sujetos protegidos, y a la vez obligados, como a través del aporte y la contribución del Estado, que pueden destinarse tanto al sistema contributivo como al no contributivo.

90 Constitución de la República, artículo 283.

91 Constitución de la República, artículo 85, numeral 1.

92 Contribución para el pago de la atención de salud de las personas jubiladas y para la atención en salud por enfermedad y maternidad de las jefas de hogar del seguro social campesino; contribución para completar el aporte de las personas afiliadas que realizan trabajo no remunerado en el hogar y para el pago del 40 por ciento de las pensiones en curso de pago; contribución sobre la materia gravada de los afiliados con relación de dependencia al seguro general obligatorio para financiar el seguro social campesino; el 13 por ciento de la renta líquida del artesano para financiar las prestaciones de los artesanos, excepto el porcentaje correspondiente a las prestaciones de riesgos del trabajo que es asumido completamente por el Estado; y el valor actuarial para el aumento periódico de las pensiones de las personas jubiladas y beneficiarias del seguro adicional ferroviario, el valor de las reservas matemáticas para la jubilación de las personas trabajadoras de telecomunicaciones, las pensiones de los héroes y las heroínas civiles y el valor del aporte patronal durante un año en los contratos de trabajo juveniles (Ley de Seguridad Social, artículos 5, literal d); 10, literales d) y g); 103, literal f; innumerado a continuación del artículo 219, artículo 235; artículos 7, 183 literal e, y 205; 237; Ley de Defensa del Artesano, artículo 21 literales b) y c); Ley de Reconocimiento de Héroes y Heroínas nacionales, artículos 3 literales 1), 4 y 5 en concordancia con el artículo 23 del Reglamento de dicha ley; Código del Trabajo, artículo 34.3).

93 Al año 2021, el aporte de las personas jefes de familia era de 2,25 dólares de los Estados Unidos (22,5 por ciento del salario básico unificado). Los trabajadores dependientes y empleadores destinaban el 0,35 por ciento de su aporte al financiamiento del seguro social campesino; los trabajadores independientes y afiliados voluntarios el 0,70 por ciento; los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional el 0,35 por ciento al igual que el Estado como empleador (seguros públicos). A ello se suma el 0,5 por ciento de las primas netas de los seguros privados y de medicina prepagada y la contribución del Estado equivalente al 0,30 por ciento de la masa salarial de trabajadores dependientes afiliados al seguro universal obligatorio y 288 000 dólares de los Estados Unidos anuales (Ley de Seguridad Social y Resolución N° C.D. 636 de 9 de abril de 2021).

94 La Ley para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, aprobada el 14 de abril de 2015 y publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N° 483 el 20 de abril de 2015, prevé cuatro niveles de aportación en función de los ingresos económicos de la familia y la contribución del Estado está diseñada de manera progresiva, de forma que a menor nivel de ingresos corresponde una mayor contribución del Estado.

Ahora bien, una vez que se ha evidenciado que el derecho a la seguridad social y la justicia social son indisociables en la Constitución ecuatoriana debido a la configuración de dicho derecho por el constituyente, conviene referirse a la justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social. En este aspecto, la Corte Constitucional ha sido un actor mayor, sobre todo en los últimos años.

3. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

El Ecuador se reconoce como un “Estado constitucional de derechos y justicia (...)”⁹⁵, es decir, un Estado en donde todo poder, público o privado, está sometido a los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales⁹⁶, y cuya obligación primordial es precisamente garantizar la efectiva vigencia de dichos derechos con miras a lograr el buen vivir o *sumak kawsay* de todas las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades⁹⁷.

En tal virtud, el reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social se acompaña de garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales para su protección⁹⁸, así como de principios de carácter general expresamente consagrados en la Constitución para interpretar los derechos y aplicarlos⁹⁹. En ese sentido, no cabe duda de que la Corte Constitucional, como máximo órgano de control, de interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, ha marcado la justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social, tanto a través del control de constitucionalidad de los actos normativos de carácter general como del conocimiento de acciones extraordinarias de protección, y de la expedición de sentencias vinculantes con base en casos seleccionados por su relevancia para la protección de los derechos constitucionales.

Así, la Corte Constitucional ha aportado importantes precisiones sobre el ámbito de protección del derecho a la seguridad social; ha hecho efectiva la protección de las prestaciones del sistema de seguridad social como condición necesaria para garantizar el derecho a una vida digna; y ha establecido parámetros que deben observar los poderes públicos para realizar reformas que conciernen a dicho derecho, garantizado de esta manera el derecho a la seguridad social de las generaciones presentes y futuras.

3.1 Precisiones sobre el ámbito de protección del derecho a la seguridad social por la justicia constitucional

3.1.1 Precisión de la justicia constitucional respecto de la naturaleza de beneficios adicionales concedidos por la seguridad social

Tradicionalmente, las instituciones de seguridad social, tanto del régimen general como de los regímenes especiales, han contemplado beneficios adicionales a las prestaciones clásicas de la seguridad social, tales como el otorgamiento de préstamos o de servicios sociales para sus afiliados o la creación de fondos para complementar prestaciones.

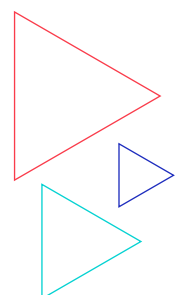
95 Constitución de la República, artículo 1.

96 Sobre la explicación del alcance de la calificación de “Estado constitucional de derechos”, véase especialmente Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Abya-Yala, 2011).

97 Constitución de la República, artículo 3, numeral 1.

98 Constitución de la República, Título III, artículos 84 a 94.

99 Constitución de la República, artículo 11. El numeral 3, inciso tercero, consagra precisamente el principio según el cual todos los derechos son plenamente justiciables.





Así, con motivo de la derogación de las disposiciones concernientes a los servicios sociales que otorgaba el régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Armadas a sus asegurados, la Corte Constitucional precisó que los servicios sociales tales como educación, trabajo, vivienda, subsistencia, crédito, albergue, guardería, capacitación y recreación no forman parte del contenido mínimo o de los niveles esenciales del derecho a la seguridad social ¹⁰⁰. Los servicios sociales complementan y promueven el ejercicio de otros derechos sociales interrelacionados con el derecho a la seguridad social y en ese sentido constituyen medidas que promueven la garantía, el cumplimiento y la efectividad de estos derechos de carácter social ¹⁰¹. Sin embargo, una vez que han sido previstos e implementados, su reforma debe necesariamente respetar los principios generales de aplicación en el ejercicio de los derechos, entre los que se encuentra el principio de no regresividad.

Tratándose de los préstamos que otorga el sistema de seguridad social a sus afiliados, la Corte Constitucional ha aclarado que dichos préstamos no tienen la naturaleza de una prestación de seguridad social, sino que se trata de inversiones privadas ¹⁰² realizadas con los fondos y las reservas propias del sistema.

En consecuencia, el nivel esencial del derecho a la seguridad social no incluye ni los servicios sociales ni los préstamos. Podríamos pensar entonces que el contenido mínimo del derecho a la seguridad social está constituido por las prestaciones económicas y de atención en salud derivadas de la realización de los riesgos sociales consagrados en la Constitución, a saber: la enfermedad, la maternidad, la paternidad, los riesgos del trabajo, la cesantía, el desempleo, la vejez, la invalidez, la discapacidad y la muerte. Mientras que los servicios sociales, no condicionados a la realización de un riesgo social, constituyen medidas para complementar esta protección y para garantizar el goce de otros derechos conexos.

3.1.2 Precisión de la justicia constitucional respecto de los sujetos protegidos

La Ley de Seguridad Social establece que la protección del seguro general de salud individual y familiar a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –IESS– protege al afiliado, así como a su cónyuge e hijos menores de 18 años. Por lo tanto, el IESS consideró que el nieto de un afiliado, declarado bajo custodia legal de este, no tenía derecho a la mencionada protección y le negó la atención en salud. La Corte Constitucional determinó que la interpretación restrictiva realizada por el IESS desconoce el reconocimiento constitucional de la familia en sus diversos tipos ¹⁰³ y que, en concordancia con el principio de interés superior del niño, exige que el Estado garantice “sin ningún tipo de discriminación, la protección integral a todos los tipos de familia y sus integrantes” ¹⁰⁴. En consecuencia, la Corte dictaminó la violación del derecho a la salud del niño en cuestión y ordenó que se le brindara atención médica hasta la mayoría de edad como establece la norma. Además, como garantía de no repetición, dictaminó que la referida norma será constitucional y conforme al derecho a la familia consagrado en la Constitución siempre que se considere en la hipótesis de la norma a los “dependientes menores de dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor” ¹⁰⁵.

De esta manera, la Corte Constitucional precisó el ámbito de protección de la seguridad social en cuanto a los sujetos protegidos por el seguro general de salud individual y familiar, garantizando

100 Corte Constitucional, sentencia N° 83-16-IN/2021 de 10 de marzo de 2021, §295.

101 Corte Constitucional, sentencia N° 83-16-IN/2021, §293 y §295.

102 Corte Constitucional, sentencia N° 16-09-IN/20 de 28 de octubre de 2020, §56.

103 Constitución de la República, artículo 67.

104 Corte Constitucional, sentencia N° 380-17-SEP-CC de 22 de noviembre de 2017, p. 58.

105 Corte Constitucional, sentencia N° 380-17-SEP-CC, p. 60.

no solo el reconocimiento constitucional de la familia en sus diversos tipos, sino también el efectivo ejercicio del derecho a la salud y a la seguridad social de niños, niñas y adolescentes sin discriminación alguna ¹⁰⁶.

3.2 Protección de la justicia constitucional de las prestaciones de la seguridad social para garantizar el derecho a una vida digna

La Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a “la seguridad social ocupa un papel central para el efectivo goce del régimen del buen vivir, pues se encuentra interrelacionad[a] principalmente con los derechos a una vida digna, a la igualdad, a la salud y al trabajo” ¹⁰⁷.

En ese sentido, la Corte se ha pronunciado sobre la protección constitucional de las prestaciones económicas o en dinero del sistema de seguridad social, a fin de garantizar el derecho a la seguridad social y a su vez el derecho a una vida digna de las personas jubiladas y con discapacidad, que son además consideradas por la Constitución como grupos de atención prioritaria ¹⁰⁸.

Así, la Corte ha reiterado que las prestaciones económicas o en dinero del seguro social se encuentran protegidas por mandato constitucional expreso ¹⁰⁹ que consagra los principios de inembargabilidad y de intangibilidad de estas. El principio de inembargabilidad impide que las prestaciones económicas del sistema de seguridad social sean objeto de embargo o de retención o que se establezcan limitaciones que restrinjan su cobro ¹¹⁰; mientras que el principio de intangibilidad protege la integridad de las prestaciones, es decir, que estas no sean disminuidas sin una razón plenamente justificada ¹¹¹.

En consecuencia, el embargo o la retención de pensiones jubilares para satisfacer obligaciones cuyos acreedores no sean el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o su Banco, tales como establecimientos bancarios, comerciales o prestadores de servicios públicos, es inconstitucional. Sin embargo, tratándose de obligaciones adquiridas con las instituciones de la seguridad social, estas medidas están permitidas en vista de salvaguardar los fondos del sistema y así proteger el derecho a la seguridad social de todas las personas. No obstante, este límite a la garantía de intangibilidad de las prestaciones económicas debe guardar un justo equilibrio con el ejercicio del derecho a una vida digna y demás derechos específicos de los grupos de atención prioritaria. Así, el embargo o la retención de pensiones jubilares para satisfacer obligaciones con las instituciones de la seguridad social procederá siempre que se pruebe que el deudor puede satisfacer sus necesidades básicas y, tratándose de la mora patronal, que se ha realizado además y previamente la declaratoria de insolvencia del deudor y sus garantes ¹¹² de manera

106 Constitución de la República, artículo 45, inciso segundo.

107 Corte Constitucional, sentencia N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021, §194.

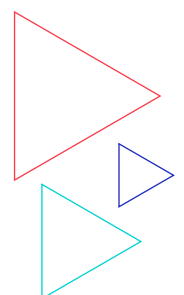
108 La Constitución considera a las personas adultas mayores, jóvenes, personas en situación de movilidad humana, mujeres embarazadas; niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas que adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas privadas de libertad y personas usuarias y consumidoras como grupos de atención prioritaria que gozan de derechos específicos ligados a su condición, además de los derechos garantizados a todas las personas en general; y a las cuales se debe brindar una atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. Además, el Estado tiene el deber de prestar especial protección a aquellas personas en condición de doble vulnerabilidad (Constitución de la República, artículos 35 a 49).

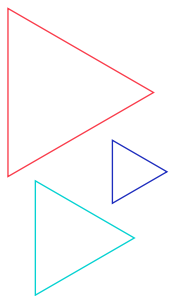
109 Constitución de la República, artículo 371, inciso tercero; Corte Constitucional, sentencia N° 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019, §42 y §54; sentencia N° 16-09-IN/20 de 28 de octubre de 2020, §76; sentencia N° 105-10-JP/21 de 10 de marzo de 2021, §51.

110 Corte Constitucional, sentencia N° 16-09-IN/20 de 28 de octubre de 2020, §77.

111 Corte Constitucional, sentencia N° 16-09-IN/20, §78.

112 Corte Constitucional, sentencia N° 105-10-JP/21 de 10 de marzo de 2021, §57, §58, §66, §71.





que se garantice el ejercicio del derecho a una vida digna de los pensionistas, pues la privación de dichas prestaciones coloca a sus beneficiarios “en un estado de necesidad inaceptable que afecta al ejercicio de sus derechos” ¹¹³.

Este razonamiento de la Corte Constitucional ilustra la estrecha relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a una vida digna. En efecto, las prestaciones económicas del sistema de seguridad social permiten a sus beneficiarios hacer frente a los riesgos sociales que los privan de sus medios de subsistencia. En tal sentido, la protección de dichas prestaciones, sin desconocer la obligación pendiente de pago ni la sostenibilidad del sistema, preserva un ingreso mínimo para que la persona pueda satisfacer necesidades básicas y garantiza así su derecho a una vida digna que asegure salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido y otros servicios sociales necesarios ¹¹⁴.

Asimismo, tratándose de la suspensión de un porcentaje de la pensión de las personas jubiladas que regresan al mercado laboral ¹¹⁵, la Corte Constitucional concluyó que la suspensión del 40 por ciento del monto de la pensión jubilar que corresponde a la contribución obligatoria del Estado no afecta la calidad de vida de la persona jubilada que retorna al mercado laboral, puesto que sus ingresos económicos se encuentran garantizados, ya que conserva el 60 por ciento de su prestación y recibe un nuevo ingreso proveniente de la remuneración de su nueva actividad laboral. Además, al cesar toda actividad laboral, recupera inmediatamente el porcentaje suspendido y tiene derecho a una mejora de su pensión por el último tiempo de servicio. Asimismo, la medida de suspensión no es aplicable a las personas más vulnerables ¹¹⁶. Por lo que la medida de suspensión garantiza el derecho a una vida digna de la persona jubilada que retorna al mercado laboral, no vulnera su derecho a la seguridad social y además es concordante con los principios constitucionales de solidaridad y de sostenibilidad.

De la misma manera, con motivo de la negativa del IESS de otorgar las pensiones de orfandad, viudedad y de invalidez, así como las prestaciones de atención en salud derivadas de accidentes de trabajo con base en la Ley de Seguridad Social que condiciona el otorgamiento de dichas prestaciones a la efectivización del cobro de la responsabilidad patronal ¹¹⁷, la Corte dictaminó que la ineficiente actuación del IESS en el cobro de las obligaciones a los empleadores morosos, así como en la protección del derecho de las personas beneficiarias que pese a reunir las condiciones para tener derecho a las prestaciones, no las obtuvieron sino hasta tres y siete años más tarde y por medio de una sentencia jurisdiccional; junto con los malos tratos de sus funcionarios, provocaron la falta de atención en salud y la privación de ingresos de las personas titulares de las prestaciones y de sus familias, lo cual, sumado a su condición de vulnerabilidad (persona con discapacidad y niños), precarizó aún más su situación violando su derecho a una vida digna, a recibir servicios públicos de calidad, eficaces, eficientes y con buen trato, y a recibir una atención prioritaria ¹¹⁸. Así, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la condición contenida en la norma en cuestión y determinó que en su lugar se entienda que las prestaciones deben

113 Corte Constitucional, sentencia N° 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021, §70.

114 Constitución de la República, artículo 66, numeral 2.

115 Corte Constitucional, sentencia N° 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019.

116 La suspensión no es aplicable a las personas pensionistas con enfermedades catastróficas y en el caso de los demás pensionistas que regresan al mercado de trabajo, no se aplica cuando la pensión es menor o igual a una canasta básica, ni cuando la pensión supera hasta 1,5 veces la canasta básica pero la remuneración del nuevo trabajo no supera el valor de una canasta básica; y cuando la suspensión es aplicable solo lo es sobre la diferencia que supere el valor de una canasta básica (Ley de Seguridad Social, disposición general primera agregada por la Ley reformativa a la Ley de Seguridad Social publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 559 de 30 de marzo de 2009). A modo informativo, el valor de la canasta básica a septiembre de 2021 fue de 712,85 dólares de los Estados Unidos de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC).

117 Ley de Seguridad Social adoptada el 13 de noviembre de 2001 y promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N° 465 de 30 de noviembre de 2001, artículo 94.

118 Corte Constitucional, sentencia N° 1024-19-JP/21 de 1.º de septiembre de 2021.

concederse inmediatamente siempre que se cumplan las condiciones para su otorgamiento y aun cuando no se haga efectiva la responsabilidad patronal.

Las sentencias citadas muestran claramente cómo la Corte Constitucional ha garantizado la protección de las prestaciones del sistema de seguridad social y, en consecuencia, ha tutelado el pleno ejercicio del derecho a la seguridad social y de otros derechos conexos como el derecho a una vida digna y el derecho a la salud.

3.3 Parámetros de protección del derecho a la seguridad social desde la justicia constitucional

3.3.1 Protección del derecho a la seguridad social de las generaciones presentes y futuras desde el principio de no regresividad

La Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la seguridad social exige del Estado la adopción de medidas positivas encaminadas a hacer efectivo dicho derecho ¹¹⁹ de manera que su ejercicio no se torne ilusorio ¹²⁰, pero también la obligación de abstenerse de limitar o restringir injustificadamente el ejercicio o la realización de este derecho. Por lo tanto, “el derecho a la seguridad social incluye, entre otros elementos, la protección frente a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, así como el derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales” ¹²¹. Esto implica que las condiciones para acogerse a sus prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes, y que su supresión, reducción o suspensión sea limitada, basada en motivos razonables y esté debidamente prevista en el ordenamiento jurídico ¹²².

Asimismo, la Corte ha precisado que, si bien los poderes públicos están facultados para realizar ajustes en el sistema de seguridad social, incluyendo ajustes en los aportes y en las prestaciones, esta atribución está limitada precisamente por el nivel de protección alcanzado respecto del derecho a la seguridad social. Además, debe considerarse que tales medidas deben ser excepcionales, encontrarse motivadas en estudios técnicos, específicos, rigurosos y actualizados ¹²³, tener como finalidad asegurar la sostenibilidad del sistema y de sus prestaciones en el largo plazo o que exista una razón plenamente justificada en la consecución de otro derecho constitucional, y ser proporcionales y razonables ¹²⁴. En otras palabras, los poderes públicos deben demostrar que tales medidas fueron adoptadas con una “cuidadosa consideración y justificación, y se encuentran amparadas por razones de suficiente peso” ¹²⁵.

Así, la Corte Constitucional ha señalado que una disminución considerable de la pensión de una persona jubilada, sin justificación, menoscaba los fines de la prestación y genera una afectación

119 Corte Constitucional, sentencia N° 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §27: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la seguridad social ‘(...) es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla”.

120 Corte Constitucional, dictamen N° 005-13-DTI-CC de 5 de marzo de 2013, 21-23.

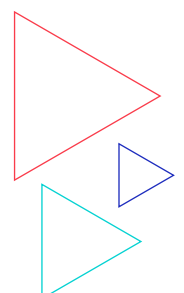
121 Corte Constitucional, sentencia N° 2936-18-EP-21 de 28 de julio de 2021, §60; sentencia N° 904-12-JP/19 de 13 de diciembre de 2019, §73; sentencia N° 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019, §55.

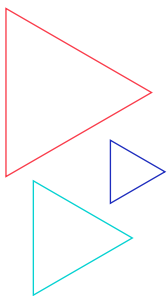
122 Corte Constitucional, sentencia N° 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §30.

123 Corte Constitucional, sentencia N° 83-16-IN/2021 de 10 de marzo de 2021, §280; sentencia N° 32-21-IN/21 y acumulados de 11 de agosto de 2021, §70; sentencia N° 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §42; sentencia N° 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019, §40.

124 Corte Constitucional, sentencia N° 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021, §70; sentencia N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021, §280; sentencia N° 16-18-IN/21 de 28 de abril de 2021, §35; sentencia N° 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §42; sentencia N° 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019, §40; sentencia N° 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019, §55.

125 Corte Constitucional, sentencia N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021, §280 y §281.





a la jubilación universal”¹²⁶, derecho expresamente consagrado en la Constitución para las personas adultas mayores. También ha indicado que la eliminación de los servicios sociales contemplados como beneficios adicionales a las prestaciones de la seguridad social militar constituye una medida regresiva injustificada ante la incapacidad de la Asamblea Nacional de justificar suficientemente tal medida¹²⁷.

Por lo tanto, es posible que ciertas medidas consideradas como regresivas no sean contrarias a la Constitución y se consideren justificadas, ya que su fin es precisamente salvaguardar el derecho a la seguridad social de las generaciones presentes, de manera que puedan seguir gozando de sus prestaciones; y de las generaciones futuras, a fin de que puedan acceder a las prestaciones y gozar de estas. Sin embargo, tales medidas deben observar los parámetros establecidos por la Corte Constitucional con base en los principios de aplicación general en el ejercicio de los derechos, que limitan a los poderes públicos al momento de realizar reformas relativas al derecho a la seguridad social y aumentan su protección impidiendo toda medida regresiva injustificada y, así, una vulneración del derecho a la seguridad social de las generaciones presentes y futuras.

3.3.2 Protección del derecho a la seguridad social de las generaciones presentes y futuras desde el principio de sostenibilidad

El principio de sostenibilidad se ha convertido en el eje rector de las decisiones más recientes de la Corte Constitucional, que ha criticado duramente la adopción de leyes relativas a la seguridad social sin los debidos sustentos técnicos que garanticen la sostenibilidad del sistema de seguridad social¹²⁸.

La Corte ha señalado que esta práctica “promueve el desarrollo de los derechos sociales de la población solamente de manera ilusoria”¹²⁹ y afecta a los beneficiarios actuales y futuros del sistema, que pueden ver desvanecidas sus expectativas de gozar de una prestación como consecuencia de la insuficiencia de recursos.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha aclarado que el principio de sostenibilidad es “un criterio de manejo y administración que permite no solo que el asegurado pueda acceder a las prestaciones propias de este derecho, sino que garantiza que las futuras generaciones también puedan hacerlo”¹³⁰, razón por la cual el principio de sostenibilidad se convierte en una condición para la realización del derecho a la seguridad social que obliga a mirar no solo a los supuestos beneficiarios, sino también a los potenciales perjudicados¹³¹.

Por esta razón, la observancia a dicho principio resulta fundamental para garantizar y proteger correctamente el derecho a la seguridad social en el marco de toda reforma adoptada por los poderes públicos, que deben motivar tales decisiones con informes técnicos, actualizados, rigurosos y especializados¹³² que muestren las consecuencias de las decisiones adoptadas en el comportamiento actual y futuro del sistema, así como su impacto en el ejercicio y goce del derecho a la seguridad social de las generaciones presentes y futuras, de manera que se cumpla

126 Corte Constitucional, sentencia N° 16-18-IN/21 de 28 de abril 2021, §57.

127 Corte Constitucional, sentencia N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021, §302.

128 Corte Constitucional, sentencia N° 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019, §47 y §48; sentencia N° 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021, §79; sentencia N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021, §168 y §221.

129 Corte Constitucional, sentencia N° 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021, §79.

130 Corte Constitucional, sentencia N° 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §32.

131 Corte Constitucional, sentencia N° 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021, §69.

132 Corte Constitucional, sentencia N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021, §167, §212 y §269; sentencia N° 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021, §70 y 76.

con la obligación del Estado de garantizar a todas las personas “la cobertura de las prestaciones a largo plazo y no solo en el presente”¹³³.

Bajo estas consideraciones, la Corte Constitucional declaró la vulneración del principio constitucional de sostenibilidad, al haberse creado una jubilación especial para docentes¹³⁴ y al haberse modificado el financiamiento de las prestaciones de los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional¹³⁵.

Además, la Corte ha señalado que, en atención a dicho principio, el ejercicio del derecho a la seguridad social necesita del cumplimiento de requisitos previos, tales como cierto número de aportaciones o determinada edad, indispensables para asegurar una prestación debidamente financiada y así garantizar el funcionamiento adecuado del sistema de seguridad social¹³⁶.

Por lo tanto, el principio de sostenibilidad es un mecanismo fundamental para proteger y garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad social de las generaciones presentes y futuras. Sin embargo, cabe aclarar que no puede ser utilizado por los poderes públicos como excusa para disminuir considerablemente las prestaciones o para establecer condiciones poco razonables que impidan el acceso a estas, ya que se vaciaría el contenido del derecho a la seguridad social al menoscabar su finalidad, y, en general, se restringiría dicho derecho, provocando además una vulneración a derechos conexos tales como el derecho a la salud o a una vida digna. En tal sentido y sobre la base de la Observación General N° 19 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte ha reiterado que la protección del derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente y que debe existir una relación razonable entre los ingresos, las aportaciones realizadas y el monto de la prestación¹³⁷. En tal virtud, ordenó al IESS que estableciera un financiamiento adecuado para las decimotercera y decimocuarta pensiones, que si bien fueron creadas sin estudios actuariales, constituyen derechos adquiridos de las personas pensionistas y se encuentran protegidas por el principio de intangibilidad de las prestaciones. Además, con motivo de una consulta de norma respecto del seguro de desempleo, la Corte precisó que “la prestación económica otorgada (...) debe ser capaz de cubrir todas las necesidades para que el asegurado tenga unas condiciones de vida adecuadas”¹³⁸.

Como se ha observado, el derecho a la seguridad social en la Constitución ecuatoriana es plenamente exigible. Sin duda alguna, la Corte Constitucional ha sido un actor fundamental en su protección y ha garantizado así su efectivo goce y ejercicio. Sin embargo, la realización del derecho a la seguridad social tal como ha sido concebido por el constituyente plantea un cierto número de desafíos para el Estado ecuatoriano, algunos de los cuales se analizarán a continuación.

4. Desafíos para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social

Como se ha explicado a lo largo del presente artículo, la justicia social y el derecho a la seguridad social son indisolubles en la Constitución de la República. En ese sentido, el cambio de paradigma en cuanto a la visión tradicional del desarrollo a través de la consagración del buen vivir plantea desafíos no menores para que el “deber ser” se convierta en una realidad.

133 Corte Constitucional, sentencia N° 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019, §61.

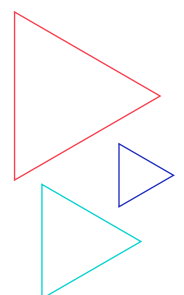
134 Corte Constitucional, sentencia N° 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021, §125.3 a §125.6.

135 Corte Constitucional, sentencia N° 83-16-IN/21 y acumulados de 10 de marzo de 2021, §221 a §223.

136 Corte Constitucional, sentencia N° 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §30 y §31.

137 Corte Constitucional, sentencia N° 14-20-CN/20, §29 y §30.

138 Corte Constitucional, sentencia N° 14-20-CN/20, §41.





Específicamente en materia de seguridad social, este “deber ser” plantea desafíos concretos relacionados sobre todo con la realización de los principios constitucionales de universalidad, obligatoriedad, solidaridad y equidad, sostenibilidad y participación, así como con la rectoría del sistema y la concepción misma de la seguridad social.

Como se ha mencionado, el principio de universalidad consagrado en la Constitución exige que todas las personas sean incluidas en el sistema de seguridad social con independencia de su situación laboral y que sean cubiertas, en el ideal, contra todas las contingencias previstas en el texto constitucional o, al menos, contra la contingencia de vejez, a través de lo que la Constitución denomina “jubilación universal”, a la que tienen derecho todas las personas adultas mayores¹³⁹. Sin embargo, este mandato constitucional no ha podido cumplirse por varias razones. En primer lugar, por la inadaptación del sistema para integrar a las personas que no responden a los criterios del trabajo bajo relación de dependencia. Las cifras muestran que la cobertura del régimen general se encuentra concentrada en las personas que realizan trabajo bajo relación de dependencia¹⁴⁰, mientras que tratándose de las personas trabajadoras independientes solo cinco de cada cien se encuentran cubiertas¹⁴¹. Esta situación está relacionada principalmente con la capacidad contributiva de dichas personas cuya situación económica no les permite asumir la totalidad del monto de la aportación, lo cual impide su incorporación o, una vez que han logrado ingresar, dificulta su continuidad y las expulsa del sistema. En segundo lugar, la desatinada actuación de los poderes públicos respecto de la implementación de la obligatoriedad de la afiliación para todas las personas¹⁴², sumada a la contradicción en la Ley de Seguridad Social sobre la obligatoriedad de la afiliación para las personas trabajadoras independientes¹⁴³, ha fragilizado toda integración de este colectivo al sistema de seguridad social. En consecuencia, si bien las últimas reformas¹⁴⁴ han permitido avanzar en la universalización de la seguridad social,

139 Constitución de la República, artículo 37, numeral 3.

140 El informe de resultados sobre los nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social elaborado por la Oficina de la OIT para los Países Andinos muestra, a partir del análisis de las tasas de cobertura, que el 92 por ciento de los trabajadores públicos y el 64,1 por ciento de los trabajadores bajo relación de dependencia del sector privado cotizan a la seguridad social y, por lo tanto, se encuentran cubiertos por la seguridad social. Lo cual contrasta con el porcentaje de cotizantes que no pertenecen al trabajo bajo relación de dependencia en donde solo el 5,1 por ciento de las personas trabajadoras independientes y el 4,1 por ciento de quienes realizan trabajo no remunerado del hogar cotizan a la seguridad social. Pablo Casali *et al.*, *¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo* (Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2020).

141 Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU) 2019; OIT Oficina para los Países Andinos, “Principales nudos críticos del IESS: desafíos y recomendaciones”, *Podcast Vértices de la seguridad social*, episodio 8 (Quito: septiembre de 2021).

142 Hasta antes de la Resolución N° C.D. 460 de 11 de diciembre de 2013, se consideraba la afiliación de las personas trabajadoras independientes como obligatoria y se intentaba controlar su aplicación. Sin embargo, a partir de dicha resolución se eliminó la distinción que se realizaba previamente entre el régimen de afiliación de las personas trabajadoras independientes, sujetas al seguro general obligatorio, y de las personas afiliadas voluntarias, sujetas al régimen especial del seguro voluntario. La Resolución N° C.D. 463 de 28 de enero de 2014 codificada en la Resolución N° C.D. 464 de 29 de enero de 2014 volvió a instaurar la afiliación obligatoria con condiciones que causaron el rechazo popular (incremento del valor del aporte, base de aportación sobre los ingresos brutos reales, control de la afiliación con sanciones en caso de registrar avisos de salida sin cese de la actividad), que la Resolución N° C.D. 467 de 20 de marzo de 2014 eliminó y se retornó a la afiliación voluntaria.

143 En el capítulo dos de la Ley de Seguridad Social titulado “De los asegurados obligados” se encuentran los artículos 9 y 10. El artículo 9 define a los “asegurados obligatorios” para efectos de la protección del seguro general obligatorio entre los que se encuentran las personas trabajadoras independientes. Sin embargo, el artículo 10, relativo las situaciones protegidas para cada uno de los asegurados obligatorios, trata a este mismo colectivo como voluntarios. En la práctica, si bien la Constitución establece como principio rector de la seguridad social la obligatoriedad, las instituciones de la seguridad social han decidido mantener la ambigüedad de la Ley de Seguridad Social vigente. En enero de 2014 se intentó implementar la obligatoriedad de la afiliación para todas las personas, incluyendo a las personas trabajadoras independientes, no obstante, el rechazo y las complicaciones fueron tales que en menos de dos meses las autoridades dieron marcha atrás.

144 Ley para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar adoptada el 14 de abril de 2015 promulgada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N° 483 de 20 de abril de 2015. Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de

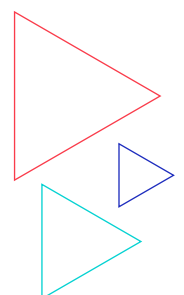
especialmente en lo concerniente a las personas en situación de desempleo y a aquellas que realizan trabajo no remunerado en los hogares y de cuidado humano, uno de los principales desafíos del Ecuador es concebir un sistema de seguridad social lo suficientemente flexible para considerar las necesidades y la situación particular de las poblaciones más vulnerables, pero también lo suficientemente rígido para controlar la afiliación y evitar el fraude y la evasión.

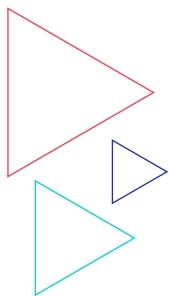
Esto nos lleva a un segundo desafío que tiene que ver precisamente con la implementación de la obligatoriedad de la afiliación. Como se explicó anteriormente, varias disposiciones constitucionales indican que la intención del constituyente fue consagrar la obligatoriedad de la afiliación para todas las personas, excepto para las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior. Sin embargo, para que esto sea posible deben crearse las condiciones necesarias que garanticen la eficacia de la norma, es decir, considerar esquemas de afiliación adecuados, políticas públicas en materia económica, tributaria, laboral y de protección social coherentes y articuladas entre sí. También es fundamental el fortalecimiento de la transparencia y la confianza en las instituciones de la seguridad social y el diálogo social, así como el establecimiento de periodos de adaptación que tengan como finalidad facilitar precisamente las transiciones y la eficacia de la norma.

En concordancia con lo anterior, se presenta un tercer desafío relacionado con la materialización del principio de solidaridad. En efecto, el financiamiento del sistema de seguridad social, en su vertiente contributiva, reposa sobre dos pilares fundamentales: los aportes de las personas afiliadas y empleadoras, y las contribuciones del Estado. Sin embargo, como lo mencionamos anteriormente, en la práctica la cobertura del régimen general es limitada y se concentra mayoritariamente en las personas trabajadoras bajo relación de dependencia. Por esta razón, la solidaridad derivada de los aportes de los sujetos protegidos es limitada, ya que proviene únicamente de dichas personas, de las personas afiliadas voluntarias, es decir, las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior y de un número mínimo de trabajadores independientes, en otras palabras, de aquellas personas cuya situación económica les permite obtener la cobertura del sistema, puesto que pueden pagar el monto del aporte. Si bien en el interior del sistema la solidaridad considera criterios de justicia social y equidad, puesto que, por ejemplo, se establecen pensiones mínimas y máximas, cabe preguntarse si la contribución del Estado al seguro de invalidez, vejez y muerte con el 40 por ciento de las pensiones en curso de pago responde a los mismos criterios, puesto que se trata de una contribución proveniente de recursos fiscales fruto del esfuerzo de toda la colectividad, incluyendo el de aquellas personas cuya situación económica no les permite afiliarse y asumir el valor de la aportación. Así, podría generarse una distorsión de los principios de solidaridad y equidad, ya que la población más vulnerable no es beneficiaria de dicha solidaridad por estar fuera del sistema y hasta participa en su financiamiento ¹⁴⁵.

Desempleo adoptada el 17 de marzo de 2016 promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N° 720 de 28 de marzo de 2016.

145 El informe sobre los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social elaborado por la Oficina de la OIT para los Países Andinos señala que “el aporte que realiza el Estado y la solidaridad que esto implica no cumplen con el principio de progresividad; dado que la cobertura del IESS es limitada y que existe una transferencia de recursos, a través del aporte del Estado, de la población que no está cubierta y se encuentra en los quintiles de menores ingresos, a una minoría que sí está cubierta y se encuentra en los quintiles de mayores ingresos, lo que vuelve el aporte del Estado regresivo. A esto se suma, que el aporte del Estado se financia a través de impuestos generales los cuales en una buena proporción provienen de aquellos que se cargan en la compra de bienes y servicios y que por lo tanto no son progresivos. Para Mesa-Lago y Bertranou, el factor más importante en la regresividad es el grado de cobertura de la población económicamente activa y de la población total: mientras más baja es la cobertura, mayor es el efecto regresivo (1998). Mientras que para Cichon *et al.*, las subvenciones fiscales generales para regímenes con bajo nivel de cobertura de la población, difícilmente podrían justificarse por razones de equidad”. En efecto, según el mismo estudio, al año 2019 el 50,6 por ciento de los trabajadores ocupados afiliados al Seguro General del IESS se encontraba en el quinto quintil de ingresos, mientras que el 27,2 por ciento se encontraba en el cuarto quintil, lo que representa una acumulación de más del 75 por ciento de los ocupados afiliados en los niveles de mayores ingresos. Pablo Casalí *et al.* *¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?*, 18-19.





Evidentemente, esta situación puede ser matizada, puesto que el Estado cubre la totalidad del monto destinado a financiar las pensiones no contributivas para personas adultas mayores y personas con discapacidad que las otorga directamente el Gobierno central a través del Ministerio de Inclusión Económica y Social. No obstante, este monto parece ser inferior a la contribución realizada a las pensiones del sistema contributivo¹⁴⁶ y la situación de necesidad de las personas destinatarias es también diferente, tomando en cuenta que uno de los requisitos de acceso a las prestaciones no contributivas es encontrarse en situación de pobreza y extrema pobreza¹⁴⁷. A ello se suma la importante brecha de cobertura del sistema de seguridad social tanto en su vertiente contributiva como en la no contributiva¹⁴⁸. Por lo tanto, la consagración constitucional del principio de solidaridad en varios niveles (políticas públicas¹⁴⁹, régimen de desarrollo¹⁵⁰, política económica¹⁵¹ y fiscal¹⁵², sistema de seguridad social¹⁵³, sistema nacional de inclusión y equidad social¹⁵⁴) plantea el desafío de redistribuir adecuadamente la riqueza nacional, establecer esquemas de aportes diferenciados y progresivos, a fin de optimizar todos los recursos disponibles; así como crear bases de recaudación más amplias y progresivas¹⁵⁵ y ponerlas al servicio de la realización del mandato constitucional de universalización, de manera que el sistema pueda brindar su protección a todas las personas en el corto y largo plazo, lo cual exige además una correcta implementación del principio de obligatoriedad, condición *sine qua non* de la universalidad y de la solidaridad.

De los desafíos precedentes se deriva un cuarto desafío que tiene que ver precisamente con la sostenibilidad del sistema. La crisis sanitaria ha expuesto aún más la fragilidad del sistema de seguridad social en cuanto a su capacidad para garantizar prestaciones en el largo plazo. En efecto, la estrecha relación entre el mercado laboral y la seguridad social muestra que la pérdida de empleo, así como su precarización, tienen un impacto directo en la sostenibilidad del sistema de seguridad social que produce un efecto en cascada¹⁵⁶. Así, al privar al sistema de sus ingresos,

146 A diciembre de 2020, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social registraba un total de 548 070 personas pensionistas por vejez, invalidez y muerte (sin incluir el seguro social campesino) y una pensión promedio de 588,59 dólares de los Estados Unidos (IESS, *Boletín estadístico N° 25*, 2020, 70 y 72). Para el mismo periodo, el Ministerio de Inclusión Económica y Social registraba un total de 439 284 personas beneficiarias de pensiones no contributivas por vejez y discapacidad, con pensiones entre 50 y 100 dólares de los Estados Unidos, y cuyos beneficiarios se encontraban en situación de pobreza y extrema pobreza (Registro Interconectado de Programas Sociales –RIPS–, en línea).

147 Decreto Ejecutivo N° 804 de 20 de junio de 2019, artículos 4, 5, 7 y 8.

148 Para ejemplificar, según el informe sobre el panorama de la protección social en Ecuador, en el subsistema contributivo se puede apreciar que al año 2019 el 68,9 por ciento de los patronos no estaban cubiertos por el seguro general del IESS, al igual que el 94 por ciento de cuentapropistas y el 96 por ciento de trabajadores no remunerados. Una situación contraria se evidencia en los asalariados públicos y privados, que registraban las tasas más altas de cobertura al alcanzar 92 por ciento y 64,1 por ciento, respectivamente, del total de personas empleadas en sus respectivas categorías. En cuanto a la cobertura del subsistema no contributivo, específicamente en pensiones, esta presentaba una tendencia a la baja y el 32,6 por ciento de la población objetivo no se encontraba cubierta. Pablo Casalí *et al.* *Ecuador. Panorama de la protección social: gobernanza, cobertura y sostenibilidad* (Perú: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021), 69 y 75.

149 Constitución de la República, artículo 85, numerales 1 y 3.

150 Constitución de la República, artículo 276, numeral 2.

151 Constitución de la República, artículos 283 y 284, numeral 1.

152 Constitución de la República, artículo 285, numeral 2.

153 Constitución de la República, artículos 34 y 367.

154 Constitución de la República, artículo 340, inciso segundo.

155 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §11 literal 1).

156 Según la Oficina de la OIT para los Países Andinos, la disminución de la población de afiliados activos al IESS como resultado de la pandemia causada por la COVID-19 tiene un impacto en la sostenibilidad del seguro de invalidez, vejez y muerte. Así, si antes de la pandemia se proyectaba que las reservas de dicho seguro se agoten en el año 2047, tras la pandemia los resultados de los diferentes escenarios muestran que dicha reserva podría agotarse en 2027, 2031, 2037 y 2040 en función de las diferentes hipótesis estudiadas. Véase Oficina de la OIT para los Países Andinos, *La pandemia COVID-19 y sus efectos en la sostenibilidad del Seguro de invalidez, vejez y muerte del IESS* (Ecuador: mayo de 2020).

sean estos bajo la forma de aportes o de contribuciones del Estado ¹⁵⁷, este no podrá garantizar el pago de sus prestaciones o, si lo hace, es posible que sea sacrificando la suficiencia de estas, lo cual, a su vez, impactaría en el ejercicio del derecho a una vida digna, desde ya fragilizado por causa de años de pobreza y desigualdad, y varios avances hacia la realización de la justicia social se verían perdidos. Por lo tanto, la sostenibilidad del sistema constituye un desafío en sí mismo y además un desafío en cuanto a la garantía del ejercicio del derecho a la seguridad social de las generaciones presentes y futuras, considerando además el envejecimiento de la población y que el Ecuador está desaprovechando el bono demográfico, hoy positivo.

Sin duda alguna, el envejecimiento de la población no solo es un desafío desde el punto de vista de la sostenibilidad del sistema, sino también desde los cuidados. Hoy por hoy, las necesidades de cuidado de corta y larga duración son satisfechas mayoritariamente por los hogares, siendo las mujeres las principales proveedoras de cuidados ¹⁵⁸; y en menor medida por los incipientes servicios públicos de inclusión social y por los servicios propuestos desde el ámbito privado, ya sea desde la asistencia social o por prestadores con fines de lucro. Así, la falta o pérdida de autonomía de los individuos evidencia que es esencial adaptar el sistema de seguridad social a las necesidades de cuidado, pues los riesgos sociales tradicionalmente reconocidos por el sistema ecuatoriano no consideran la dependencia como un riesgo social.

Un quinto desafío tiene que ver con la institucionalidad del sistema, específicamente con la rectoría de las políticas públicas de seguridad social. La Constitución determina que el Estado central tendrá competencias exclusivas sobre las políticas, entre otras, de seguridad social ¹⁵⁹. Sin embargo, al momento no existe un ente rector del sistema de seguridad social. Las medidas de política pública en la materia provienen, por una parte, del Consejo Directivo del IESS tratándose del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales ¹⁶⁰; por otra parte, de los Consejos Directivos del Instituto de Seguridad Social de Fuerzas Armadas ¹⁶¹ y del Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional ¹⁶² respecto de estos regímenes especiales; y finalmente, del Gobierno central en cuanto a las pensiones no contributivas para adultos mayores y personas con discapacidad ¹⁶³. Esto ha dado como resultado políticas públicas fragmentadas, dispersas, sin una articulación entre sí y sin una visión integral de sistema. Por lo tanto, un desafío importante es el establecimiento de un ente rector del sistema de seguridad social que ejerza precisamente las funciones de rectoría y garantice la integralidad y articulación de las políticas públicas en la materia.

A este desafío se suma otro que concierne a la implementación del principio de participación y el ejercicio del poder ciudadano en el sistema de seguridad social. La Constitución consagra la participación como uno de los principios rectores del sistema de seguridad social y, de manera general y más amplia, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos de

157 Durante la pandemia se estimaba una pérdida de ingresos tributarios de aproximadamente 1 862 dólares de los Estados Unidos millones provocada por la caída de la actividad económica, una reducción de la masa salarial del IESS para el año 2020 equivalente a 17 por ciento respecto del año 2019, así como el incremento de la tasa de desempleo para el año 2020 como resultado de la pérdida de empleo de más de 500 000 personas; y un incremento de la informalidad. Véase OIT, *La pandemia COVID-19 y sus efectos en la sostenibilidad del Seguro de invalidez, vejez y muerte del IESS*.

158 El 65 por ciento del trabajo de cuidado se realiza en los hogares, el 14 por ciento en servicios públicos y el 12 por ciento en servicios privados. En los hogares, el 64 por ciento de las mujeres realiza tareas de cuidado, en el sector privado el 7 por ciento y en el sector público el 10 por ciento. En total, el 81 por ciento de personas que se dedican a proveer servicios de cuidado son mujeres. Véase Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *Investigación "Economía del Cuidado, Trabajo Remunerado y No Remunerado"*. En base al análisis de los resultados de la Encuesta Específica de Uso del Tiempo 2012 (Quito: El Telégrafo EP, 2016).

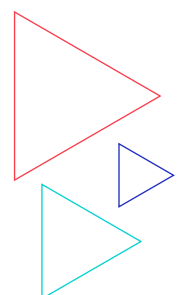
159 Constitución de la República, artículo 261, numeral 6.

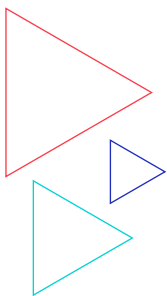
160 Ley de Seguridad Social, artículos 26, 27, literal a).

161 Ley de Seguridad Social de Fuerzas Armadas, artículo 7, literal c).

162 Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, artículo 6, literal b).

163 Constitución de la República, artículo 147, numerales 3 y 7.





interés público y a ser consultados ¹⁶⁴; así como la obligación del Estado de garantizar la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas y servicios públicos ¹⁶⁵. Asimismo, determina que los ciudadanos participarán de manera protagónica, individual o colectivamente, en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes ¹⁶⁶. Así, si bien la Ley de Seguridad Social vigente considera la participación de las personas afiliadas y empleadoras, a través de sus representantes, en la administración y gobernanza del IESS, no considera otras instancias que permitan una participación más amplia de todas las personas afiliadas, empleadoras y beneficiarias del sistema fuera de la instancia del Consejo Directivo ¹⁶⁷. Lo mismo sucede con los regímenes especiales de Fuerzas Armadas ¹⁶⁸ y de la Policía Nacional ¹⁶⁹. Por lo tanto, un desafío importante es precisamente la implementación de una instancia amplia de participación, que permita el ejercicio del derecho a la participación y control social de todas las personas fuera de los consejos directivos; y, respecto de la conformación de dichos consejos, una integración que concierna a todos los sujetos obligados y protegidos como lo ha dispuesto la Corte Constitucional ¹⁷⁰.

Finalmente, un desafío no menor para el Ecuador –Estado y ciudadanos– es el cambio de paradigma en cuanto a la concepción de la seguridad social. La consagración por el constituyente de la seguridad social como un bien social exige abandonar toda concepción asociada con la asistencia o ayuda sociales y pasar a reflexionar en términos de derechos, es decir, considerando a la seguridad social como un derecho irrenunciable, inherente a toda persona por el simple hecho de serlo y estrechamente ligado a su dignidad. También exige mirar a la seguridad social como una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos, especialmente el derecho a una vida digna, y para la realización de la justicia social y el buen vivir. Esto implica además ver la otra cara de la moneda, es decir, concebir a la seguridad social como un deber y una responsabilidad compartida entre el Estado y los ciudadanos, sin lo cual la universalidad, la solidaridad, la obligatoriedad y la sostenibilidad no se alcanzarán y menos aún el ideal de buen vivir. Es sobre la base de esta concepción que se puede alcanzar un pacto social y fiscal que garantice la protección de las personas durante su ciclo de vida, así como la sostenibilidad y perennidad del sistema.

En consecuencia y, para resumir, el mayor desafío del Ecuador para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social es precisamente la implementación de un sistema de seguridad social desde un enfoque de derechos, que responda al “deber ser” plasmado en la Constitución, y garantizar su perennidad.

164 Constitución de la República, artículo 61, numerales 2 y 4.

165 Constitución de la República, artículo 85.

166 Constitución de la República, artículo 95.

167 El Consejo Directivo del IESS está conformado por un representante de las personas aseguradas, un representante de las personas empleadoras y un representante de la Función Ejecutiva que lo preside y tiene voto dirimente (Ley de Seguridad Social, artículo 28).

168 El Consejo Directivo del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas está conformado por el Ministro de Defensa Nacional que lo preside y tiene voto dirimente; el Jefe del Comando Conjunto, los Comandantes Generales de Fuerza, dos representantes del personal de tropa en servicio pasivo y un representante de los oficiales en servicio pasivo (Ley de Seguridad Social de Fuerzas Armadas, artículo 6).

169 El Consejo Directivo del Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional está integrado por el Ministro del Interior que lo preside y tiene voto dirimente; el Comandante General de la Policía Nacional, el Subsecretario de Policía, el Director General de Personal, el Director Nacional de Bienestar Social, un representante de los oficiales en servicio pasivo, dos representantes del personal de tropa en servicio pasivo (Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, artículo 5).

170 La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad diferida de los artículos sobre designación de los representantes de los asegurados y de los empleadores por vulnerar los principios de participación, igualdad y equidad, y ordenó a la Asamblea Nacional que adecue la normativa a los derechos constitucionales vigentes, garantizando los derechos de participación e incluyendo a los representantes de todos los asegurados y empleadores (Corte Constitucional, sentencia N° 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016).

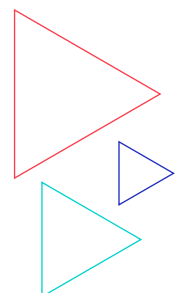
5. Conclusiones

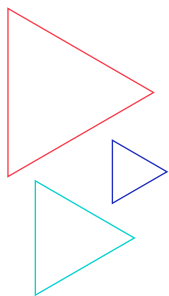
La Constitución de la República del Ecuador de 2008 sienta las bases de una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades para alcanzar el buen vivir o *sumak kawsay*. En ese sentido, la concepción de la seguridad social consagrada por el constituyente pone de manifiesto que el derecho a una vida digna no puede lograrse sin el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social, por lo tanto, este constituye uno de los pilares fundamentales para la consecución del buen vivir y para la realización de la justicia social.

El amplio desarrollo normativo del derecho a la seguridad social en el texto constitucional muestra la preocupación del constituyente por establecer un marco rector detallado para implementar un nuevo sistema de seguridad social que permita hacer realidad precisamente el ejercicio y goce de dicho derecho para toda la población, con independencia de su situación laboral. Esto implica necesariamente pensar el derecho a la seguridad social como un derecho derivado de la dignidad de la persona y no como un derecho inherente al trabajador, pese a ciertas contradicciones conceptuales que pueden aparecer. En otras palabras, la seguridad social como un derecho inherente a la persona por el simple hecho de serlo y no condicionado a su calidad de trabajador. De ahí que los riesgos sociales protegidos sean más amplios y no se limiten únicamente a las contingencias derivadas del trabajo, que la Constitución enfatice principalmente en la protección contra la contingencia de vejez, es decir, en la protección de las personas adultas mayores a través de la jubilación universal tomando en cuenta su situación de vulnerabilidad derivada de la edad avanzada y que esta población sea considerada además como una población de atención prioritaria. También que se consagre expresamente la naturaleza pública del sistema de seguridad social, se prohíba su privatización y se prevean controles estatales en cuanto a su administración y gestión.

Esta concepción obliga al Estado ecuatoriano a reforzar la solidaridad en el financiamiento del sistema de seguridad social y a redistribuir adecuadamente la riqueza y los recursos fiscales fruto del esfuerzo nacional, de manera que todas las personas participen en el financiamiento y sostenibilidad del sistema de acuerdo con sus posibilidades y sean protegidas en función de sus necesidades durante todo el ciclo de vida. Sin duda alguna, la crisis sanitaria causada por la COVID-19 ha mostrado que los sistemas de seguridad social necesitan una mayor solidaridad proveniente de diversas fuentes. Es precisamente esta solidaridad la que ha permitido, en el Ecuador y en el mundo, que durante la pandemia muchas personas puedan satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familias, pese a la pérdida de sus ingresos. Pero, del otro lado, también hemos visto cómo una solidaridad restringida, resultado, por ejemplo, de la concentración de afiliados en el trabajo bajo relación de dependencia, fragiliza la sostenibilidad del sistema de seguridad social fruto de la reducción de la masa salarial y, en general, la finalidad misma del sistema, al dejar al margen de dicha protección a poblaciones vulnerables a causa de su situación económica. En ese sentido, hoy más que nunca se requiere redefinir las prioridades de gasto y crear bases de recaudación más amplias y suficientemente progresivas, así como reforzar los criterios de equidad y justicia social en la sostenibilidad del sistema de seguridad social ecuatoriano como lo preconiza la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202) de la OIT, al igual que implementar políticas públicas sociales, tributarias, económicas y de empleo articuladas y que guarden absoluta coherencia entre sí. A estos efectos, es menester recordar la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal (núm. 204), que reconoce a esta transición como una condición necesaria para la inclusión social y para hacer efectivos el trabajo decente y la protección social¹⁷¹. También es importante tener en cuenta la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia (núm. 205), que reafirma la necesidad de adoptar planteamientos estratégicos

171 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación adoptada el 12 de junio de 2015.





en cuanto a la generación de empleo y de ingresos; a la garantía de derechos sin discriminación y al fortalecimiento de las medidas de protección social como medio para prevenir las crisis, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia de la población ¹⁷².

Además, el amplio desarrollo normativo del derecho a la seguridad social en la Constitución ecuatoriana, así como las garantías y los principios para la protección de derechos y el enriquecimiento del bloque de constitucionalidad gracias a los instrumentos internacionales de derechos humanos, han permitido que el derecho a la seguridad social sea plenamente exigible ante los poderes públicos. Esto ha facilitado no solo su ejercicio, sino también el de otros derechos, como el derecho a la salud, a una vida digna, a recibir atención prioritaria o el derecho a recibir servicios de calidad, eficientes, efectivos y de buen trato. Ciertamente, el rol de la Corte Constitucional ha sido decisivo en los últimos años en la protección, garantía y exigibilidad del derecho a la seguridad social.

Sin duda alguna, existen avances en cobertura atribuibles a la adopción de nuevas leyes, la implementación de políticas públicas para el mejoramiento del mercado laboral y la promoción del trabajo digno, la formalización de los diversos tipos de trabajo, así como al control para combatir el fraude y la evasión en el ámbito tributario y de la seguridad social. Sin embargo, un gran porcentaje de la población aún se encuentra fuera del sistema de seguridad social, voluntaria o involuntariamente, y en este último caso debido en especial a la situación económica. Por lo tanto, además de todas las acciones ya emprendidas, se requieren medidas basadas en la igualdad material que reconozcan las diferencias socioeconómicas como limitantes al acceso al sistema de seguridad social y las corrijan, pues, como lo señala José María Seco Martínez : "No basta con tener los mismos derechos que los demás, porque para poder ejercerlos con plenitud, [sic] el sujeto tiene que estar (situarse) en las mismas condiciones que el resto" ¹⁷³.

6. Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador:

- Acta N° 034 de 9 de abril de 2008.
- Acta N° 035 de 10 de abril de 2008.
- Acta N° 041 de 30 de abril de 2008.
- Acta N° 042 de 1 de mayo de 2008.
- Acta N° 043 de 2 de mayo de 2008.
- Acta N° 055 de 30 de mayo de 2008.
- Acta N° 074 de 2 de julio de 2008.
- Acta N° 084 de 13 de julio de 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador:

- Ley para el Fortalecimiento a los Regímenes Especiales de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Suplemento del Registro Oficial N° 867 de 21 de octubre de 2016.

¹⁷² Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación adoptada el 16 de junio de 2017.

¹⁷³ José María Seco Martínez, "De la igualdad formal a la igualdad material: cuestiones previas y problemas a revisar", *Derechos y Libertades*: No 36, Época II (2017), 69.

Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo. Suplemento del Registro Oficial N° 720 de 28 de marzo de 2016.

Código Orgánico Monetario y Financiero. Suplemento del Registro Oficial N° 332 de 12 de septiembre de 2014.

Ley para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Tercer Suplemento del Registro Oficial N° 483 de 20 de abril de 2015.

Ley de Reconocimiento de Héroe y Heroínas Nacionales. Registro Oficial N° 399 de 9 de marzo de 2011.

Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y al Código de Trabajo. Suplemento del Registro Oficial N° 528 de 13 de febrero de 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro. 2011. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala.

—. 2012. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición (Pensamiento jurídico contemporáneo 1).

Ayala Mora, Enrique. 2015. *Historia del Ecuador II*. Quito: Corporación Editora Nacional - UASB-E.

Borgetto, Michel y Robert Lafore. 2019. *Droit de la sécurité sociale*. París: Dalloz.

Casalí, Pablo, David Jaramillo, Fabián Vallejo y Rosario Maldonado. 2020. *¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo*. Quito: Oficina de la OIT para los Países Andinos. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_749915.pdf

Casalí, Pablo, Fabián Vallejo, David Jaramillo, Ruth Lucio y Mario Velásquez. 2021. *Ecuador. Panorama de la protección social: gobernanza, cobertura y sostenibilidad*. Perú: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2007. Observación General N° 19 de 23 de noviembre de 2007.

Conferencia Internacional del Trabajo:

Declaración del Centenario de la Organización Internacional del Trabajo para el Futuro del Trabajo. 21 de junio de 2019.

Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre la justicia social para una globalización equitativa. 13 de junio de 2008.

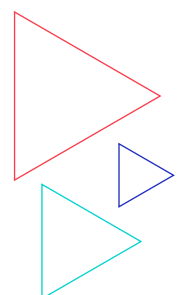
Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. 18 de junio de 1998.

Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia). 10 de mayo de 1944.

Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social. 14 de junio de 2012.

Recomendación núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal. 12 de junio de 2015.

Recomendación núm. 205 sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia. 16 de junio de 2017.





Congreso Nacional del Ecuador:

Ley N° 2001-55 "Ley de Seguridad Social". Suplemento del Registro Oficial N° 465 de 30 de noviembre de 2001.

Ley de Defensa del Artesano. Registro Oficial N° 71 de 23 de mayo de 1997.

Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional. Registro Oficial N° 707 de 1.º de junio de 1995.

Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Suplemento del Registro Oficial N° 995 de 7 de agosto de 1992.

Consejo Nacional para la Igualdad de Género. 2016. *Investigación "Economía del Cuidado, Trabajo Remunerado y No Remunerado". En base al análisis de los resultados de la Encuesta Específica de Uso del Tiempo 2012.* Quito: El Telégrafo EP. Disponible en <https://onedrive.live.com/?authkey=%21AM%5FW7laclJTguX0&cid=76F4C3AD47561FBF&id=76F4C3AD47561FBF%21317&parId=76F4C3AD47561FBF%21300&o=OneUp>.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 1 de 11 de agosto de 1998.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 800 de 27 de marzo de 1979.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 133 de 25 de mayo 1967.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 228 de 6 de marzo de 1945.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 138 de 26 de marzo de 1929.

Corte Constitucional del Ecuador:

Sentencia N° 1024-19-JP/21 de 1.º de septiembre de 2021.

Sentencia N° 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021.

Sentencia N° 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021.

Sentencia N° 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021.

Sentencia N° 105-10-JP/21 de 10 de marzo de 2021.

Sentencia N° 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020.

Sentencia N° 16-09-IN/20 de 28 de octubre de 2020.

Sentencia N° 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019.

Sentencia N° 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019.

Sentencia N° 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019.

Sentencia N° 002-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2018.

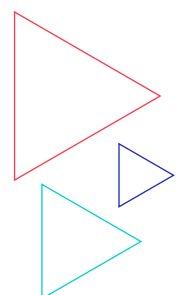
Sentencia N° 380-17-SEP-CC de 22 de noviembre de 2017.

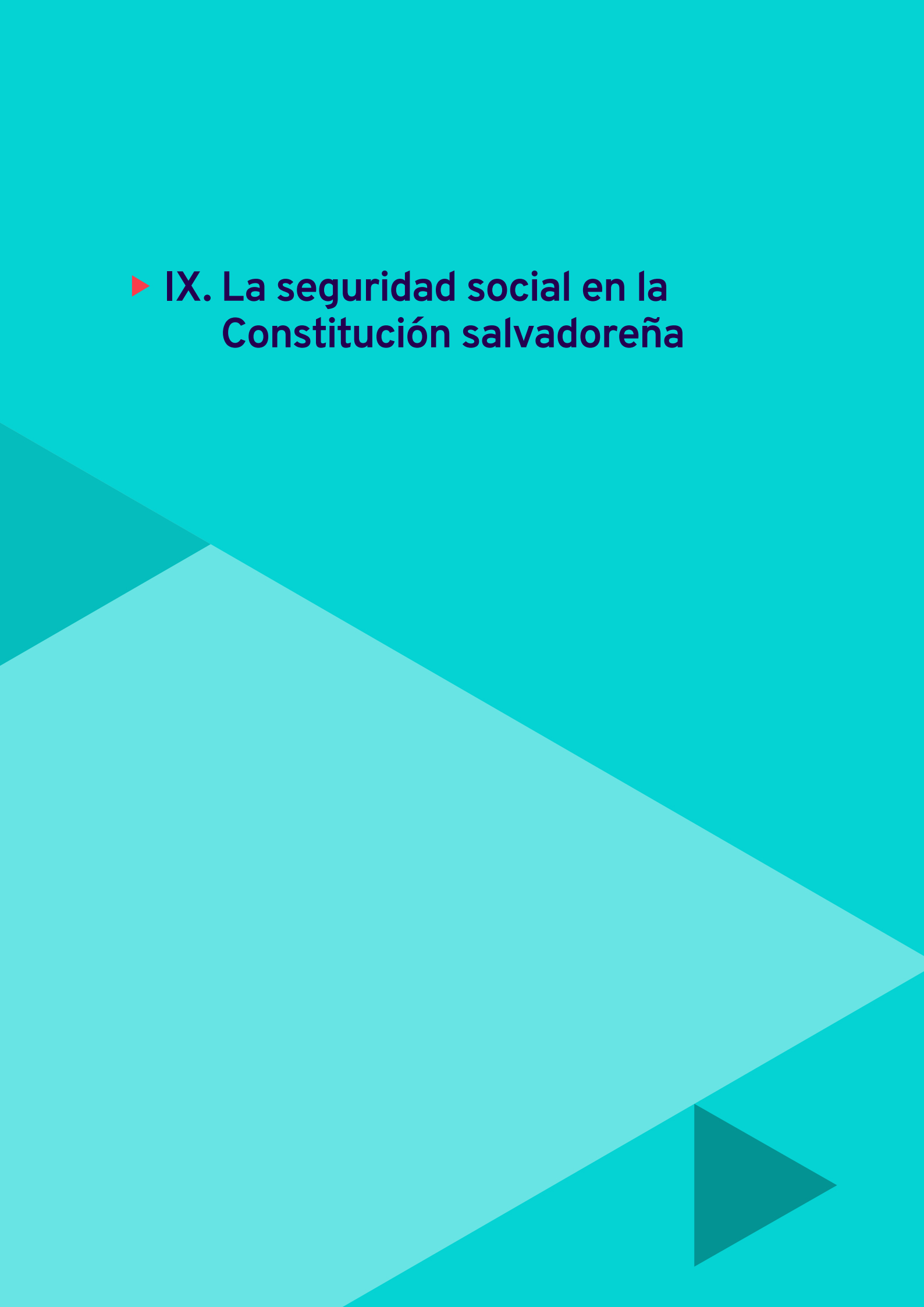
Sentencia N° 287-16-SEP-CC de 31 de agosto de 2016.

Sentencia N° 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016.

Dictamen N° 005-13-DTI-CC de 5 de marzo de 2013.

- González Ortega, Santiago *et al.* 2015. *La institucionalización normativa y funcional de los sistemas de seguridad social*. Quito: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social.
- IESS (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social). 2020. *Boletín estadístico N° 25*. Disponible en https://www.iesgob.ec/documents/10162/8421754/10_BOLETIN_ESTADISTICO_25_2020.
- OIT. 2020. *La pandemia COVID-19 y sus efectos en la sostenibilidad del Seguro de invalidez, vejez y muerte del IESS*. Ecuador: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, mayo de 2020. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_745271.pdf
- Oyarte Martínez, Rafael. 2019. *Derecho constitucional*. 3.ª edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Paz y Miño Cepeda, Juan. 2007. *La Asamblea Constituyente de 2007: Un nuevo ciclo histórico en Ecuador*. Quito: Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, noviembre de 2007.
- Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo N° 804 de 20 de junio de 2019. Suplemento del Registro Oficial N° 529 de 12 de julio de 2019.
- Real Academia Española 2001. *Diccionario de la lengua española*. 22.ª edición. Madrid: Espasa Calpe.
- Registro Interconectado de Programas Sociales (RIPS). Disponible en <https://rips.registrosocial.gob.ec/Rips-web/>
- Seco Martínez, José María. 2017. "De la igualdad formal a la igualdad material: cuestiones previas y problemas a revisar". *Derechos y Libertades*, N° 36, Época II, enero de 2017. DOI:10.14679/1037.
- Villacrés, Tatiana y Ana Cristina Mena. 2017. "Mecanismos de pago y gestión de recursos financieros para la consolidación del Sistema de Salud de Ecuador". *Revista Panamericana de Salud Pública*. Edición especial N° 41, mayo de 2017.





▶ **IX. La seguridad social en la
Constitución salvadoreña**



IX. La seguridad social en la Constitución salvadoreña

Ena Lilian Nuñez O'Brien¹

Resumen

La seguridad social en El Salvador tiene reconocimiento a nivel constitucional como un derecho de carácter social vinculado a las personas trabajadoras, bajo un esquema contributivo de financiamiento tripartito (empleadores, trabajadores y Estado) y de configuración legislativa en cuanto a su extensión, alcances y forma. La Sala de lo Constitucional ha desempeñado un papel preponderante asegurando que se respete y garantice la prestación efectiva por parte de las instituciones que brindan las prestaciones o beneficios en los esquemas que se regulan por la legislación secundaria –régimen de salud, riesgos profesionales y pensiones–. También ha puesto límites en la creación de leyes que chocan flagrantemente con las normas constitucionales, sobre todo con los otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, persisten algunos desafíos, entre los que se incluyen la baja cobertura efectiva de las prestaciones, problemas de sostenibilidad financiera, prestaciones insuficientes, entre otros; frente a lo cual una posible reforma se mantiene en el debate social y político.

1. Introducción

El presente artículo se estructura en cinco secciones. La primera esboza el contexto del país y de la Constitución actual, para luego abordar lo relativo al reconocimiento del derecho a la seguridad social en la Constitución y su evolución en el derecho positivo, así como su regulación en la legislación vigente, la forma en que se incorporan los tratados internacionales en el derecho interno y el estado de ratificaciones de instrumentos internacionales pertinentes a la seguridad social por parte del Estado salvadoreño. En la segunda sección, se analizan los conceptos de justicia social y de dignidad a partir de su reconocimiento en la Constitución y su relación con el concepto de seguridad social, para finalizar con un examen sobre la existencia de otros principios y derechos constitucionales conexos. En la sección tercera, se hace un abordaje sobre la justiciabilidad del derecho a la seguridad social en El Salvador, con énfasis en los mecanismos de protección que establece la Constitución ante la Sala de lo Constitucional como máximo órgano de control y protección de los derechos fundamentales, haciendo especial referencia a las líneas jurisprudenciales que han precisado el contenido esencial del derecho a la seguridad social y sus alcances, así como a algunos fallos de especial relevancia. Para finalizar, se presentan los principales desafíos y amenazas que afectan la realización del derecho a la seguridad social y las conclusiones.

¹ Consultora en Asuntos Laborales. Máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad de Castilla-La Mancha. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

2. Contexto constitucional y reconocimiento normativo de la seguridad social

El sistema jurídico y político de El Salvador se rige por la Constitución de la República, que data del año 1983. Es la decimotercera desde 1824, cuando dio inicio el periodo del constitucionalismo salvadoreño, que tuvo lugar desde la consolidación de El Salvador como un Estado unitario, esto es, luego de la disolución de la República Federal de Centroamérica. Fue resultado –entre otros– del proceso político que inició después del golpe de Estado de 1979, momento en el cual asumió las funciones ejecutiva y legislativa la Junta Revolucionaria de Gobierno, que convocó a una nueva Asamblea Constituyente que la promulgó. Vale señalar que la Constitución actual ha tenido dos momentos importantes: el de su creación original en 1983 y el de las reformas de 1991, producto de los Acuerdos de Paz –con la mediación de las Naciones Unidas– que pusieron fin a la guerra civil que aquejó al país durante más de una década. Con dicha reforma se introdujeron importantes cambios en el ámbito político, centrados en los siguientes temas: la Fuerza Armada y Policía, creación de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, el sistema electoral y el Órgano Judicial fortaleciendo su independencia, se creó la carrera judicial y se realizaron modificaciones en la selección de jueces y magistrados, entre otros.

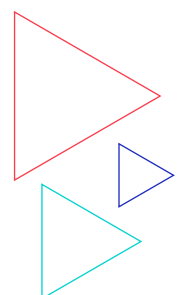
En cuanto al derecho a la seguridad social, este se encuentra reconocido en la Constitución vigente, principalmente en la sección segunda relativa a los derechos sociales denominada “Trabajo y Seguridad Social” comprendida entre los arts. 37 al 52, aunque, como se verá más adelante, este reconocimiento parece ser limitado e insuficiente. Al respecto, se cita a manera de introducción la principal disposición de la actual carta magna, que funge como punto de partida para el desarrollo normativo de dicho derecho. El art. 50, inc. 1º, establece que “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio y que corresponde al legislador regular sus alcances, extensión y forma”. En el inciso 2º dispone que “dicho servicio será prestado por una o varias instituciones, las que deberán guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos”. En el inciso 3º expresa que “al pago de la seguridad social contribuirán los patronos, los trabajadores y el Estado en la forma y cuantía que determine la ley”; y, en el último inciso establece que “El Estado y los patronos quedarán excluidos de las obligaciones que les imponen las leyes en favor de los trabajadores, en la medida en que sean cubiertas por el Seguro Social”.

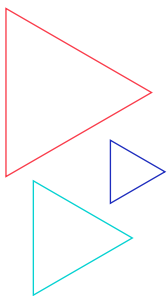
En tal virtud se puede sostener que el Estado salvadoreño concibe a la seguridad social como un derecho fundamental de carácter social, pero limitado al ámbito laboral por cuanto sus titulares son los trabajadores, los funcionarios públicos, los empleados públicos y municipales –arts. 50 y 220 CN–, aunque ciertas contingencias trasladan la titularidad a los familiares de dichos trabajadores, como en el caso de la pensión por viudez. Esto ha sido reafirmado por la jurisprudencia constitucional al señalar que “la seguridad social es un derecho de toda persona, como miembro de la sociedad; sin embargo, lo que ello significa es que se garantiza a todos los habitantes del territorio el acceso a las prestaciones de seguridad social, una vez cumplidas las condiciones establecidas en la ley”². El Tribunal Constitucional interpreta la limitación del acceso al derecho a la seguridad social por cuanto está sujeto a las condiciones que establece la ley, las cuales derivan de la afiliación y pago de cotizaciones al sistema y, de acuerdo con la normatividad vigente, los afiliados obligatorios son los trabajadores dependientes de un empleador. Si bien en los últimos años se ha extendido a los trabajadores independientes y trabajadores domésticos, se ha hecho bajo regímenes especiales y con carácter voluntario.

Adicionalmente, cabe aclarar que existen algunos programas de protección social no contributiva cuyos beneficiarios son adultos mayores³ y personas con discapacidad. Sin embargo, estos

2 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Procesos de inconstitucionalidad acumulados. Ref. 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005. Sentencia: 06-06-2008.

3 Ley de Desarrollo y Protección Social promulgada en 2014.





programas operan de forma independiente y sin ninguna conexión con el sistema de seguridad social, y son coordinados desde el Gobierno central.

Ahora bien, una vez hechas las acotaciones anteriores, a continuación, se presenta una breve descripción histórica de la evolución que ha tenido su regulación en el derecho positivo salvadoreño, hasta su consagración en la Constitución y su desarrollo legislativo.

2.1 Evolución del derecho a la seguridad social en la Constitución y legislación infraconstitucional

El reconocimiento del derecho a la seguridad social en el ordenamiento jurídico salvadoreño ha sido gradual y de manera fragmentada, y se fue ampliando en el transcurso del tiempo tanto en cuanto a los sujetos protegidos como al tipo de contingencias cubiertas. Originalmente, se dio mediante diversas leyes destinadas a beneficiar a determinados grupos de trabajadores ⁴; sin embargo, su mención a nivel constitucional fue en 1945, mediante una enmienda a la Constitución de 1886 –también llamada Constitución de 1945– cuando se incorporó un mandato dirigido al legislador a fin de “establecer el Seguro Social obligatorio, con el concurso del Estado, los patronos y los trabajadores” (art. 157). Sin embargo, no fue sino en la Constitución de 1950 que se consagró de manera expresa y directa **la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio** y de configuración legislativa; es decir que el legislador regularía sus alcances, extensión y forma (art. 187). Nótese que en la Constitución de 1950 ya no se hace referencia a “seguro social” sino a “seguridad social”. Cabe destacar que fue la Constitución de 1950 la primera que incorporó un capítulo específico relativo a los “derechos sociales”, entre los cuales reconoció la seguridad social, además de los derechos relativos a la familia, el trabajo, la salud pública y la cultura. Esta disposición se trasladó casi de forma exacta a la Constitución de 1962 y a la actual Constitución vigente desde 1983.

Entonces, producto del mandato que se dio al legislador en la Constitución en 1945, en el año 1949 ⁵ se aprobó la **Ley del Seguro Social**, que dio vida al **Instituto Salvadoreño del Seguro Social** (ISSS), entidad que años después sería responsable de administrar el régimen de salud, el de riesgos profesionales y el de pensiones de los trabajadores del sector privado. Dicha ley fue sustituida en 1953 por la actual Ley del Seguro Social. Dicha normativa estableció que la cobertura de la seguridad social se brindaría de forma gradual y sería aplicable originalmente a los trabajadores en relación de dependencia de un patrono y oportunamente se ampliaría a los trabajadores que no tuvieran dicha relación de dependencia ⁶.

Asimismo, después de la adopción de la Ley del Seguro Social, se dio paso a la aprobación de otras leyes especiales para brindar protección a distintos grupos de trabajadores, incluyendo a empleados públicos, docentes y militares principalmente, bajo regímenes especiales y bajo la administración de otras instituciones públicas y de carácter autónomo distintas e independientes al ISSS.

En cuanto a las pensiones, el sistema nació en 1969 con el régimen contributivo de invalidez, vejez y muerte (IVM) de los trabajadores del sector privado, bajo la gestión del ISSS ⁷. Posteriormente, se creó el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos (INPEP) para los empleados

4 Entre estas leyes pueden mencionarse: la Ley N° 3 de 1823 que contenía la orden de la Asamblea Nacional Constituyente sobre la jubilación para empleados civiles y de hacienda, la Ley de jubilaciones de empleados civiles (1893), la Ley de Accidentes de Trabajo (1911), la Ley de Protección de los Empleados de Comercio (1927), la Ley de Pensiones y Jubilaciones Civiles (1930) y la Ley de Pensiones y Montepíos Militares (1931).

5 Decretada el 28 de septiembre de 1949 por el Consejo de Gobierno Revolucionario, publicada en el Diario Oficial del 30 del mismo mes y año.

6 Art. 2 de la Ley del Seguro Social.

7 Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte. Decreto Ejecutivo N° 117, de fecha 25 de septiembre de 1968, publicado en el D.O. N° 240, tomo 221, del 20 de diciembre de 1968.

del sector público de la rama administrativa, con un programa de pensiones que cubría los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que en 1978 incorporó a los docentes. Ahora bien, en 1981 se creó el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada (IPSFA) para administrar las pensiones de retiro, invalidez y sobrevivencia de los militares (Mesa-Lago y Rivera 2020, 13). Resulta entonces que el Sistema de Pensiones Público (SPP) quedó integrado por tres instancias: el ISSS, el INPEP y el IPSFA (Schwarzer 2020 *et al.*, 11).

A lo largo de los años se evidenciaron distintos problemas e importantes desafíos en materia de sostenibilidad financiera-actuarial, relacionados, entre otros, con la desconexión entre aportes y prestaciones, el envejecimiento poblacional y el alto nivel de informalidad del mercado de trabajo –que significaba un bajo nivel de cobertura–. A raíz de ello, se discutieron diversas reformas: a) una reforma paramétrica, b) el establecimiento de un sistema mixto, con una coexistencia entre el SPP y un sistema de capitalización individual, y c) una reforma sustitutiva para implementar un sistema de capitalización individual (Rivera *et al.* 2020). En este contexto, y siguiendo la tendencia de otros países de la región y con el aliento del Banco Mundial que recomendó el modelo chileno (Mesa-Lago 2021, 21), se aprobó una reforma estructural del sistema. En consecuencia, el sistema –administrado por el ISSS y el INPEP, el primero para los trabajadores del sector privado y el segundo para los empleados públicos– fue reemplazado al entrar en vigencia la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (Ley SAP) en 1998, mediante la cual se creó el nuevo sistema basado en capitalización individual, de contribución definida, gestionado por instituciones privadas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)⁸. Valga mencionar que la reforma fue únicamente a nivel de la ley secundaria, pues no se hizo ningún tipo de reforma a nivel constitucional. Entonces, con la entrada en vigencia del SAP, se cerró el antiguo sistema de reparto en sus distintos regímenes –a excepción del administrado por el IPSFA– a nuevos cotizantes, manteniéndose la administración de dicho sistema –SPP– únicamente hasta que se pensione el último afiliado⁹.

Dicho lo anterior, y luego de este breve recorrido histórico sobre la evolución de la regulación del derecho a la seguridad social en El Salvador, el próximo apartado abordará la normatividad que actualmente rige en el sistema de seguridad social en su integralidad. Esto incluye las siete ramas que conforman el sistema salvadoreño: a) atención médica, b) enfermedad y accidente común, c) enfermedad profesional y accidente de trabajo, d) maternidad, e) pensiones por vejez, f) pensiones por invalidez y g) pensiones de sobrevivencia.

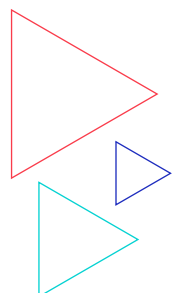
2.2 La seguridad social en la legislación vigente

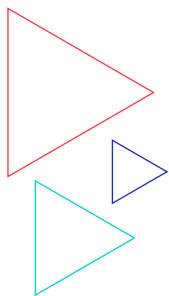
2.2.1 Normativa aplicable a las prestaciones contributivas

Actualmente, la seguridad social se encuentra regulada en distintos cuerpos normativos: a) Ley del Seguro Social y sus Reglamentos, que gestiona los Regímenes de Salud y de Riesgos Laborales principalmente, y el Sistema de Pensiones Público (SPP) –en extinción–; b) Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP), que creó el actual Régimen de Pensiones de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia; c) Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial (ISBM), que gestiona el Régimen de Salud y Riesgos Laborales de los docentes del sector público, y, finalmente d) la Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, que gestiona el Régimen de Pensiones de los miembros de la Fuerza Armada.

8 Decreto Legislativo N° 927. Promulgada el 23 de diciembre de 1996. Publicada en el Diario Oficial N° 243, tomo N° 333, del 23 de diciembre de 1996.

9 En dicho sistema –en transición– quedaron cubiertos: a) las personas que a la fecha de la entrada en vigencia del SAP tenían 50 años o más (las mujeres) y 55 años o más (los hombres); b) las mujeres entre 36 años y menos de 50 años y los hombres entre 36 años y 55 años que optaron/decidieron voluntariamente quedarse en el sistema público.





Los esquemas de seguridad social desarrollados en El Salvador a partir de los beneficios ofrecidos proporcionan cobertura a siete de las nueve ramas que comprende la seguridad social ¹⁰. En específico, se ofrecen beneficios en las áreas de: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivencia. En ese sentido, no se encuentra vigente en El Salvador la cobertura de las prestaciones familiares y de prestaciones por desempleo. Al respecto, vale la pena mencionar que, según un estudio realizado en el año 2020 por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre la compatibilidad de la legislación salvadoreña en esta materia a la luz de las normas mínimas contenidas en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), se concluyó que de las siete ramas señaladas solo cuatro de ellas –asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad y accidente común, prestaciones monetarias por accidente y enfermedad profesional y prestaciones por maternidad– se ajustan en general a los estándares mínimos internacionales requeridos por el referido Convenio. No así las prestaciones de vejez, invalidez y de sobrevivencia, principalmente, porque, dada su naturaleza, al consistir en un sistema de capitalización de cuentas individuales y prestaciones no definidas, es difícil aplicar los principios de gestión participativa, solidaridad, financiación colectiva y previsibilidad de las prestaciones resguardados por el Convenio (OIT 2020).

Asimismo, bajo la esfera contributiva se han desarrollado distintos esquemas, como ya se ha subrayado, siendo los dos más importantes, en cuanto al alcance de su cobertura e impacto en las finanzas públicas, el sistema de salud contributivo y el sistema de pensiones (Rivera y Cisneros 2019, 9). En el régimen de salud contributivo se encuentra el régimen general de salud y el régimen de riesgos profesionales administrado por el ISSS, y proporciona cobertura de: asistencia médica, prestaciones de enfermedad, prestaciones de maternidad y prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En materia de pensiones, el ISSS gestiona el Sistema de Pensiones Público, que da cobertura a los trabajadores del sector privado, sistema derogado por la Ley SAP y en etapa de extinción.

En cuanto al ámbito de aplicación, el régimen del seguro social se aplica obligatoriamente, desde su implementación, a todos los trabajadores en relación de dependencia, y así lo dispone el art. 3 de la Ley del Seguro Social; no obstante, esa misma disposición establece la posibilidad de ampliar “oportunamente” la cobertura a favor de otros trabajadores que no dependan de un patrono ¹¹. Con esto se contempla la “gradualidad” y “progresividad” en la implementación del régimen de forma que actualmente la cobertura se ha ampliado –bajo regímenes especiales y con carácter voluntario– a los trabajadores independientes o por cuenta propia ¹², trabajadores domésticos ¹³ y salvadoreños en el exterior ¹⁴. Cabe señalar que, en la práctica, la ampliación de cobertura a estos grupos de trabajadores no se ha reflejado en un incremento de afiliados de forma sustancial ¹⁵. Esto puede deberse a una variedad de factores, como, por ejemplo, que su

10 Convenio núm. 102 de la OIT sobre la seguridad social.

11 Art. 3 de la Ley del Seguro Social: “El Régimen del Seguro social obligatorio se aplicará originalmente a todos los trabajadores que dependan de un patrono, sea cual fuere el tipo de relación laboral que los vincule y la forma en que se haya establecido la remuneración. Podrá ampliarse oportunamente a favor de las clases de trabajadores que no dependen de un patrono (...)”.

12 Reglamento de Aplicación del Régimen Especial de Salud del Seguro Social para las Personas Trabajadoras Independientes y sus Beneficiarios. Decreto Ejecutivo N° 13. Publicado en el Diario Oficial N° 55, tomo N° 418 del 20 de marzo del 2018.

13 Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen Especial de Salud y Maternidad para los Trabajadores del Servicio Doméstico. Decreto Ejecutivo N° 74. Publicado en el Diario Oficial N° 101, tomo 387 del 1.º de junio de 2010.

14 Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen Especial de Salud por Riesgos Comunes y de Maternidad para los Salvadoreños Residentes en el Exterior y sus Beneficiarios. Decreto Ejecutivo N° 38. Publicado en el Diario Oficial N° 184, tomo N° 417 del 4 de octubre de 2017.

15 Según la Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples del año 2020 (DIGESTYC-Ministerio de Economía), había 119 533 personas trabajadoras en el servicio doméstico –4,4 por ciento de la población ocupada–, de

afiliación no es de carácter obligatoria, a las limitaciones en cuanto a contingencias cubiertas y, en general, a la baja capacidad contributiva y precariedad de ingresos de estos grupos de trabajadores. En el caso de los trabajadores del servicio doméstico, el régimen contiene varias deficiencias, por ejemplo: no da cobertura a los cónyuges o sus parejas como beneficiarios (únicamente a los hijos); fija un límite de edad para inscribirse en este –59 años–, lo cual indica que tienen un régimen de enfermedad y salud diferenciado y menos favorable que el resto de trabajadores; el porcentaje de cotización es el mismo que para cualquier trabajador de otros sectores (3 por ciento)–, y no cuentan con cobertura en materia de pensiones bajo el SAP. Todo esto denota la insuficiencia del referido régimen, al que actualmente cotizan el 1,5 por ciento del total de trabajadores en esta categoría. En el caso de los trabajadores independientes y salvadoreños en el exterior, la cuota de cotización debe ser cubierta en forma completa por el asegurado, lo cual desmotiva su incorporación al sistema. Adicionalmente, debe señalarse que los trabajadores agrícolas se encuentran por fuera del campo de aplicación del sistema.

Un paso importante en la extensión de la cobertura del régimen de salud fue la aprobación –en 2019, vía legislativa– de la cobertura de la asistencia médica a beneficiarios dependientes de entre 12 y 18 años ¹⁶, pues hasta entonces solo se brindaba atención médica a los hijos de los afiliados hasta los 12 años de edad. Con esta reforma la legislación dio un paso positivo hacia el cumplimiento de la normativa internacional.

El régimen general de salud y el de riesgos profesionales del seguro social –administrados por el ISSS– coexisten con dos regímenes especiales que dan cobertura a los **docentes del sector público** y a los **miembros de la Fuerza Armada**. Los primeros, bajo la **Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial** –vigente desde 2007–, que a su vez creó dicha entidad con carácter autónomo y recursos propios para administrar ese régimen; y los segundos, bajo el denominado sistema de **Sanidad Militar**, mediante el cual se brinda atención médica y hospitalaria, tanto en caso de enfermedad como de maternidad, al personal administrativo y militar de la Fuerza Armada ¹⁷ y sus dependientes ¹⁸.

Además, tal como se ha mencionado anteriormente, existe el Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP), regido por la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, que es de capitalización individual, basado en cuentas individuales de ahorro y bajo administración privada (AFP) (Rivera *et al.* 2020, 45). Junto al SAP, coexisten el régimen especial de pensiones regulado en la Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada (LIPSFA), que es un sistema público de reparto y brinda cobertura a los miembros de la Fuerza Armada, y el régimen en extinción administrado por el ISSS y el INPEP.

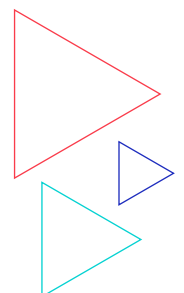
Un dato relevante es que en el año 2017 el SAP tuvo una importante reforma con ajustes al diseño original debido al desempeño del sistema y al impacto en las finanzas públicas dado el alto costo de transición del SPP al SAP, que lo afectó. Dicha reforma mantuvo algunos elementos del diseño original, como el esquema de ahorro en cuentas individuales, la administración en manos de entidades privadas –aunque siempre bajo la regulación y supervisión del Estado–, las edades de retiro y el tiempo mínimo de cotización para recibir una pensión por vejez, entre otros. Pero también incorporó cambios, como la Cuenta de Garantía Solidaria, el incremento de la tasa de cotización (del 13 por ciento al 15 por ciento), la incorporación de nuevas modalidades

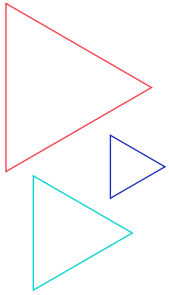
las cuales, según datos del ISSS (Informe de Coyuntura de octubre del 2021), solo 1 846 trabajadores eran cotizantes. Asimismo, solo 3 652 trabajadores independientes cotizaban, de un total de 806 851 –29,69 por ciento de la población ocupada total del país–, lo que representa un 0,45 por ciento del total de trabajadores independientes; y, según dicho informe, solo 66 salvadoreños residentes en el exterior cotizaban al ISSS.

16 Decreto Legislativo N° 262, D.O. N° 51, tomo N° 422 del 14 de marzo de 2019, vigente desde marzo de 2020.

17 El art. 112 de la Ley de la Carrera Militar y el art. 58 del Reglamento de Trabajo del Personal Administrativo de la Fuerza Armada establecen que la seguridad social para los miembros de la Fuerza Armada será brindada por el Hospital Militar Central.

18 Art. 57 del Reglamento del Hospital Militar Central: relaciona como beneficiarios a los cónyuges, convivientes, hijos y, en algunos casos especiales, a los padres del derechohabiente.





de beneficio para quienes no logran la cantidad de cotizaciones mínimas y modificaciones en el modelo de supervisión y regulación del sistema, entre otros. Sin embargo, a pesar de tales ajustes, aún persisten limitaciones para cumplir con la normativa internacional en materia de seguridad social (Rivera *et al.* 2020).

Con la reforma al SAP realizada en 2017 se produjo la profundización del régimen de capitalización individual. Así, según un estudio realizado por FUNDAUNGO y la OIT en 2020:

-
- las modificaciones realizadas no representan un abordaje completo de las problemáticas más apremiantes que posee el sistema de pensiones salvadoreño, y solo representan una solución parcial, por lo que existen desafíos de distintas índoles y trayectorias, algunos estructurales y vinculados al mercado laboral (...); y otros que se originaron con la privatización del Sistema de Pensiones y reformas posteriores, que agravaron las presiones fiscales en el corto plazo y profundización e inequidades entre grupos –de beneficiarios– en el Sistema (Rivera *et al.* 2020, 93).
-

En la actualidad, el SAP continúa presentando serias deficiencias en cuanto a la cobertura y bajas prestaciones, lo que ha generado una serie de críticas y propuestas para reformarlo y fortalecer la protección proporcionada por el sistema de seguridad social desde una perspectiva integral. La OIT, por ejemplo, ha señalado que un reto fundamental es la necesidad de expandir el esquema no contributivo para brindar cobertura a quienes no pueden acceder al sistema a lo largo de su vida laboral. Esto implica una discusión sobre la ejecución de una reforma fiscal de modo de incrementar la progresividad del régimen tributario que permita recolectar recursos para poder asumir las prestaciones que un esquema no contributivo debe brindar (Rivera *et al.* 2020, 96).

Un aspecto importante para señalar es que, mediante la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero –de 2011–, se creó un mecanismo de supervisión a cargo del Estado, a través del Banco Central de Reserva y de la Superintendencia del Sistema Financiero. A estas entidades corresponde la supervisión tanto del Sistema de Pensiones Público –en transición– como del Sistema de Ahorro para Pensiones vigente desde 1998; el régimen especial de pensiones bajo la gestión del IPSFA; y, además, el régimen de riesgos profesionales a cargo del ISSS ¹⁹.

2.2.2 Normativa aplicable a las prestaciones no contributivas

En este apartado se tratará de forma breve la regulación actual del esquema no contributivo que favorece con prestaciones a personas en condición de vulnerabilidad. En ese orden, existe el denominado Subsistema de Protección Social Universal, fundamentado en la Ley de Desarrollo y Protección Social aprobada en el año 2014. Este subsistema está conformado por una serie de programas sociales que dan cobertura a las personas en condición de pobreza, exclusión social o vulnerabilidad, entre los cuales está la Pensión Básica Universal para personas mayores de 70 años, o con discapacidad, que no hayan cotizado o no cumplan con los requisitos establecidos en los regímenes contributivos y vivan en los municipios más pobres y en las zonas rurales.

Adicionalmente, bajo leyes especiales, se han aprobado prestaciones en salud y pensiones cuyos beneficiarios son grupos vulnerables específicos, tales como: a) personas con discapacidad, a quienes se les brinda atención especializada en rehabilitación integral con base en la Ley de Creación del Instituto Salvadoreño de Rehabilitación Integral; b) personas lisiadas y discapacitadas a consecuencia del conflicto armado reciben servicios médicos y de rehabilitación, asignaciones económicas, prestaciones únicas y pensiones periódicas conforme a la Ley del Fondo de Protección de Lisiados y Discapacitados a consecuencia del Conflicto Armado; y c) los

¹⁹ Arts. 6 y 7, literales d), k) y m), de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

veteranos de la Fuerza Armada y excombatientes del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, quienes tienen derecho a pensión e indemnización, atención médica preferencial, prestaciones económicas para gastos funerarios, entre otros, con base en la “Ley Especial para Regular los Beneficios y Prestaciones Sociales de los Veteranos Militares de la Fuerza Armada y Excombatientes del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional que participaron en el Conflicto Armado Interno de El Salvador del primero de enero de 1980 al dieciséis de enero de 1992”.

Ahora bien, al ser la seguridad social un derecho fundamental con cobertura y desarrollo en el ámbito del derecho internacional, en la siguiente sección se abordará la forma en que los tratados internacionales se incorporan en el ordenamiento jurídico salvadoreño, su rango jerárquico y sus efectos. Así, se identificará la situación del Salvador en cuanto a la ratificación de los principales tratados internacionales en la materia y particularmente de los convenios de la OIT sobre el derecho a la seguridad social.

2.3 Los tratados internacionales: su incorporación en el ordenamiento jurídico salvadoreño y sus efectos en la materialización de los derechos constitucionales

En el sistema jurídico salvadoreño, las normas de derecho internacional ingresan de forma directa luego de ser ratificados los instrumentos que las contienen y que entren en vigencia. Esto lo consagra el artículo 144 de la Constitución ²⁰, es decir que no se requiere ningún acto legislativo posterior, por lo que rige la teoría denominada “monista”. El efecto que la Constitución les otorga a los tratados internacionales, una vez ratificados y que entren en vigencia, es el de **leyes de la República de obligatorio cumplimiento**, es decir que tienen fuerza vinculante y normativa y deben ser aplicados por los tribunales cuando corresponda. En cuanto a su jerarquía, les reconoce rango infraconstitucional y de supralegalidad, es decir que están debajo de la Constitución, pero arriba de la legislación secundaria, por cuanto establece que lo acordado en un tratado no podrá ser modificado o derogado por la ley y que, ante un conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado (art. 144, inciso 2).

El Salvador ha ratificado diversos tratados internacionales de derechos humanos que reconocen –entre otros– el derecho a la seguridad social y establecen obligaciones a los Estados para garantizar su cumplimiento. Entre ellos, se citan los siguientes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos ²¹ (art. 22); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ²² (art. 9); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ²³ (art. 11.1.e); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ²⁴ (art. 5º e. iv.); la Convención sobre los Derechos del Niño ²⁵ (art. 26); la Convención Americana sobre Derechos Humanos ²⁶ (art. 26); el Protocolo de San Salvador ²⁷ (art. 9); la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales ²⁸ (arts. 24, 28 y 35); el

20 El art. 144 CN establece: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

21 El Salvador fue firmante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948.

22 Ratificado por El Salvador mediante Decreto Legislativo N° 27, del 23 de noviembre de 1979.

23 Ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo N° 705, del 2 de junio de 1981.

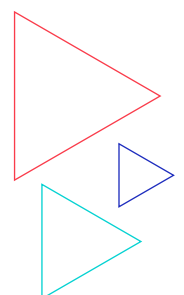
24 Ratificado por El Salvador mediante Decreto Legislativo N° 27, del 23 de noviembre de 1979.

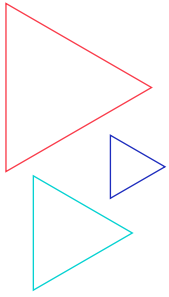
25 Ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo N° 487, del 27 de abril de 1990.

26 Ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo N° 05, del 15 de junio de 1978.

27 Ratificado por El Salvador mediante Decreto Legislativo N° 320, del 30 de marzo de 1995.

28 No requiere ratificación.





Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social²⁹; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951³⁰ y su Protocolo de 1967; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954³¹; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³²; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares³³.

Ahora bien, en materia de seguridad social específicamente, cabe señalar que El Salvador, a pesar de ser miembro de la OIT desde 1919, únicamente ha ratificado uno de los ocho Convenios al día en materia de seguridad social³⁴. Concretamente, el 7 de junio de 2022, el Gobierno de El Salvador ratificó el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102).

A fin de analizar más a fondo el contenido y alcance del derecho a la seguridad social a partir de su reconocimiento en la Constitución salvadoreña, en el siguiente apartado se hará una referencia a los conceptos de justicia social y de dignidad humana y su relación con la seguridad social a la luz de las disposiciones de la Constitución.

3. La justicia social y la dignidad humana: su relación con el derecho a la seguridad social en la Constitución salvadoreña

3.1 Concepto de justicia social y de dignidad y su relación con la seguridad social

En primer lugar, debe señalarse que los tres conceptos de justicia social, dignidad y seguridad social aparecen por primera vez en la Constitución de 1950. Y es que dicha Constitución fue la primera que incluyó el reconocimiento expreso a un catálogo de “derechos sociales”, como el derecho al trabajo y la seguridad social. Asimismo, reestructuró el régimen económico supeditándolo al concepto de justicia social, cuya determinación, por otra parte, se cifra en asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano, todo ello bajo la orientación del llamado “constitucionalismo social” de la época; sin embargo, ha sido en la Constitución actual donde tales conceptos tienen un mayor alcance, tal como se expondrá adelante.

Como se afirmó al inicio de este artículo, la Constitución actual hace un reconocimiento expreso de la seguridad social en el art. 50, que al efecto dispone que **la seguridad social constituye un servicio público, de carácter obligatorio**, y establece la financiación colectiva al disponer que a este deberán contribuir los patronos, los trabajadores y el Estado. Asimismo, el referido artículo establece que los alcances, extensión y forma de este servicio serán regulados en la ley secundaria, es decir que la Constitución se limita a reconocer este derecho, pero deja al legislador su configuración legal. Asimismo, dispone que el Estado y los patronos quedarán excluidos de las obligaciones que les imponen las leyes en la medida que sean cubiertas por el seguro social, lo que significa que, dado que en principio es el empleador –privado o público (Estado)– el responsable frente al trabajador, al afiliarlo al sistema de la seguridad social en los distintos regímenes, es dicho sistema el que tiene la responsabilidad directa frente al

29 Ratificado por El Salvador por Decreto Legislativo N° 633, del 29 de mayo de 2008.

30 Ratificado por El Salvador por Decreto Legislativo N° 167, del 22 de febrero de 1983.

31 Ratificado por El Salvador por Decreto Legislativo N° 818, del 9 de octubre de 2014.

32 Ratificado por El Salvador por Decreto Legislativo N° 610, del 15 de noviembre de 2001.

33 Ratificado por El Salvador por Decreto Legislativo N° 1164, del 19 de febrero de 2003.

34 Convenios de la OIT núms. 102, 118, 121, 128, 130, 157, 168 y 183.

trabajador al ocurrir las contingencias cubiertas. En ese caso, el empleador –ya sea el Estado como empleador o el empleador privado– queda liberado, y únicamente responderá frente a lo que dicho sistema no cubra. La responsabilidad general del Estado como garante del sistema es distinta y no se excluye, sino que persiste. Si, por otra parte, el empleador –privado o público– no cumple con su obligación de incorporar al trabajador en el sistema y hacer las cotizaciones que le corresponden, deberá responder directamente al trabajador al ocurrir una contingencia.

Cabe mencionar que la jurisprudencia ha desempeñado un papel fundamental al precisar y delimitar el contenido esencial del derecho a la seguridad social y sus alcances, realizando una labor interpretativa integradora en la cual los valores y principios constitucionales han sido determinantes. Y es que, ciertamente, todo ordenamiento jurídico refleja un conjunto de valores y principios que configuran un marco referencial que marcan las pautas de convivencia de un Estado y determinan los alcances de los derechos fundamentales de manera especial. En el caso de El Salvador, existe en la Constitución un reconocimiento expreso tanto a la dignidad humana –valor– como a la justicia social –entre otros principios– como núcleos esenciales de la normativa constitucional y del resto de normas jurídicas.

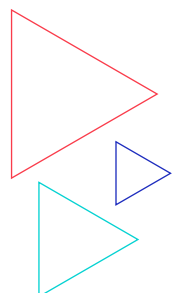
La dignidad humana supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos, que justamente tiende a explicar de forma más concreta la realización de la persona dentro de una sociedad (Anaya *et al.* 2000, 117). En su artículo 1, la Constitución consagra expresamente que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común (...). En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.

Asimismo, cabe señalar que, además de estar consagrada como principio configurador de las disposiciones e interpretaciones constitucionales (art. 1 CN), la justicia social se incorpora en forma específica en su proyección, dentro del derecho al trabajo y la seguridad social, en el art. 52 en cuanto a la posibilidad del reconocimiento de derechos y beneficios a favor de los trabajadores con carácter irrenunciable, derivados del principio de justicia social. Este principio también se establece en el art. 101, inciso 1º, CN, en el que se dispone que el orden económico debe responder esencialmente a los principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional –Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia– ha sido contundente en reconocer expresamente a la seguridad social como un *derecho fundamental –de índole social–*, que constituye, al igual que los derechos individuales, facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes. También ha señalado que, además de su carácter fundamental, constituye un principio informador o de carácter estructural del ordenamiento jurídico, y que el Estado tiene un rol activo y una participación protagónica, pues es el que debe garantizar la efectiva observancia de tales derechos y al que le compete la creación de las condiciones necesarias para su disfrute ³⁵. Asimismo, el referido Tribunal Constitucional ha determinado mediante su jurisprudencia los siguientes elementos sobre la seguridad social a la luz de la Constitución: a) su fundamento, b) el concepto y c) su naturaleza jurídica; y en ese marco se destaca la incidencia o relación de la justicia social y la dignidad como fundamento y finalidad del derecho a la seguridad social ³⁶.

35 Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad por omisión Ref. 8-2015/16-2015/89-2016. Sentencia: 10-11-2017.

36 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: Proceso de amparo Ref. 259-2007. Sentencia: 06-06-2008.





3.2 Ámbito de aplicación personal y alcance del derecho a la seguridad social

De acuerdo a la norma constitucional, los sujetos protegidos por la seguridad social son los trabajadores –y sus familiares– del sector público (incluye el sector municipal) y los trabajadores del sector privado. Esto se desprende de lo dispuesto en el art. 50, inc. 3º, en relación con el art. 38, numeral 3º, y el art. 220 –los cuales se citan a continuación–, y de la jurisprudencia constitucional³⁷:

-
- Art. 50, inc. 3º: “Al pago de la seguridad social contribuirán los patronos, los trabajadores y el Estado en la forma y cuantía que determine la ley”.

Art. 38, numeral 3º: “El salario y las prestaciones sociales en la cuantía que determine la ley son inembargables y no se pueden compensar ni retener, salvo por obligaciones alimenticias. También pueden retenerse por obligaciones de seguridad social (...)”.

Art. 220: “Una ley especial regulará lo pertinente al retiro de los funcionarios y empleados públicos y municipales (...)”.

En este punto es importante aclarar que, si bien se trata de un derecho fundamental, es un derecho de carácter social limitado al ámbito laboral, tanto en el sector público como privado. Este aspecto ha sido aclarado por la jurisprudencia constitucional, y la Sala ha señalado en reiteradas ocasiones que el titular es la persona trabajadora afiliada al sistema de seguridad social. En particular respecto a las pensiones, ha sostenido que “(...) el derecho de acceso a jubilación o retiro como integrante del sistema de seguridad social, no se tiene por el simple hecho de ser persona humana, como sí sucede con los derechos civiles y políticos; para ser titular de los derechos sociales es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos”³⁸.

En el mismo orden, la Sala afirmó en otra sentencia lo siguiente:

-
- (i) En cuanto a los sujetos protegidos, es claro que los efectos que la seguridad social proyecta en su esfera jurídica constituyen una categoría de naturaleza compleja, pues tanto constituye un derecho como una obligación; es decir, los sujetos protegidos no pueden decidir de manera potestativa si se integran o no al sistema de seguridad social, sino que, para una mejor protección de sus intereses, del texto constitucional se infiere que deben integrarse, e incluso, el salario puede retenerse por obligaciones de seguridad social, tal como lo prescribe el art. 38 ord. 3º Cn. Cabe hacer la aclaración que –en este supuesto– al utilizar la expresión “sujetos protegidos”, esta Sala se está refiriendo a los trabajadores cotizantes del Seguro Social³⁹.
-

Finalmente, en cuanto al régimen previsional, el mismo Tribunal ha dicho de forma expresa, en una sentencia más reciente (de 2017), que los sujetos protegidos son los trabajadores del sector

37 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo Ref. 503-2011. Sentencia: 06-11-2013. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Procesos de inconstitucionalidad acumulados Ref. 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005. Sentencia: 06-06-2008.

38 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Amparo Ref. 488-2004. Sentencia: 14/08/2007.

39 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Amparos acumulados Ref. 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005. Sentencia: 06/06/2008.

público y privado⁴⁰. Con ello no queda duda de que el alcance del derecho a la seguridad social en El Salvador tiene un rango de aplicación limitado a los trabajadores.

Así también, existen otros aspectos que han sido abordados por la jurisprudencia constitucional respecto al derecho a la seguridad social, que han delimitado los elementos que lo definen y sus alcances, tales como: su definición, su naturaleza o elementos en que se fundamenta, los límites que la Constitución impone al legislador en su configuración legal, su carácter irrenunciable y como servicio público, y los elementos que integran a este último.

De manera más concreta se señalan de forma breve los aspectos más relevantes que configuran el derecho a la seguridad social según la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en distintos fallos a lo largo del tiempo⁴¹: a) la seguridad social constituye un deber de protección por parte del Estado –es un servicio público de carácter obligatorio–; b) es un derecho de naturaleza social e irrenunciable al que se es titular no por el hecho de ser persona sino luego de acreditar el cumplimiento de los requisitos legales; es decir, ser trabajador y cotizante al sistema –contributivo–, además de otros requisitos; c) se configura por tres elementos: 1. tiene su fundamento en la dignidad humana; 2. la ocurrencia de los riesgos, contingencias o necesidades socioeconómicas; y 3. las medidas protectoras de carácter social –responden a una necesidad general o pública– para atenderlas; y, d) corresponde al legislador regularlo a través de las leyes –alcances, extensión y forma– respetando los principios constitucionales.

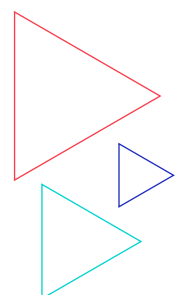
Aunado a lo anterior, debe señalarse que la Constitución contiene otras disposiciones relacionadas con la seguridad social, particularmente establece el derecho a la seguridad social de los aprendices (art. 40, inc. 3º), de los trabajadores agrícolas –aún no incluidos en el régimen de seguridad social– y domésticos (art. 45). También reconoce el servicio de inspección en materia de seguridad social por parte del Estado en los lugares de trabajo (art. 44), el cual está regulado en la legislación secundaria y se realiza por el ISSS y por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con el propósito de asegurar que los empleadores inscriban a los trabajadores al sistema de seguridad social y reporten las cotizaciones a las instituciones respectivas. Asimismo, vale la pena destacar el contenido del art. 42, que reconoce en el 1º inciso el derecho de la mujer trabajadora al descanso antes y después del parto, y en el 2º inciso establece la obligación de los empleadores de instalar y mantener lugares para el cuidado de los hijos de los trabajadores. Finalmente, debe mencionarse una disposición relacionada con los servidores públicos, pues la Constitución regula en el art. 220 lo relativo a su retiro y se establecen como parámetros para fijar los porcentajes de la pensión por jubilación los años de servicio y los salarios devengados, delegando la regulación al legislador.

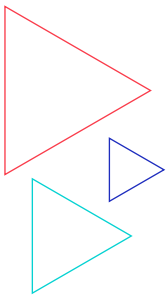
De igual manera, existen otros principios reconocidos en la carta magna que se vinculan indirectamente con el derecho a la seguridad social, tal es el caso del principio de igualdad (no discriminación) y del principio protector (*pro homine*). Estos principios han sido analizados por la jurisprudencia constitucional a fin de determinar su vulneración en la configuración o materialización del derecho en referencia a los justiciables, por lo que a continuación se hará una breve mención a ambos.

Principio de igualdad y no discriminación. Este principio está consagrado en el art. 3 CN: “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión”. Diversas han sido las oportunidades en las cuales el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando la violación a este principio en el marco de reclamaciones relacionadas con la seguridad social. Así, por ejemplo, en el caso del Sistema de Pensiones Público –en extinción– administrado por el INPEP, la ley respectiva establecía que para que el viudo –de sexo masculino– pudiera

40 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Amparo Ref. 583-2015. Sentencia: 20/10-2020.

41 Procesos de amparo Ref. 325-2005/488/2004/503-2011/259-2007. Procesos de inconstitucionalidad Ref. 42-2012 AC, 34-2001 acumulado al 55-2011.





gozar de pensión al fallecer su cónyuge o conviviente, debía demostrar su estado de invalidez y su dependencia económica de la causante –art. 60 de la Ley del INPEP–, condiciones que no se exigían a la viuda –mujer–. Esta situación dio lugar a varias demandas de amparo, una en particular fue la referencia 259-2007⁴², en cuyo caso la Sala de lo Constitucional amparó al demandante señalando la violación de la referida disposición respecto del principio de igualdad contenido en el art. 3 CN, ya que dicha diferencia no tenía una justificación razonable, pues con base en dicho principio no debe haber diferencias arbitrarias e injustificadas entre el hombre y la mujer a efecto de determinar quién tiene acceso a una prestación de índole social. Luego de diversas demandas de amparo en las que se señalaba esta violación al principio de igualdad, en respuesta a una demanda de inconstitucionalidad contra la referida disposición –art. 60 N° 1 de la Ley del INPEP– en el año 2015 el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad, por la misma razón, expulsando dicha disposición del ordenamiento jurídico salvadoreño. Con esto se puede evidenciar la forma en que la Sala de lo Constitucional ha definido y precisado este principio al vincularlo directamente con la seguridad social delimitando su contenido⁴³.

Principio protector (*pro homine*). A este principio se refiere la sección segunda de la Constitución, que contiene todas las normas relativas al trabajo y la seguridad social e inicia estableciendo en el art. 37 lo siguiente: “El trabajo es una función social y goza de la protección del Estado”. La jurisprudencia ha sostenido que el principio protector está reconocido de forma expresa en dicha disposición y ha sido definido como “aquel que, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente sobre el trabajador”. Dicho principio tiene carácter orientador e interpretativo del ordenamiento jurídico en materia laboral, constituye el pilar sobre el que se asienta el derecho del trabajo, disciplina bajo la cual se circunscribe la seguridad social⁴⁴, por lo que se entiende que también la seguridad social tiene como fundamento dicho principio. En esta configuración, la legislación secundaria debe corresponder al principio protector consagrado en la Constitución y las normas internacionales, y cualquier vacío o defecto de esta debe ser cubierto y determinado por dicho principio o por las reglas específicas que se derivan de él (*in dubio pro operario*, norma más favorable, condición más beneficiosa).

Asimismo, el principio *pro homine* se consagra en el preámbulo de la Constitución, que en el art. 1° establece: “El Salvador reconoce a la persona humana como el fin y origen de la actividad del Estado”. Este principio ha sido aplicado para interpretar el derecho a la seguridad social, particularmente el derecho a una pensión por vejez por parte de la Sala de lo Constitucional⁴⁵:

-
- La Sala reconoció expresamente que la seguridad social y el derecho derivado a recibir una pensión por vejez tienen un vínculo directo e indisoluble con el principio *pro homine*. Lo anterior, junto a otros razonamientos le condujeron en esa oportunidad a establecer que el hecho de que mediante una reforma a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones –arts. 91 letra m) y 223-A– y art. 17 de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, se impusiera a las AFP la obligación de adquirir Certificados de Inversión Previsional del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, no implicaba una vulneración a la libertad de contratación de dichas empresas, dijo que la limitación a la libertad de contratación por parte de las AFP era razonable pues perseguía asegurar la continuidad y regularidad del financiamiento de la seguridad social en su manifestación del derecho a la pensión por

42 Sentencia dictada el 06/06/2008.

43 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Inconstitucionalidad Ref. 112-2012. Sentencia: 10/08/2015.

44 Esto es en el caso concreto de El Salvador.

45 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de inconstitucionalidad Ref.42-2012AC. Sentencia: 23-12-2013.

vejez para las personas que quedaron en el Sistema de Pensiones Público al entrar en vigencia el Sistema de Ahorro para Pensiones (en 1998).

Aunado a lo anterior, la Sala de lo Constitucional ha considerado el carácter protector de las medidas de índole social en el marco del derecho a la seguridad social, reafirmando que uno de los elementos que configuran dicho derecho es el relativo a las “medidas protectoras de carácter social”⁴⁶ que el sistema establece para hacer frente a las contingencias o necesidades de diversa naturaleza que afectan o ponen en peligro la existencia digna de las personas.

3.3 Derechos constitucionales conexos con el derecho a la seguridad social

Además de los principios discutidos en el apartado anterior, existen derechos de rango constitucional que por su propia naturaleza guardan conexidad con el derecho a la seguridad social, tales como el derecho a la salud (arts. 2 y 65 CN), a la vida (arts. 1 y 2 CN) y, particularmente, a la vida digna (art. 37, inc. 2º, CN). Así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa con ocasión de la resolución de diversas reclamaciones contra el ISSS por parte de asegurados⁴⁷.

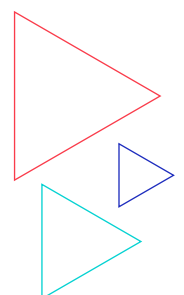
Tanto el derecho a la salud como a la vida son derechos reconocidos de forma independiente y tienen rango de derechos fundamentales inherentes a la persona humana. Como derechos humanos, guardan interdependencia con el derecho a la seguridad social, y pueden verse afectados cuando no se toman las medidas para brindar a las personas la asistencia médica y los tratamientos adecuados para aliviar sus afecciones físicas y/o mentales, por cuanto estas son condiciones esenciales que posibilitan a los sujetos una existencia física digna y, con ello, el pleno desarrollo de su personalidad. En este sentido, las personas cubiertas por la seguridad social tienen derecho a recibir los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, hospitalarios, etc., necesarios y adecuados para sus padecimientos de manera oportuna, continua y efectiva, con el objeto de que se recupere plenamente su salud o, por lo menos, tengan una mejor calidad de vida. Finalmente, el derecho a una existencia digna como manifestación del valor de la dignidad de la persona humana sobre el que se funda la Constitución se encuentra reconocido de forma expresa en el inciso 2º del art. 37 y en el inciso 1º del art. 101, que significa no solo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de ella a un cierto nivel, el que facilite la procura de las condiciones materiales para el goce de los restantes derechos fundamentales⁴⁸. En este punto, resulta oportuno señalar tres aspectos que a juicio de la Sala de lo Constitucional integran el ámbito de protección del derecho a la salud:

- (...) i) la adopción de medidas para su conservación, de ahí que, desde el punto de vista positivo, se deban implementar medidas que prevengan cualquier situación que la lesione o que restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, se debe impedir la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; ii) la asistencia médica, en cuanto debe garantizarse a toda persona el acceso al sistema o red de servicios de salud; y, iii) la vigilancia de los servicios de salud, lo cual implica la creación de

46 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Procesos de inconstitucionalidad acumulados Ref. 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005. Sentencia: 06-06-2008.

47 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Procesos Ref. 295-2007. Sentencias: 28-07-2010/ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo Ref. 712-2015. Sentencia: 09-06-2017.

48 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo Ref. 664-2006. Sentencia: 29-08-2009.





las instituciones y los mecanismos que controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas con la salud ⁴⁹.

Lo anterior tiene implicaciones importantes ya que delimita los alcances del derecho a la salud que deben ser protegidos para los habitantes y que son exigibles al Estado en cuanto a su garantía.

Por último, la seguridad social se configura en la carta magna como un derecho vinculado al trabajo, como un derecho fundamental de carácter laboral cuyos titulares son los trabajadores, quienes a su vez están obligados a aportar de su salario para financiar el sistema. El trabajo es un derecho fundamental de carácter individual (art. 2 CN) y se consagra además como una función social que goza de la protección del Estado, tal como lo dispone el art. 37, inc. 1º.

4. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

La consagración de los derechos a favor de las personas en la Constitución no sería suficiente para garantizar su goce y ejercicio, pues carecerían de relevancia si no existieran mecanismos efectivos de protección frente a la vulneración de tales derechos. A ello se lo llama “justiciabilidad” y “exigibilidad”, por lo que en las próximas líneas se abordarán los mecanismos para exigir y hacer valer el derecho a la seguridad social en El Salvador, haciendo énfasis en la jurisdicción constitucional y la jurisprudencia relevante.

En cuanto a la justiciabilidad de los derechos sociales –tales como la seguridad social–, la jurisprudencia constitucional ha establecido que estos no solo contienen principios rectores que actúan como derechos de configuración legislativa, sino que, además, son derivados directamente de la Constitución, sin que los poderes públicos o privados puedan desconocerlos ni por acción ni por omisión. En tal sentido– ha destacado–, **gozan de aplicabilidad plena** por cualquier autoridad o particular, y vinculan a ambos con independencia de que exista una ley que los desarrolle ⁵⁰.

En tal sentido, la legislación salvadoreña establece mecanismos de prevención –inspección, sanción, procesos administrativos sancionatorios– y control del cumplimiento, que puede ser en diversas jurisdicciones. Así, en la jurisdicción ordinaria existen acciones de diverso tipo que pueden ejercerse dependiendo del tipo de reclamo y del infractor: laboral, contencioso-administrativo, civil, mercantil y penal; y, en la jurisdicción extraordinaria ante la Sala de lo Constitucional, que es el máximo tribunal en materia constitucional, ante el que se puede impugnar una norma de rango inferior que la contraríe, o bien, cuando se vulneren a un particular sus derechos constitucionales. Es decir, nos referimos puntualmente a dos tipos de procesos: al de inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos, y al de amparo, que son los que interesan a efecto de este análisis.

49 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo Ref. 712-2015. Sentencia: 09-06-2017/ Amparo Ref. 34-2021. Sentencia: 17-03-2021.

50 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de inconstitucionalidad por omisión Ref. 8-2015/16-2015/89-2016. Sentencia: 10-11-2017.

4.1 Algunos fallos relevantes de la Sala de lo Constitucional en materia de seguridad

Partiendo de la importancia de las decisiones de las Cortes o Tribunales Constitucionales al momento de materializar o concretar un derecho como el de la seguridad social, en este apartado se citarán algunos fallos relevantes que sobre la materia ha pronunciado la Sala de lo Constitucional. Esto en el marco de los principales mecanismos de justiciabilidad bajo los cuales se puede proteger a las personas en el goce efectivo de sus derechos reconocidos a nivel constitucional, ya sea por la vía del amparo⁵¹ o a través del proceso de inconstitucionalidad de las leyes o de cualquier otra norma de rango infraconstitucional⁵². Cabe aclarar que la sentencia en el proceso de amparo únicamente tiene efectos para el caso concreto, en cambio, las sentencias pronunciadas en procesos de inconstitucionalidad producen efectos *erga omnes* (“respecto a todos”), es decir, efectos generales de obligatorio cumplimiento y provocan la eliminación definitiva de las disposiciones o los actos declarados inconstitucionales.

En los siguientes fallos se advierte cómo la Sala de lo Constitucional ha expandido el ámbito de protección de la seguridad social a los justiciables, en algunos casos determinando la violación del derecho derivada de disposiciones legales y, en otras ocasiones, por actuaciones de las autoridades públicas que han denegado las prestaciones respectivas sin justificación razonable.

Inconstitucionalidad de tasa de interés de los Certificados de Inversión Previsional. En diciembre de 2014, la Sala declaró inconstitucionales disposiciones de la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales y de la Ley SAP en cuanto a la tasa de interés pagada por los Certificados de Inversión Previsional. El motivo fue que incidían negativamente en el nivel de rentabilidad que obtendrían los ahorros de los cotizantes al SAP y sobre sus tasas de reemplazo, lo que afectaría sus pensiones y provocaría una reducción en sus ingresos. En consecuencia, ordenó –entre otros– al legislador hacer adecuaciones a dichas leyes para lograr la inversión de los fondos de pensiones en condiciones de seguridad, liquidez y diversificación de riesgo⁵³. Cabe mencionar que al principio esta sentencia no fue cumplida por la Asamblea Legislativa, por lo que, en el marco del seguimiento de cumplimiento de la sentencia, la Sala le dio al legislativo un plazo de quince días hábiles luego de notificada la sentencia para hacer las modificaciones a la ley respectiva⁵⁴. En consecuencia, en febrero de 2016 la Asamblea emitió una reforma a la Ley del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales modificando la tasa de interés de los Certificados de Inversión Previsional y estableció como tasas de interés entre el 3,5 por ciento y el 5,5 por ciento, revisable cada dos años, con lo cual mejoró el rendimiento de los fondos de pensiones en favor de los afiliados. Posteriormente, en una nueva resolución de seguimiento a este caso, la Sala volvió a controlar la actuación de la Asamblea Legislativa, esta vez revisando una disposición que permitiría al Estado disponer de un mayor porcentaje del fondo privado de pensiones –del 45 por ciento al 50 por ciento– para pagar obligaciones del sistema público sustituido por el SAP⁵⁵. A juicio de la Sala, tal medida reduciría y dificultaría sustancialmente el aseguramiento para los jubilados de ingresos indispensables y así satisfacer las necesidades básicas para una vida digna, por lo que dejó sin efecto dicha reforma⁵⁶. Con ello se denota la importancia del rol que ha desempeñado la Sala de lo Constitucional estableciendo límites al legislador al resguardar la vigencia del derecho a la seguridad social.

51 Contenido en el art. 247 de la Constitución.

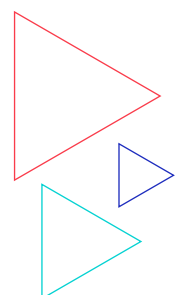
52 Contenido en el art. 183 de la Constitución.

53 Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad Ref. 42-2012. Sentencia: 23-12-2014.

54 Procesos acumulados Ref. 42-2012/61-2013/62-2013. Resolución de fecha: 15-02-2016.

55 Decreto Legislativo 733, del 18-VII-2017.

56 Resolución de seguimiento a la sentencia emitida en el proceso de amparo Ref. 42-2012. Fecha: 26-07-2017.





Inconstitucionalidad por omisión en relación al deber de regular mediante ley la obligación de instalar centros de cuidado para los hijos de los trabajadores. En el marco del control de constitucionalidad, en 2017 la Sala ordenó a la Asamblea Legislativa aprobar una ley que regulara la obligación de los empleadores para instalar salas cuna y lugares de cuidado para los hijos de los trabajadores. Esto en vista de que, a pesar de que dicho mandato se encuentra en la Constitución –art. 42, inc. 2º– desde el año 1983, dicha ley no se había elaborado, por lo que la Sala le dio plazo al legislador hasta el 31 de mayo de 2018 para que lo hiciera, ya que consideró que la omisión de dicho órgano del Estado era injustificable. Dicha sentencia tuvo como efecto que la Asamblea dictara una ley para regular la referida obligación ⁵⁷ justo el día en que se venció el plazo dado por la Sala para ello, aunque debe aclararse que, a la fecha de redacción de este artículo, dicha ley aún no había entrado en vigencia. Un aspecto que vale la pena señalar es que la Sala reconoció con precisión que **el deber de establecer salas cuna para los hijos de los trabajadores dispuesto en el art. 42, inc. 2º CN, configura una medida de seguridad social y de igualdad**, lo cual permite que, ante la contingencia biológica de la maternidad y la paternidad, el trabajador pueda conciliar su vida laboral con el normal desarrollo de su vida privada ⁵⁸.

Finalmente, vale la pena destacar algunos fallos pronunciados en procesos de amparo mediante los cuales la Sala de lo Constitucional ha protegido a ciudadanos de actuaciones de las entidades que administran los distintos regímenes. Para esto se basó en disposiciones contenidas en la ley secundaria que atentaban contra el derecho a la seguridad social en relación con otros derechos y/o principios constitucionales, como la igualdad, la salud, la vida y la seguridad jurídica. A este tipo de amparo se lo denomina “amparo contra ley” porque lo que está en conflicto con la Constitución es la norma jurídica y es lo que se declara inconstitucional. Al tratarse de una norma jurídica, la Sala la expulsa del ordenamiento jurídico y por ello, aunque en principio las resoluciones emitidas en un proceso de amparo solo vinculan a las partes, en estos casos la Sala ha ordenado como efecto la vinculación a las autoridades de tales precedentes, obligándolas así a respetarlos y a dirigir sus actuaciones con base en la interpretación que de tales normas había realizado el Tribunal, a fin de evitar continuar la vulneración a los derechos ⁵⁹. En virtud de tales pronunciamientos, también se dieron algunas reformas, como la del art. 204, letra c), de la Ley SAP ⁶⁰.

Suspender el goce de la pensión mientras se cumple condena judicial viola el derecho a la igualdad y a la seguridad social. Como ya se ha señalado, existe un régimen de previsión social especial para los miembros de la Fuerza Armada, regulado por la Ley del IPSFA. Es así como, mediante diversos procesos de amparo contra ley heteroaplicativa, se ha solicitado protección a la Sala de lo Constitucional por violación de los derechos a la igualdad y a la seguridad social directamente contenida en el art. 31, inc. 2º, de la Ley referida, que regula la suspensión de la pensión de vejez en caso de condena judicial por delitos que no lleven desprestigio a la Fuerza Armada, mientras dure la condena. En ese sentido, la Sala ha determinado que, en efecto, dicha disposición es violatoria de los derechos de igualdad y de seguridad social, al establecer una *diferenciación irrazonable carente de justificación* ⁶¹, ya que *carece de criterios objetivos que justifiquen la suspensión de un beneficio, como es la pensión*. Tales pronunciamientos muestran un avance importante en la materia ya que interpretan el contenido de la seguridad social a la luz de otros principios, como el de igualdad, ampliando el margen de protección de los justiciables.

57 Véase el Decreto N° 20/2018, publicado en el Diario Oficial N° 112, tomo N° 419 del 19-06-2018. Ley especial para la regulación e instalación de salas cunas para los hijos de los trabajadores.

58 Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad por omisión Ref. 8-2015/16-2015/89-2016. Sentencia: 10-11-2017.

59 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Amparo Ref. 254-2010/79-2010.

60 Decreto Legislativo N° 891, de fecha 09-11-2005.

61 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo contra ley heteroaplicativa Ref. 105-2014. Sentencia: 17-11-2017. Sentencia similar: 254-2010.

La exigencia impuesta al cónyuge de sexo masculino viudo para gozar de pensión, consistente en padecer invalidez y depender económicamente de la causante –mujer–, vulnera el derecho a la igualdad por razón de sexo. En una serie de procesos de amparo, la Sala determinó la existencia en la ley de un requisito o condición legal contraria a los derechos de igualdad y de la seguridad social, específicamente en cuanto al viudo de sexo masculino, al que la ley le exigía, para poder acceder a pensión de sobrevivencia –dentro del Sistema de Pensiones Público–, que a la fecha del fallecimiento de la esposa o compañera de vida debía padecer de invalidez, si bien para el caso de una mujer esa condición no era exigible. Así, la Sala declaró que las disposiciones que contenían tal requisito, tanto de la Ley del INPEP –art. 60, numeral 1– como de la Ley SAP –art. 204, literal c)–, eran contrarias a la Constitución y, por ende, no deberían aplicarse por las autoridades respectivas en el futuro. En este caso específico, se interpuso una demanda de inconstitucionalidad respecto al art. 60, numeral 1, de la Ley del INPEP y producto de ello en 2015 la Sala declaró su inconstitucionalidad. El artículo similar en la Ley SAP –204, letra c) ⁶²– fue reformado en el año 2005 y en la actualidad ya no es exigible tal condición ⁶³.

Violación al derecho a la vida y a la salud. En el régimen de salud administrado por el ISSS, se han dado pronunciamientos importantes para reforzar la protección del derecho a la seguridad social, la vida y la salud de los peticionarios, que han derivado en órdenes expresas a dicha institución para brindar la atención requerida que había sido denegada por distintas razones. Por ejemplo, atendiendo el proceso de Amparo Ref. 674-2006, en el que una persona alegaba que el ISSS no le había proporcionado los medicamentos necesarios para atender su padecimiento, la Sala señaló que se le habían vulnerado sus derechos a la salud y a la vida, ya que el ISSS debió haber realizado acciones positivas y concretas para asegurarle a la peticionaria el tratamiento respectivo. En ese caso, le ordenó al Director General del ISSS realizar las actuaciones que fueran necesarias para investigar, examinar y recomendar las alternativas posibles para brindarle a la reclamante el tratamiento médico adecuado a su padecimiento ⁶⁴. La Sala ha conocido diversos casos similares en los que se ha declarado la violación a estos derechos ⁶⁵, lo que a su vez ha generado órdenes de actuar –de obligatorio cumplimiento– en un determinado sentido para el ISSS a fin de garantizar los derechos a la seguridad social, a la vida y a la salud.

En estos casos como en otros, la intervención de la Sala ha conducido a la mejora en la calidad de los servicios brindados por el ISSS y otras entidades gestoras de la seguridad social, en sus distintas ramas. La Sala incluso ha sostenido que si el ISSS, en su caso, no cuenta con los fármacos o la terapia que sus médicos consideren adecuados y efectivos para el restablecimiento de la salud de los asegurados, debe gestionar, canalizar y disponer de los medios necesarios a su alcance para contratar a las personas o entidades que puedan brindarle ese servicio. En este caso, la Sala ha dejado a salvo el derecho para reclamar indemnización por daños y perjuicios ⁶⁶.

Medidas cautelares ⁶⁷. Este tema resulta por demás interesante, ya que la Sala de lo Constitucional ha llegado a dictar –*in limine*– al momento de admitir la demanda de amparo, y

62 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo contra ley heteroaplicativa Ref. 105-2014. Sentencia: 17-11-2017. Sentencia similar: 254-2010, 87.

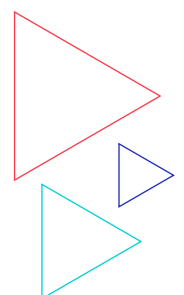
63 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo constitucional Ref.259-2007. Sentencia: 06-06-2008. /79-2010/ 80-2010/ 81-2010.

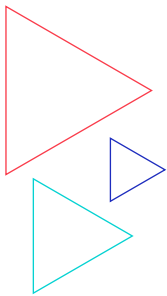
64 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo Ref. 674-2006. Sentencia: 17-12-2007.

65 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo Ref. 753-2015. Sentencia: 06-01-2017 / Similar: 712-2015

66 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de amparo Ref. 701-2016. Sentencia: 02-07-2018.

67 Las medidas cautelares son ordenadas por los tribunales (jueces) al inicio –por lo general– de un proceso judicial, con el objetivo de evitar la realización de actuaciones que, de alguna manera, impidan o dificulten la efectiva satisfacción de la pretensión –lo solicitado–. De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, deben concurrir dos condiciones o requisitos: por un lado, la probable existencia de un derecho amenazado





cuando hay un riesgo grave para la vida y la salud de los asegurados, **medidas de urgencia**, para que el ISSS brinde la atención médica y los tratamientos adecuados mientras se dicta una resolución de fondo. Por ejemplo, esto sucedió en el caso Ref. 701-2016 ⁶⁸, en el cual tres pacientes del ISSS –que padecían insuficiencia renal crónica– alegaron que se les había cambiado el tratamiento por uno de menor costo que generaba mayores complicaciones para su salud y calidad de vida. Ante ello, la Sala ordenó que se les brindara el tratamiento adecuado para su padecimiento y que deberían destinarse los recursos presupuestarios pertinentes, sin menoscabo de la salud de los pacientes.

Por último, vale destacar que la actuación de la Sala cobró aún mayor relevancia en el marco de la pandemia de la COVID-19. Concretamente, en 2020 y 2021 varias personas ⁶⁹ –también con enfermedad renal crónica– acudieron a la Sala alegando que el ISSS les había negado la atención y los tratamientos médicos requeridos aduciendo medidas tomadas ante la pandemia. Para la Sala, el estado de emergencia decretado por la pandemia no podía convertirse en un límite para el acceso a los servicios de salud que son necesarios ante padecimientos de personas que por su enfermedad se consideran grupos de alto riesgo. Por consiguiente, ha dictado medidas de protección al momento de admitir las demandas y ha ordenado que se brinde la atención adecuada, indistintamente de que entre los peticionarios haya personas que no tienen calidad de “asegurados”, personas bajo el régimen de trabajadores domésticos y trabajadores agrícolas –quienes aún no cuentan con un régimen que les dé cobertura–. Esto es particularmente relevante, ya que la Sala amplió el ámbito de protección del derecho a la seguridad social de forma indirecta pues ordenó al ISSS –entre otras instancias– brindar los servicios de atención médica y tratamiento a personas que no son afiliadas a la institución ni son beneficiarias, al menos de forma provisional, si bien queda ahora esperar la resolución de fondo.

En suma, la labor realizada por la jurisprudencia constitucional se orientó a garantizar de forma directa la protección en materia de seguridad social. En ese sentido, ha optado por una interpretación expansiva al generar mandatos a las autoridades legislativas y ejecutivas para garantizar la materialización del derecho a la seguridad social de manera concreta y efectiva en algunos aspectos. Entre ellos, la igualdad de género ante el goce de las prestaciones en el caso de la pensión de sobrevivencia para el viudo –hombre–; la garantía de la suficiencia de las pensiones, extendiendo el alcance del derecho positivo en relación al contenido del derecho constitucional a la seguridad social; y la garantía del goce efectivo de las prestaciones respectivas, ordenando la atención médica, entrega de medicamentos, tratamientos, etc.

5. Desafíos y/o amenazas para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social

Frente a lo expuesto en las secciones anteriores, se pueden advertir varios desafíos para lograr una materialización efectiva del derecho a la seguridad social. Primero conviene señalar que su consagración o reconocimiento circunscripto al ámbito laboral –a los trabajadores– es una limitación importante en la carta magna. Esto resulta incompatible con la forma en que se concibe el derecho a la seguridad social a nivel internacional, inclusive en algunos de los instrumentos internacionales ratificados por El Salvador, según los cuales se trata de un derecho humano, por lo tanto, con alcance a todas las personas indistintamente de su condición de

–aparición fundada del derecho– y, por otro lado, el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso –peligro de la demora–. En ese sentido se ordena una o varias medidas que aseguren la eficacia de una eventual sentencia, sin prejuzgar el fondo del asunto.

68 Sentencia de fecha: 04-11-2016.

69 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Procesos de amparo Ref. 323-2020, 455-2020, 438-2020 y 34-2021.

trabajadores o no. Adicionalmente, el legislador no ha cumplido a cabalidad con su deber de regular el derecho a la seguridad social, ya que, a pesar del mandato constitucional contenido en el artículo 50, ciertos grupos de trabajadores, como los trabajadores agrícolas, por ejemplo, aún no han sido incorporados al sistema de seguridad social. Asimismo, si bien los trabajadores independientes o por cuenta propia, así como los trabajadores del servicio doméstico han sido incluidos en regímenes especiales, estos son insuficientes y tampoco cumplen los estándares mínimos internacionales.

Además, la protección de personas en condición de vulnerabilidad bajo el esquema no contributivo, que funciona en forma fragmentada y sin ninguna relación con el sistema contributivo, no es integral, y opera con base en programas que, si bien algunos están anclados en un marco legal, en la práctica se ha observado que su continuidad y expansión dependen de las prioridades del Gobierno central.

Asimismo, los datos estadísticos disponibles indican que la población efectivamente cubierta por la seguridad social es bastante baja, lo que se explicaría –entre otros factores– por el alcance mismo que desde la Constitución se le da a la seguridad social, delimitándola obligatoriamente a los trabajadores, sobre todo en relación de dependencia. Esto contribuye a que la cobertura del sistema resulte baja considerando la estructura económica y laboral del país, dado el alto grado de informalidad (45 por ciento de la población ocupada)⁷⁰. A modo de referencia, a continuación, se indican los datos para cada régimen general:

► **a. Regímenes de salud y de riesgos profesionales (ISSS).** Según el ISSS, el porcentaje actual de cobertura del seguro social es del 26 por ciento de la población total y del 27 por ciento de la población económicamente activa (PEA)⁷¹. El tema de la cobertura se vio agravado con la pandemia de la COVID-19, pues con el cierre casi total de la economía entre marzo y junio de 2020 miles de personas quedaron desprotegidas por la seguridad social, ya sea porque sus contratos fueron suspendidos o porque fueron despedidas⁷².

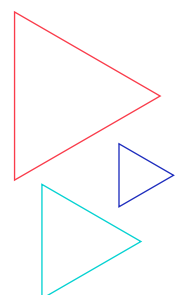
b. Régimen de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia. Actualmente, la cobertura es considerablemente baja, agravada aún más por la crisis de la COVID-19. Según la Superintendencia del Sistema Financiero, a abril de 2021 la cobertura previsional era del 23,9 por ciento con relación a la PEA, muy por debajo del porcentaje mínimo que establecen los estándares internacionales (al menos el 50 por ciento de los asalariados)⁷³. Es decir que, en promedio, 1 de 4 trabajadores cotiza al sistema de pensiones, y no incluye a grupos tradicionalmente excluidos (Argueta *et al.* 2020). Asimismo, la cobertura de las prestaciones no contributivas es limitada, en tanto se estima que, en 2017, la Pensión Básica Universal alcanzaba al 6,9 por ciento de las personas con 70 años y más en El Salvador (Rivera *et al.* 2020, 37). Según la OIT, es necesario brindar la importancia debida a medidas de extensión de cobertura no contributiva, como, por ejemplo, la extensión de la Pensión Básica Universal a todos los adultos mayores (Rivera *et al.* 2020, 94).

70 De acuerdo a la Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples de 2020, por cada 100 personas ocupadas que residen en el área urbana, 49 laboran en el sector informal. En el caso de las mujeres, se reporta que por cada 100 mujeres ocupadas 46 trabajan en el sector formal y 54 en el informal. DIGESTYC. Puede consultarse en el siguiente sitio: <http://www.digestyc.gob.sv/index.php/temas/des/ehpm.html>

71 ISSS. Informe de Coyuntura, mayo de 2021.

72 ISSS. Informe de Coyuntura, enero de 2021, incorpora una relación de la evolución de trabajadores y pensionados cotizantes 2019-2020. En junio, el ISSS tenía 72 816 cotizantes menos respecto de febrero de 2020.

73 Convenio núm. 102 de la OIT sobre la seguridad social.





La incorporación de prestaciones por desempleo es un reto importante para el sistema de seguridad social de El Salvador, pues en la actualidad esta contingencia no se encuentra cubierta ⁷⁴. Además, la crisis provocada por la pandemia cobra vital relevancia y debería considerarse seriamente para el futuro, a fin de garantizar que el sistema de seguridad social efectivamente apoye a las personas en situaciones de este tipo, pues muchas familias perdieron sus fuentes de ingresos y cobertura en salud, lo que ha ocasionado que se profundizaran sus condiciones de precariedad ⁷⁵.

De otra parte, la Sala de lo Constitucional, particularmente en la década pasada, hizo importantes avances mediante la consolidación de líneas jurisprudenciales que dotan de contenido al derecho a la seguridad social y constituyen sendas directrices en esta materia para todos los órganos del Estado en cuanto al deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. Sin embargo, el reto ahora es que se respete y se siga avanzando a fin de encaminar las acciones respectivas para el logro efectivo de este derecho. Y es que, cabe subrayar, el elemento político ejerce un rol central en la concreción y materialización de los derechos fundamentales, de ahí que un hecho que cobra relevancia en el nuevo escenario político-jurídico salvadoreño es la nueva configuración de la Sala de lo Constitucional luego de la destitución de los cinco magistrados que la conformaban –por la actual legislatura–, en mayo de 2021 ⁷⁶. Además, ante el anuncio del Gobierno de una posible reforma constitucional, podría surgir una nueva configuración del derecho a la seguridad social a ese nivel y podrían haber cambios en las líneas jurisprudenciales que han precisado y delimitado el contenido del derecho a la seguridad social logrando importantes avances en su concreción, eliminando obstáculos para su ejercicio y garantizando su cumplimiento.

6. Conclusiones

Como se ha expuesto, el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental de naturaleza social reconocido en El Salvador a nivel constitucional, pero delimitado al ámbito laboral y bajo una concepción contributiva. Asimismo, si bien su configuración legal en cuanto a su alcance, extensión y forma ha sido delegada al legislador, existe una amplia producción jurisprudencial del máximo tribunal a nivel constitucional que ha subrayado los aspectos esenciales del contenido del derecho a la seguridad social como un instrumento de justicia social basado en la dignidad de la persona humana, ha delimitado los elementos en que se fundamenta, su naturaleza y principios constitucionales sobre los que se cimenta, y ha controlado al legislador en su regulación garantizando su compatibilidad con los parámetros constitucionales.

Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha ejercido un rol relevante pues ha interpretado el derecho a la seguridad social como una categoría protegible a nivel constitucional y de la justicia ordinaria. Ha emitido importantes pronunciamientos ordenando medidas a los entes

⁷⁴ La legislación laboral, tanto en el sector público como en el privado, dispone la indemnización por renuncia voluntaria, desarrollando con ello lo dispuesto en el numeral 12° del art. 38 de la Constitución: “12° La ley determinará las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes, que renuncien a su trabajo, una prestación económica cuyo monto se fijará en relación con los salarios y el tiempo de servicio (...)”.

⁷⁵ Según el Departamento de Actuario y Estadística del ISSS, entre febrero y junio de 2020, un total de 73 538 personas con empleo formal habían dejado de cotizar al régimen de salud administrado por dicha institución.

⁷⁶ En El Salvador, cada cinco años se renueva una tercera parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cuya duración en el cargo es de nueve años y son elegidos por la Asamblea Legislativa. La Corte a su vez se divide en cuatro Salas, una de ellas es la Sala de lo Constitucional. En 2018 se eligieron cuatro de los cinco magistrados que conformaban la Sala de lo Constitucional, por lo que su nombramiento debía finalizar en 2027; sin embargo, en mayo de 2021, cuando tomó posesión la nueva Asamblea Legislativa cuya mayoría pertenece al partido en el gobierno –en la primera sesión plenaria–, destituyeron a los cinco magistrados de la Sala de lo Constitucional y nombraron a nuevos magistrados, que son los que actualmente fungen como tales.

gestores de los distintos regímenes de forma que se garantice el cumplimiento de tal derecho, así como de otros derechos vinculados a este, como el derecho a la vida, a la salud o a una vida digna.

Asimismo, el sistema normativo es disperso y no guarda coherencia entre los esquemas contributivo y no contributivo, particularmente en materia de pensiones, de manera que puede afirmarse que no existe un sistema integrado de protección social, sino una serie de regímenes contributivos y algunos programas sociales con un enfoque más de asistencia social que de derechos. En general, el sistema de seguridad social presenta considerables desafíos, principalmente en materia de cobertura, unidad, suficiencia y previsibilidad de las prestaciones, sostenibilidad financiera y fiscal, gobernanza e igualdad. La implementación de regímenes especiales dentro del ISSS, como el de trabajadores independientes y trabajadores domésticos, no ha significado un impacto sustancial en la ampliación de la cobertura efectiva de las prestaciones de seguridad social, entendidas en función del número de afiliados.

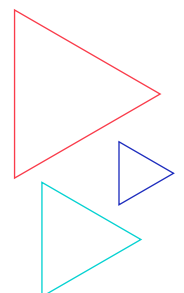
La pandemia de la COVID-19 profundizó la problemática de la protección en materia de seguridad social; muchas personas perdieron sus ingresos por la suspensión o pérdida del empleo, lo que tuvo como consecuencia la pérdida de la cobertura en materia de seguridad social, lo cual ha precarizado aún más su situación. En tal sentido, cobra relevancia la necesidad de darle plena eficacia al reconocimiento del derecho que toda persona tiene, conforme al art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “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”.

Al respecto, cabe señalar la ausencia de prestaciones proporcionadas en el marco de un seguro de desempleo y de las prestaciones familiares en el marco normativo infraconstitucional de El Salvador, cuya pertinencia debería ser evaluada por el Estado salvadoreño teniendo debidamente en cuenta los parámetros y principios contenidos en el Convenio núm. 102 de la OIT, que establece los estándares mínimos en materia de seguridad social.

No queda duda del destacado rol de la justicia constitucional, que ha salido al paso de las vulneraciones al derecho a la seguridad social y ha ejercido control sobre la configuración legislativa, frenando normas que afectarían el pleno goce del derecho en referencia; sin embargo, es claro que aún persisten serias dificultades para que la mayoría de la población pueda acceder a su cobertura.

7. Bibliografía

- Anaya, Salvador Enrique *et al.* 2000. *Teoría de la Constitución salvadoreña*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia.
- Argueta, Carlos Eduardo, G. Cisneros, L. Gil y M. Rivera. 2020. *A dos años de la reforma del Sistema de Pensiones: avances y desafíos*. Fundación Dr. Guillermo Manuel Ungo (Fundaungo). www.fundaungo.org.sv.
- Bertrand Galindo, Francisco *et al.* 1996. *Manual de Derecho Constitucional*. Tomo 1. Ministerio de Justicia de El Salvador.
- Grisolia, Julio Armando. 2010. *Manual de Derecho Laboral*. Sexta edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mesa-Lago, Carmelo 2007. *Reassembling Social Security: A Survey of Pensions and Health Care Reforms in Latin America*. Oxford: Oxford University Press.





- 2021. *Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina (1980-2020): promesas y realidades*. República Dominicana: Friedrich Ebert Stiftung.
- Mesa-Lago, Carmelo y María Elena Rivera. 2020. “El sistema de pensiones en El Salvador: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera”, serie Macroeconomía del Desarrollo, N° 209 (LC/TS.2020/66). Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- OIT. 2016. *Informe: Valuaciones actuariales del Régimen de Salud y el Régimen de Riesgos Profesionales del Instituto Salvadoreño del Seguro Social*.
- OIT. 2020. *Análisis de compatibilidad de la legislación salvadoreña en materia de seguridad social con el Convenio núm. 102 de la OIT sobre seguridad social (norma mínima)*.
- Rivera, M. E. y G. Cisneros. 2019. *Documento técnico base de propuesta de política pública: Seguridad social*. El Salvador: FUNDAUNGO, UCA, UDB y FLACSO.
- Rivera, M. E., C. E. Argueta, G. Cisneros, H. Schwarzer y J. F. Ortiz. 2020. *Informe técnico. Reforma del sistema de pensiones en El Salvador en el contexto de los convenios internacionales de seguridad social y las buenas prácticas internacionales*. El Salvador: OIT y FUNDAUNGO.
- Schwarzer, H., P. Sauma Fiatt, J. F. Ortiz-Vindas y M. Velásquez P. 2020. *Informe técnico. Extensión del seguro social al trabajo independiente en El Salvador: avances y recomendaciones*. San José: OIT.
- Uthoff-Botka, Andras. 2019. *Análisis de las reformas del Sistema de Protección Social en El Salvador frente a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030*. OIT.

Legislación

- Constituciones de la República de 1886, 1845, 1950, 1962 y 1983.
- Convenio núm. 102 de la OIT sobre seguridad social.
- Ley de Procedimientos Constitucionales.
- Decreto Legislativo N° 262, D.O. N° 51, Tomo N° 422 de 14 de marzo de 2019.
- Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.
- Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.
- Ley del Seguro Social.
- Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial.
- Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada.
- Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social.
- Ley de Desarrollo Social.
- Reglamento de Aplicación del Régimen del Seguro Social.
- Reglamento de Afiliación, Inspección y Estadística del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

Resoluciones judiciales de la Corte Suprema de Justicia

(<https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/tesauro.php>)

- Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo constitucional Ref. 259-2007.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso contencioso administrativo Ref. 151-2006.

Sala de lo Constitucional. Procesos constitucionales acumulados: 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005.

Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad por omisión Ref. 8-2015/16-2015/89-2016.

Proceso de Amparo Constitucional Ref. 259-2007.

Sala de lo Civil. Casación Laboral Ref. 37-CAL-2009.

Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad Ref. 42-2012AC.

Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad Ref. 4-97.

Sala de lo Constitucional. Procesos de inconstitucionalidad acumulados: 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 488-2004.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 664-2006.

Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad Ref. 42-2012AC.

Sala de lo Constitucional. Procesos de inconstitucionalidad acumulados: 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso contencioso administrativo: Ref. 295-2007.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso contencioso administrativo: Ref. 281-2008.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 712-2015.

Sala de lo Constitucional. Procesos de amparo Ref. 712-2015/166-2009/674-2006.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 664-2006.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 325-2005.

Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad por omisión Ref. 8-2015/16-2015/89-2016.

Sala de lo Constitucional. Proceso Ref. 120-A-97.

Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad Ref. 23-2012.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo contra ley heteroaplicativa Ref. 436-2005.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref.488-2004.

Sala de lo Constitucional. Procesos constitucionales acumulados: 34-2011/55-2011.

Sala de lo Constitucional Proceso de amparo Ref. 503-2011.

Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad por omisión Ref. 8-2015/16-2015/89-2016.

Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad Ref. 42-2012.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo contra ley heteroaplicativa Ref. 105-2014.

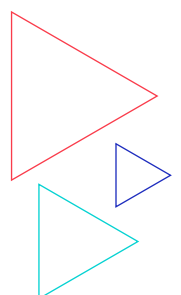
Sala de lo Constitucional. Proceso de inconstitucionalidad Ref. 436-2005.

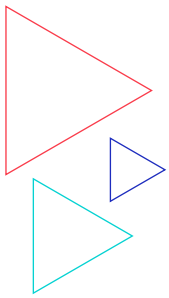
Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo constitucional Ref. 259-2007.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 674-2006.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 753-2015.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 254-2010.





Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 280-2010.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 281-2010.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 33-2020.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 455-2020.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 438-2020.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 34-2021.

Sala de lo Constitucional. Proceso de amparo Ref. 701-2016.

Informes institucionales

DIGESTYC (Dirección General de Estadística y Censos). Estimación y Proyección Nacional de Población. Proyección para el año 2021. Junio de 2021. Consultado en: <http://www.digestyc.gob.sv/index.php/novedades/avisos/1022-proyecciones-y-estimaciones-de-poblacion-nacional-y-departamental.html>

Informe valuación actuarial ISSS/OIT. Noviembre de 2016. <https://www.issv.gob.sv/download/informe-valoracion-actuarial-issv-oit-noviembre-2016/>

Informes de Coyuntura de los meses de enero y mayo 2021. Unidad de Desarrollo Institucional. Departamento de Actuariado y Estadística del ISSS. <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/issv/documents/estadisticas?page=3>

Superintendencia del Sistema Financiero. Resumen estadístico previsional. Abril de 2021. www.ssf.gob.sv

Valuación actuarial realizada por la Superintendencia del Sistema Financiero. 2018.



▶ **X. La seguridad social en la
Constitución de Guatemala
y su relación con el concepto
de justicia social**



X. La seguridad social en la Constitución de Guatemala y su relación con el concepto de justicia social

Ena Lilian Nuñez O'Brien¹

Resumen

El reconocimiento de la seguridad social en Guatemala a nivel constitucional tuvo sus orígenes a mediados del siglo pasado, cuando se cambió el concepto de seguro social por el de seguridad social. Comprende su obligatoriedad en el financiamiento y el derecho a la participación en su administración tanto de los empleadores como de los trabajadores, reconociendo además los principios de unidad y progresividad, así como su configuración a nivel legislativo. Asimismo, la Constitución contempla mecanismos para proteger a los habitantes de Guatemala a fin de que se les cumplan los derechos que esta consagra a su favor. Por ello, en diversos casos la Corte de Constitucionalidad ha garantizado el acceso al derecho a la seguridad social invocado, haciendo una interpretación amplia en función de potenciar el cumplimiento del derecho a la seguridad social y auxiliándose incluso de normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Guatemala. En ese orden, dicho Tribunal ha fijado parámetros al legislador, para que en la configuración del contenido y los alcances del derecho a la seguridad social se garanticen los principios o valores que la Constitución establece.

1. Introducción

El presente estudio contiene cinco secciones. La primera trata sobre los antecedentes del derecho a la seguridad social en Guatemala y describe brevemente su evolución, el desarrollo de la Constitución actual y la concreción en el derecho positivo vigente, así como el rango de los tratados internacionales y su incorporación en el ordenamiento interno. La segunda sección aborda la relación del derecho a la seguridad social con los valores, principios y otros derechos constitucionales conexos, haciendo énfasis en su ámbito y sus alcances. En la tercera sección se abordan la justiciabilidad y la exigibilidad del derecho a la seguridad social en Guatemala, con una referencia general a los mecanismos que viabilizan su tutela, enfatizando los mecanismos de protección y control ante la jurisdicción constitucional, incluyendo algunos de los principales criterios y fallos del Tribunal Constitucional que han precisado y delimitado el contenido esencial del derecho en referencia y han brindado protección y tutela. La cuarta sección plantea los desafíos y las amenazas que afectan la realización del derecho a la seguridad social; y finalmente, en la quinta y última sección se presentan las conclusiones.

¹ Consultora en Asuntos Laborales. Máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad de Castilla-La Mancha. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

2. Antecedentes y evolución del reconocimiento del derecho a la seguridad social en la Constitución de Guatemala

La primera mención de este derecho a nivel constitucional se encuentra en la Constitución de 1945, promulgada como consecuencia de la revolución de octubre de 1944². Su reconocimiento se introdujo en el capítulo de “Garantías Sociales”, cuyo artículo 63 menciona el establecimiento del seguro social obligatorio, disponiendo un mínimo de contingencias que debería cubrir: invalidez, vejez, muerte, enfermedad y accidentes de trabajo. Un aspecto importante de hacer notar es que la Constitución delegó en el legislador la configuración de este seguro en cuanto a sus alcances, extensión y forma en que debía ser puesto en vigor, cuyo financiamiento estaría a cargo de patronos, trabajadores y Estado (CISS 1994, 9). En consecuencia, se promulgó el Decreto Legislativo número 295 del Congreso de la República, que contiene la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (LOIGSS) (CISS 1994, 9).

Posteriormente, la Constitución de 1956, que sustituyó a la anterior, estableció en el artículo 225: “El régimen de seguridad social es obligatorio y se norma por leyes y reglamentos especiales. El Estado, patronos y trabajadores están obligados a contribuir a su financiamiento, y a facilitar su mejoramiento y expansión”. Luego, en 1966 se promulgó una nueva constitución que reconoció entre las garantías sociales, en el artículo 141, el derecho a la seguridad social de los habitantes de la república, lo cual representó un cambio significativo ya que trascendió a un reconocimiento de la seguridad social como un derecho de los habitantes de la República de Guatemala. Además, recogía otros aspectos relativos a esta, tales como su organización y naturaleza, estableciendo el régimen con carácter nacional, unitario y obligatorio, descentralizando las funciones de la institución encargada de aplicar el régimen, así como el reconocimiento del principio de progresividad.

Finalmente, la Constitución vigente fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986 tras su publicación en el Diario Oficial. Es la novena constitución de Guatemala promulgada desde su independencia de España en 1821.

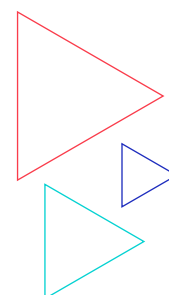
2.1 La seguridad social en la Constitución vigente

Las principales disposiciones de la actual carta magna que fungen como punto de partida para el desarrollo normativo del derecho a la seguridad social son las siguientes:

En el Título II relativo a los derechos humanos, capítulo II “Derechos Sociales”, Sección Séptima “Salud, Seguridad y Asistencia Social”, se encuentra el artículo 100, que textualmente expresa:

- ▶ El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria. El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo. La aplicación del

² Sin embargo, el origen del reconocimiento del derecho a la seguridad social en Guatemala fue gradual y fragmentado. Inicialmente se dio mediante diversas leyes que brindaban protección frente a algunas contingencias a ciertos grupos de trabajadores. Entre las principales se destacan: la Ley Protectora de Obreros sobre Accidentes de Trabajo de 1906, el decreto que estableció el sistema de jubilaciones, pensiones y montepíos para funcionarios y empleados públicos en 1932 y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que facultó a la Secretaría de Gobernación, Trabajo y Previsión Social procurar la implantación y el funcionamiento de los sistemas de seguro social, en 1944.





régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada. El Organismo Ejecutivo asignará anualmente en el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, una partida específica para cubrir la cuota que corresponde al Estado como tal y como empleador, la cual no podrá ser transferida ni cancelada durante el ejercicio fiscal y será fijada de conformidad con los estudios técnicos actuariales del instituto. Contra las resoluciones que se dicten en esta materia, producen los recursos administrativos y el de lo contencioso-administrativo de conformidad con la ley. Cuando se trate de prestaciones que deba otorgar el régimen, conocerán los tribunales de trabajo y previsión social.

Por su parte, en el artículo 102, entre los denominados derechos sociales mínimos en materia laboral, se establece en el literal k) relativo a la protección a la maternidad de la mujer trabajadora el derecho a descanso remunerado con el ciento por ciento del salario; y en el q) en su inciso 1º, la obligación que tiene el empleador, cuando fallece un trabajador a su servicio, de otorgar una prestación equivalente a un salario mensual por cada año laborado, al cónyuge o conviviente, hijos menores o incapacitados. También expresa que el empleador queda exento de esa obligación si la causa de la muerte tuvo origen en un riesgo cubierto totalmente por la seguridad social.

En suma, si bien la Constitución no enumera las eventualidades que deben ser cubiertas por la seguridad social, pueden identificarse claramente, tanto de las normas citadas como de otras disposiciones, las siguientes: enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, vejez, invalidez y sobrevivencia.

Finalmente, cabe señalar que la Constitución, en los arts. 51 y 53, prevé protección especial para ciertas categorías de personas en situación de vulnerabilidad: niñez (menores), adultos mayores y personas con discapacidad (la Constitución utiliza el término "minusválidos"). Asimismo, en el caso de los trabajadores del Estado, refuerza la protección a las personas jubiladas, dándoles cobertura gratuita de los servicios médicos del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (art. 115).

Como se puede apreciar, la seguridad social tal como la concibe la carta magna es un derecho de configuración legal. La principal ley aplicable es la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y sus Reglamentos. La siguiente cita jurisprudencial muestra cómo se ha interpretado el citado artículo 100 en el contexto nacional:

- (...) el Artículo 100 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula lo relacionado con la seguridad social en Guatemala, entendida ésta, como un derecho que abarca dos funciones esenciales y totalmente diferentes una de la otra, pero íntimamente ligadas entre sí. La primera, la constituye la atención médica, es decir, el mecanismo de protección a la vida, que tiene como fines fundamentales la prestación de los servicios médico-hospitalarios conducentes a conservar, prevenir o restablecer la salud de los habitantes (afiliados), por medio de una valoración médica que se comprende necesariamente desde el diagnóstico hasta la aplicación del tratamiento que el paciente requiera para su restablecimiento; y, la segunda, comprende la previsión social, la que, no obstante tenerse como sinónimo de la seguridad social, constituye una institución distinta a aquella, pero estrechamente relacionada entre sí, cuya finalidad es colocar a todos los individuos (afiliados) de una nación a cubierto de aquellos riesgos que los privan de la capacidad de obtener ingresos propios para su sostenimiento, cualquiera que sea el origen de tal incapacidad (desocupación, maternidad, enfermedad, invalidez, vejez,

etcétera); o bien, ampara a determinados familiares en caso de muerte de la persona que velaba por su subsistencia³.

Asimismo, en cuanto a su ámbito de aplicación, del tenor literal del art. 100 de la Constitución vigente en Guatemala se desprende que además de esta disposición se toma en cuenta lo establecido en el art. 4, en el sentido de que “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos (...)”. Se puede concluir que desde la norma suprema se define un alcance amplio del derecho a la seguridad social, que abarca a todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado, independientemente de su nacionalidad o de su calidad de persona trabajadora o asalariada, o no.

Indistintamente de que también se constituya como un derecho de los trabajadores y que estos estén obligados a contribuir según el inciso 2º del art. 100 citado, el reconocimiento de la seguridad social como derecho es más amplio. No hay duda de que la Constitución contiene una configuración de la seguridad social como un derecho humano. Su inclusión en la norma suprema en los términos expuestos demuestra una protección reforzada de este derecho que debe ser garantizado a todos los habitantes, lo que amplía de manera especial la posibilidad de exigirlo ante las máximas instancias cuando se considere que este derecho ha sido vulnerado.

2.2 El derecho a la seguridad social en el derecho positivo de Guatemala

El régimen de seguridad social es administrado principalmente por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) y su regulación se encuentra en Ley de Organización del referido Instituto (LOIGSS)⁴, así como en sus Reglamentos. Cabe recordar que, en virtud del artículo 100 de la Constitución, corresponde al IGSS la aplicación del régimen de la seguridad social; asimismo, es la misma Constitución la que dispone que el IGSS es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias.

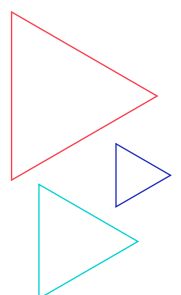
El financiamiento del régimen, tal como lo establece el inciso 2º del art. 100 CN, está a cargo del Estado, los empleadores y los trabajadores. En desarrollo de dicho mandato, el legislador estableció en el artículo 38 de la LOIGSS tres supuestos de financiamiento donde se enmarcan todos los programas de la seguridad social⁵. Más específicamente, el artículo 39 regula: “Las tres partes deben contribuir a sufragar el costo total de los beneficios que en determinado momento se den, en la siguiente proporción: Trabajadores 25 por ciento, Patronos 50 por ciento, Estado 25 por ciento”.

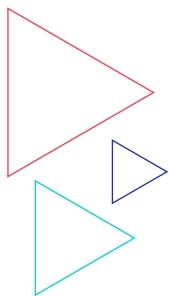
Por último, el art. 40 de la LOIGSS establece que la cuota del Estado como tal, y como patrono, se debe financiar con los impuestos que al efecto se creen o determinen, los cuales han de ser disponibilidades privativas del Instituto. El producto de dichos impuestos debe incluirse en la masa común de ingresos del Estado, pero la Tesorería Nacional queda obligada a apartarlo a la orden del Instituto, que es el único ente autorizado para disponer del fondo respectivo. En este sentido, se advierte que el régimen de seguridad social se ve financiado colectivamente por vía de cotizaciones que realizan los trabajadores y patronos, y de impuestos que permiten cubrir la cuota del Estado, modelo que responde al principio de solidaridad en la financiación de las prestaciones, reconocido en instrumentos internacionales. Por último, es de destacar que “Si bien el Estado debe participar en el financiamiento del IGSS en su doble papel de empleador y financiador del seguro social, su participación no se ha cumplido desde 1956” (OPS

3 Corte de Constitucionalidad. Expediente 6654-2019. Fecha de sentencia: 23/04/2020.

4 Decreto N° 295 de octubre de 1946.

5 El artículo 38 de la Ley Orgánica del IGSS regula los recursos y sistemas financieros. Véase el artículo 71 del Reglamento del Programa Especial de Protección para Trabajadoras de Casa Particular (Precapi).





y CISSCAD 2020). Resulta que la deuda del Estado se ha ido incrementando sustancialmente, lo cual incluso ha conllevado a resoluciones por parte del Procurador de los Derechos Humanos recomendando al Ministro de Finanzas que realice los procedimientos administrativos necesarios a fin de que el IGSS reciba la cuota del Estado que corresponde ⁶. En este contexto, puede observarse que el IGSS debe de ser precavido a la hora de la utilización de la contribución del régimen y que esos recursos que obtiene sirvan para satisfacer el fin que la misma Constitución (art. 100) le ha señalado. Por lo que, tal y como lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad, el IGSS tiene la obligación de determinar los alcances que conciernen a la cobertura de los servicios de diversa índole que presta, en los elementos personal, territorial, temporal o de riesgo, de tal manera de proyectarse para ir gradualmente ampliando su cobertura. Esto teniendo el cuidado de no rebasar la capacidad financiera del Instituto y que, de suceder, se llegue al extremo de colocarlo en situación de descapitalización que provoque, incluso, la quiebra del régimen ⁷.

Con relación al régimen de seguridad social contributivo, es de hacer notar que “el sistema de seguridad social de Guatemala incorpora, junto con el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es el ente rector en la materia a nivel nacional, el régimen del Instituto de Previsión Militar y el régimen de Clases Pasivas Civiles del Estado”. El Instituto de Previsión Militar (IPM) fue fundado en 1966 y están sujetos a su régimen los oficiales del Ejército y los especialistas militares. El IPM tiene un patrimonio propio, formado por aportes del Estado, por aportes de los propios afiliados y por los intereses y las utilidades que se obtengan de la aplicación de sus reservas. Cabe destacar la garantía explícita legal otorgada al militar, consistente especialmente en atribuir al Estado la cobertura de cualquier deficiencia financiera del régimen de previsión militar (CISS 1994).

El Régimen de Clases Pasivas Civiles del Estado (CISS 1994) está regulado por el Decreto N° 63-68 de 1988. Funciona como un régimen de jubilación dirigido a los empleados del sector público y es extensible a sus dependientes en caso de viudez u orfandad (Martínez Franzoni 2013).

-
- La Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado rige para todos los funcionarios o empleados que laboran en los Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como para aquellos trabajadores civiles de las entidades descentralizadas, Tribunal Supremo Electoral, Corte de Constitucionalidad y trabajadores por el sistema de planillas que voluntariamente deseen acogerse al sistema. En cuanto a su financiamiento, el Estado aporta como cuota patronal un 10 por ciento del total de sueldos y salarios, en tanto que los funcionarios y empleados públicos contribuyen con un porcentaje de sus remuneraciones, de acuerdo con una escala progresiva que fluctúa entre el 9 y el 15 por ciento de su ingreso (CISS 1994).
-

Además, en Guatemala existen distintos programas sociales de apoyo a adultos mayores, personas en situación de pobreza o pobreza extrema, niñez, personas con discapacidad, entre otros. Estos son financiados con impuestos y van dirigidos a grupos poblacionales distintos de los que reciben cobertura del régimen de seguridad social contributivo. Uno de los programas que goza de fundamento legal es la pensión al adulto mayor creado en el año 2005 mediante la Ley del Programa de Aporte al Adulto Mayor, y cubre a personas mayores de 65 años en situación de pobreza extrema o discapacidad física, psíquica o sensorial. Estos programas son administrados por diversas Secretarías del Gobierno.

⁶ Procurador de los Derechos Humanos. Expediente Ref. EIO.GUA.6282-2019/DESC. Resolución de fecha: 12 de noviembre de 2020. <https://www.pdh.org.gt/documentos/resoluciones/2020-9/4926-eio-gua-6282-2019-desc-recomendaciones-al-mfp-y-al-igss-para-garantizar-el-pago-de-cuotas-correspondientes-del-estado-al-seguro-social-noviembre-2020/file.html>

⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1213-2009. Sentencia 23-06-2009.

Teniendo en cuenta que el régimen de seguridad social administrado por el IGSS es el régimen con mayor cobertura, a continuación, se presenta un resumen de los beneficios (arts. del 28 al 37 LOIGSS) que se brindan en el marco de este régimen, frente a los distintos tipos de contingencias cubiertas:

Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

a) En caso de incapacidad temporal; servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos y hospitalarios; aparatos ortopédicos, y una indemnización en dinero proporcional a sus ingresos; b) En caso de incapacidad permanente, parcial o total, las rentas que estimaciones actuariales determinen. Mientras no se declare la incapacidad permanente, se deben dar los beneficios de incapacidad temporal que correspondan; y c) En caso de muerte, los causahabientes que hayan dependido económicamente del occiso en el momento de su fallecimiento, especialmente su esposa e hijos menores de edad, deben recibir las pensiones que estimaciones actuariales determinen, además de una suma destinada a gastos de entierro.

Maternidad

La protección relativa a maternidad comprende los siguientes beneficios para la afiliada: a) Servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos y hospitalarios, durante el embarazo, el parto y el periodo posnatal, de acuerdo con lo que determine el reglamento. Estos beneficios pueden concederse a la esposa del afiliado que dependa económicamente de él; b) Indemnización en dinero durante los periodos inmediatamente anteriores y posteriores al parto, fijada proporcionalmente a los ingresos de la afiliada; c) Ayuda para la lactancia, en especie o en dinero; y d) Siempre que el riesgo de maternidad se transforme en enfermedad común o cause la muerte, se deben dar las prestaciones que indica el artículo 31⁸, en lo que sean aplicables.

Enfermedades generales

La protección relativa a enfermedades generales comprende los siguientes beneficios para el afiliado: a) Servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos y hospitalarios, durante el periodo y en la forma que indique el reglamento. Estos beneficios pueden extenderse a los familiares del afiliado que dependan económicamente de él, principalmente a su esposa e hijos menores de edad⁹; b) Indemnización en dinero proporcional a los ingresos del afiliado, durante el mismo periodo; y c) Suma destinada a gastos de entierro

Invalidez, vejez y sobrevivencia

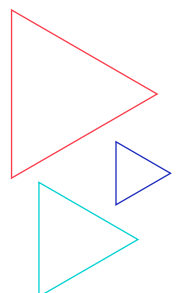
La protección relativa a invalidez, vejez y sobrevivencia tiene cobertura obligatoria para todos los trabajadores asalariados privados y para los empleados públicos. Las pensiones por vejez se brindan a quienes han registrado al menos 240 cotizaciones al IGSS y que hayan cumplido la edad de 60 años¹⁰. Las pensiones por invalidez cubren a asegurados que sean declarados con invalidez total (pérdida de capacidad de ingresos superior al 33 por ciento) o gran invalidez (pérdida de capacidad para el trabajo superior al 33 por ciento y necesidad permanente de ayuda de otra persona para efectuar los actos de la vida ordinaria)¹¹. En cuanto a la pensión de sobrevivencia, esta procede a favor de la viuda, el viudo con una incapacidad total para trabajar, de los hijos menores de 18 años y sin límite de edad si tienen discapacidad, de la madre

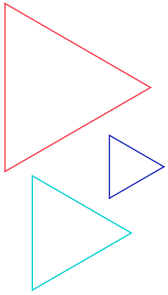
8 Artículo 31 LOIGSS: a) Servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos y hospitalarios, durante el periodo y en la forma que indique el reglamento. Estos beneficios pueden extenderse a los familiares del afiliado que dependan económicamente de él, principalmente a su esposa e hijos menores de edad; b) Indemnización en dinero proporcional a los ingresos del afiliado, durante el mismo periodo; y, c) Suma destinada a gastos de entierro.

9 Incrementando la edad de cobertura hasta los 7 años para los hijos de los afiliados. <https://www.igssgt.org/>

10 Artículo 15 del Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia.

11 Artículo 6 del Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia.





dependiente y padre dependiente con una discapacidad total para trabajar ¹². Las pensiones por vejez son equivalentes al 50 por ciento del ingreso promedio de los últimos 60 meses, más el 0,5 por ciento por cada seis meses de cotizaciones que superen los 120 meses, e incluyen una asignación familiar por cada persona a cargo ¹³. En igual forma aplica para las pensiones por invalidez total, y, en el caso de las pensiones por sobrevivencia, se calcula sobre la base de la pensión que recibía el causante, o la que le hubiera correspondido por invalidez o vejez, distribuida el 50 por ciento al cónyuge y el 25 por ciento por cada hijo huérfano menor ¹⁴. Las prestaciones duran el tiempo que dure la contingencia. El programa se financia con un sistema financiero de primas escalonadas según el cual el gasto no debe superar el ingreso, de ahí que la LOIGSS mandata que se hagan revisiones actuariales cada tres años o cuando la Junta Directiva lo estime conveniente, y el Instituto queda facultado en caso de déficit para realizar reajustes a los beneficios, cuotas de contribución u otras medidas para garantizar el equilibrio presupuestario ¹⁵.

Para finalizar esta sección, cabe señalar que en Guatemala no existen prestaciones por desempleo, por lo que es la única contingencia de las nueve que comprende el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) que no está incorporada en el régimen de seguridad social.

Ahora bien, a continuación, se hará referencia a los instrumentos internacionales ratificados por Guatemala relacionados con el derecho a la seguridad social y su forma de incorporación al ordenamiento jurídico interno.

2.3 Tratados internacionales ratificados y su incorporación en el derecho interno de Guatemala

Guatemala pertenece a la comunidad de países que se rigen por los valores, los principios y las normas del derecho internacional (convencional y consuetudinario). Ha plasmado su adhesión a este sistema suscribiendo –como parte fundacional– la Carta de las Naciones Unidas y varios instrumentos de organizaciones internacionales regionales. Así mismo, ha celebrado tratados, acuerdos o convenciones multilaterales y bilaterales con otros Estados. Lo anterior es de suma importancia porque en algunos de estos tratados también se regula el derecho a la seguridad social. La República de Guatemala reconoce, por mandato del artículo 149 de la Constitución, su deber de normar sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, las reglas y las prácticas internacionales. Reconoce explícitamente la validez del derecho internacional convencional en los preceptos contenidos en los artículos 46 y 204 del máximo código jurídico del país ¹⁶. Es de destacar que se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y las convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Guatemala se ha adherido y ha ratificado los principales tratados internacionales que conforman el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de ahí que le son aplicables las obligaciones derivadas de estos. Particularmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 22 y 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (art. 9); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.e); la Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º e. iv.); la

12 Artículo 24 del Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia.

13 Artículo 16 del Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia.

14 Artículo 25 del Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia.

15 Arts. 44 de la LOIGSS y 42 del Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia.

16 Corte de Constitucionalidad. Expediente 482-98, 4-11-1998.

Convención Americana sobre los Derechos del Niño (art. 26); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26); el Protocolo de San Salvador (art. 9); la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (arts. 24, 28 y 35); el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, entre otros. De lo anterior resulta que Guatemala está obligado a tomar las medidas adecuadas para garantizar en forma efectiva el goce y disfrute de la seguridad social.

Por otra parte, no obstante ser miembro de la OIT, Guatemala únicamente ha ratificado uno de los ocho convenios abiertos a ratificación en materia de seguridad social, que es el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118).

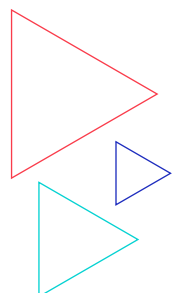
Sobre la aplicación de los tratados internacionales que brindan una mayor protección de los derechos humanos reconocidos en estos, se cita a continuación un importante pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala¹⁷. Con ocasión de resolver una demanda de inconstitucionalidad presentada por la Universidad de San Carlos de Guatemala contra el literal d) del artículo 40 del Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia emitido por el IGSS –que permitía un trato diferenciado en este tipo de prestaciones a los trabajadores de dicha Universidad–, ha trazado una línea interpretativa que potencia el pleno goce y la vigencia del derecho a la seguridad social, por lo que resulta por demás relevante. Al respecto, la Corte señaló:

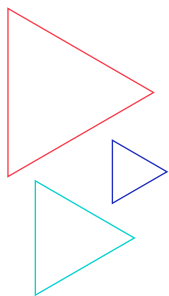
-
- ▶ Por otra parte, se sostiene en este fallo que la intelección de preceptos jurídicos que contemplan el acceso al derecho a la seguridad social debe efectuarse observando una perspectiva que permita la plena vigencia de este derecho fundamental, sobre todo si el acceso a éste encuentra respaldo constitucional, no solo por vía del artículo 100 del texto supremo, sino por la remisión que se hace en el artículo 46 de la ley matriz, ante el reconocimiento que de este derecho se hace en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en los artículos 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 9.1. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De manera que ante un conflicto de normas, sobre todo si en una de ellas se pretende una limitación injustificada o irrazonable del acceso a este derecho, el tribunal constitucional como operador de la justicia constitucional debe optar por la prevalencia de la norma que da acceso al derecho, anteponiendo la jerarquía de ésta a aquella que lo limite.
-

En ese sentido, los tratados internacionales ratificados por Guatemala son vinculantes, y obligan a que se dé una interpretación garantista y no restrictiva en cuanto a la seguridad social por ser este un derecho humano, en el sentido de que, al existir un conflicto de norma con limitación injustificada o irrazonable, debe prevalecer la norma que da acceso al derecho. Es decir que se trata de potenciar el derecho y evitar que se limite.

Ahora bien, para comprender los alcances y el contenido del derecho a la seguridad social se abordará en la siguiente sección su relación con los valores, principios y otros derechos constitucionales.

17 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 732-2003. Sentencia 05-11-2003.





3. La seguridad social y su relación con los valores, principios y otros derechos constitucionales

3.1 Concepto de justicia social y de dignidad humana y su relación con la seguridad social

En cuanto a la justicia social, es de destacar que esta es reconocida en la Constitución tanto como un principio del derecho del trabajo (art. 101) como del régimen económico y social (art. 118), lo que significa que tiene un alcance más allá del derecho laboral y constituye una pieza fundamental en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

En su artículo 101 consagra expresamente: "Derecho al trabajo. El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social". La justicia social se refiere a situaciones de desigualdad, busca un equilibrio entre partes desiguales, por medio de la creación de protecciones a favor de los más débiles. Remite directamente al derecho de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, en especial los trabajadores, al goce de los derechos humanos sociales y económicos. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido:

-
- Como se ha hecho referencia las normas que regulan el derecho del trabajo deben aplicarse e interpretarse siempre atendiendo a los principios que rigen esa materia, es decir tendientes a la superación de los derechos laborales, en búsqueda del equilibrio y el consenso justo y equitativo entre trabajadores y patronos, y al ser obligación del Estado propiciar regímenes que atiendan a estos principios y los de justicia social, procurando la generación de empleo digno, debe establecer acciones tendientes a cumplir los mismos, como el que se encuentra regulado en la norma analizada ¹⁸.
-

Asimismo, la Constitución de Guatemala, en su carácter de ley suprema del Estado, reconoce al trabajo como un derecho de la persona y una obligación social (sección octava). La Corte de Constitucionalidad ha señalado que "(...) el régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social" ¹⁹. De acuerdo con esto, para dar protección al trabajo el Estado debe emplear los recursos que están a su alcance, debe procurar la ocupación de los hombres para asegurarles su derecho a una vida digna.

Respecto a la dignidad humana, esta forma parte de los valores que informan el ordenamiento jurídico constitucional de Guatemala ²⁰. Constituye el principal fundamento de la Constitución, y de forma específica establece en el título relativo a los derechos humanos que "todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 4), de esa forma establece a la dignidad como fundamento de la libertad y la igualdad, lo que conlleva a que todo el ordenamiento jurídico sea interpretado a la luz de dicho valor, tal como lo ha reafirmado la jurisprudencia constitucional de Guatemala en distintos fallos. En una ocasión, en relación a la protección de la mujer, la Corte de Constitucionalidad señaló lo siguiente: "(...) la protección de la integridad y la dignidad de la mujer, es un elemento ineludible para garantizar, a la vez, la protección de la maternidad" (art. 52) y, con ello, de la familia (art. 47) ²¹. Asimismo, en otro fallo señaló que "(...) la Seguridad Social constituye el conjunto de normas y de principios orientadores

18 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1022-2011 Inconstitucionalidad.

19 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 656-2011. Sentencia 11-08-2011.

20 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expedientes acumulados: 303-90 y 330-90, pág. 30, Sentencia: 26-09-91.

21 Corte de Constitucionalidad. Expediente 3009-2011. Fecha de sentencia: 23/02/2012.

y de medios, instrumentos y mecanismos tendientes a implementar la cobertura eficaz de las contingencias sociales que puedan afectar al ser humano o su grupo familiar en sus necesidades materiales vitales y en su dignidad intrínseca e inherente a ellas”²².

Se puede concluir, entonces, que los conceptos de justicia social y dignidad humana están íntimamente relacionados con la seguridad social, la dignidad humana es su fundamento y la justicia social un objetivo.

3.2 Otros principios y derechos conexos

3.2.1 Principios constitucionales conexos con la seguridad social

Para continuar precisando el alcance y los elementos que configuran el derecho constitucional a la seguridad social, resulta oportuno identificar los principios constitucionales en los que se asienta este derecho en forma directa y que delimitan su contenido y sus alcances o posibilitan su ejercicio. Se trata de los principios de unidad y progresividad, a los cuales el artículo 100 hace mención en forma específica, aunque no los define. Ello ha sido producto de los pronunciamientos jurisprudenciales que han examinado la constitucionalidad de diversas normas o medidas a la luz de tales principios y han precisado su significado e importancia para interpretar el contenido y alcance del derecho a la seguridad social. La jurisprudencia además ha reconocido como parte del principio de progresividad el de no regresividad, como se señala a continuación.

El principio de unidad se enuncia en el artículo 100, al destacar de forma específica el carácter unitario del sistema de la seguridad social. Asimismo, este artículo hace referencia a la mejora progresiva del régimen, lo que la jurisprudencia ha entendido claramente como el principio de progresividad y de no regresividad, que a su vez implica que los esfuerzos estatales deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una mejora continua de las condiciones de existencia²³. Y es que, mediante este principio, la interpretación de una norma de derechos sociales no puede realizarse de manera que resulte una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos del derecho en cuestión.

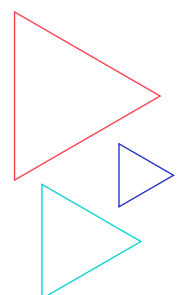
En diversos fallos, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre dichos principios:

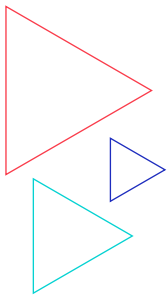
-
- ▶ Dentro de las funciones autónomas del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social se encuentra la potestad de autorregulación financiera, que se encuentra sujeta al principio de progresividad en la cobertura, el cual obliga al Instituto a incrementar paulatinamente –conforme las condiciones económicas se lo permitan (calculadas por medio de estudios actuariales)– la cobertura de los servicios a que está obligado prestar a sus afiliados y a quienes, por extensión, reciben el beneficio del seguro social, tal como lo señala el artículo 100 de la Constitución Política de la República²⁴.
-

22 Corte de Constitucionalidad. Expedientes acumulados: 3-2011, 4-2011 y 52-2011.

23 Corte de Constitucionalidad. Expedientes acumulados: 3-2011, 4-2011 y 52-2011, pág. 23 y expediente N° 4095.2009.

24 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 2604-2004. Sentencia 18-05-2010.





De manera muy concreta y clara, en otro fallo mediante el cual declaró la inconstitucionalidad de medidas tomadas por la Junta Directiva del IGSS por las cuales reformaban el Reglamento de Protección Relativa al Programa de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia, la Corte señaló:

-
- (...) los principios de progresividad y de no regresividad constituyen parámetros de control de constitucionalidad para analizar las medidas adoptadas por los entes reguladores en relación con los derechos sociales, para determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas normativas, pues una vez alcanzado un determinado nivel de protección, el amplio margen de configuración de los entes reguladores en materia de derechos sociales se ve restringido; sobre todo, cuando se afecta derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por la Constitución, tales como la niñez, la maternidad, la discapacidad y la tercera edad, de conformidad con los artículos 51, 52 y 53 constitucionales ²⁵.
-

En otra sentencia más reciente (2017) ²⁶, la Corte de Constitucionalidad señaló en relación al principio de no regresividad o de retroceso social, consagrado en el artículo 26, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo siguiente:

-
- el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe de conservar los niveles alcanzados, con tendencia obligatoria a la progresividad de las condiciones mínimas de asistencia de salud y seguridad social, derivados de su deber de realizar prestaciones positivas para su satisfacción, lo que implica no admitir políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos sociales o de las prestaciones brindadas, que reduzcan el nivel alcanzado por los derechos sociales y de las prestaciones de que goza la población, principalmente si se encuentran en situación de vulnerabilidad, precariedad o pobreza ²⁷.
-

3.2.2 Derechos constitucionales conexos con el derecho a la seguridad social

Además de los principios vinculados a la seguridad social, es importante destacar aquellos otros derechos íntimamente relacionados o conexos con ella, ya que por su naturaleza como derecho humano tiene interrelación con otros como son la salud y la vida, y dicha relación ha sido evidenciada por la jurisprudencia, tal como se señala a continuación.

Derecho a la salud. La salud es un derecho fundamental de toda persona, reconocido en la Constitución en el artículo 93. “El derecho a la Seguridad Social es el conjunto de normas jurídicas que regulan la protección de las denominadas contingencias sociales como la salud, la vejez, la desocupación” (Amaya Fabián 2015-2016). Vale mencionar que la Constitución ubica el derecho a la salud en la misma sección y de manera conjunta con la seguridad social, y esta relación ha sido reconocida por la jurisprudencia ya que la seguridad social tiene entre sus fines proteger el bienestar y la salud de las personas.

Sobre este derecho, la Corte de Constitucionalidad ha reiterado que “(...) la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que este derecho –a la salud– es aquel por el que todo ser humano pueda disfrutar de un equilibrio biológico y social que constituya un estado de bienestar en relación con el medio que lo rodea; implica el poder tener acceso a los servicios que permitan

²⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expedientes acumulados: 3-2011, 4-2011 y 52-2011.

²⁶ Expediente 5791-2016. Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017.

²⁷ Expedientes: 668-2013, 3373-2013, 5245-2013, 2209-2015, 600-2014, 4402-2013, 3230-2014. Expediente 5791-2016. Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017.

el mantenimiento o la restitución del bienestar físico, mental y social”²⁸. En otro fallo, la Corte señaló:

-
- ▶ Esta Corte ha sido constante y consecuente con la interpretación y alcances del derecho a la salud, cuya importancia ha dado lugar a su reconocimiento en los Artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); y en la obligación del Estado de Guatemala de proteger a la persona y garantizarle su vida y desarrollo integral de acuerdo con los Artículos 1º, 2º, 93 y 94 del Texto Fundamental, así como la relativa a velar por la salud y asistencia social de todos los habitantes, desarrollando por medio de sus instituciones –entre ellas, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social–, acciones de prevención, recuperación y rehabilitación de enfermedades, a fin de procurar a los habitantes del país, el más completo bienestar físico, mental y social²⁹.
-

Derecho a la vida. De acuerdo con el artículo 3 de la Constitución, “el estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”. Con respecto a la relación entre este derecho y el derecho a la seguridad social, es imperante traer a colación el fallo pronunciado por la Corte de Constitucionalidad en el Expediente 1734-2011, que señala:

-
- ▶ (...) la aplicación del régimen de seguridad social, sistema por el que, en cuanto a los trabajadores afiliados se refiere, concreta la prestación de un deber positivo del Estado en el sentido que señala no solo la normativa constitucional citada sino también la propia del Instituto [...] Sin perjuicio del ejercicio de dicho derecho, cabe considerar que por elemental humanismo, en aquellos casos excepcionales en los que lo que se esté demandando es la preservación del derecho a la vida, afectado de privación de manera cierta e inminente, por la concurrencia de una enfermedad terminal o bien un caso no previsto, en los que una atención médica adecuada prestada de emergencia pudiese ser determinante para evitar un deceso, la cobertura de servicios médicos no puede ser suspendida o negada hasta que no exista declaración judicial que así lo autorice, pues de ser suspendida o negada con fundamento en la emisión de una decisión (administrativa) que puede ser posteriormente impugnada, ello pudiera derivar en incumplimiento por parte del Estado de sus fines primordiales como lo es el de la preservación de la vida (...) ³⁰.
-

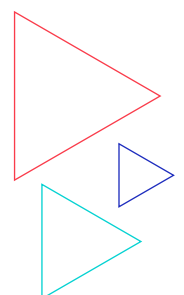
4. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

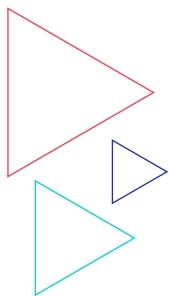
Vistos los diferentes aspectos que implica la seguridad social como derecho de rango constitucional, corresponde en este apartado destacar que el ordenamiento jurídico de Guatemala ofrece diferentes vías de acción, tanto a nivel judicial como administrativo, que buscan tutelar a las personas afectadas en el goce de su derecho a la seguridad social, así como sobre el control de constitucionalidad. Antes de interponer una acción judicial, las personas pueden presentar reclamos o quejas ante el IGSS, ya que así lo dispone el art. 52 de la LOIGSS

28 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 14784-2004. Sentencia 02-08-2004.

29 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 4053-2019. Sentencia 10-11-2020.

30 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1734-2011. Sentencia: 28/07/2011.





sobre la resolución de conflictos, según el cual los reclamos que formulen los patronos o los afiliados con motivo de la aplicación de esta ley o de sus reglamentos deben ser tramitados y resueltos por la Gerencia dentro del plazo más breve posible.

Al respecto, cabe recordar que la Constitución, en el inciso 5° del artículo 100, determina que la competencia para conocer los reclamos por prestaciones de seguridad social corresponden a los tribunales de trabajo y previsión social, por lo que esta es la vía ordinaria; y en la vía extraordinaria, se puede acudir a la Corte de Constitucionalidad, que es el máximo tribunal en materia constitucional. En las próximas líneas se abordarán los mecanismos para exigir el derecho a la seguridad social en Guatemala, haciendo énfasis en la jurisdicción constitucional y trayendo a colación algunos apartados de la jurisprudencia que resultan relevantes.

4.1 Mecanismos de justiciabilidad ante la jurisdicción constitucional

Con la vigencia de la Constitución Política de Guatemala, la máxima instancia en materia constitucional en el país es la Corte de Constitucionalidad. Dicho tribunal es independiente de los otros órganos del Estado, es decir, se trata de un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución –art. 268– y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad –art. 14–³¹.

El ámbito de competencias comprende: “a) la protección de los derechos fundamentales, cuya violación activa la garantía constitucional por excelencia: el proceso de amparo; b) el control de constitucionalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general y en casos concretos –art. 272 inc. a) CN–; c) el recurso de hábeas corpus o exhibición personal, para proteger la libertad personal, tal como el trato digno en caso de una privación de la libertad en el marco de la ley” (Gutiérrez de Colmenares 2005).

En los siguientes apartados únicamente se abordarán los dos primeros: el recurso de amparo y el control de constitucionalidad.

4.1.1 Recurso de amparo

De acuerdo con el art. 265 de la Constitución: “Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”. Dicho proceso tiene su desarrollo en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que “Este derecho –sin entenderlo en forma restrictiva ni desigual– le asiste a todas aquellas personas afiliadas al régimen de seguridad o previsión social conferido al Instituto Guatemalteco de Seguridad

31 En el capítulo uno regula la procedencia y en el capítulo dos la competencia. En cuanto a la procedencia, en su articulado encontramos el objeto (art. 8), los sujetos pasivos del amparo (art. 9) y la procedencia del amparo (art. 10) y otorga las siguientes competencias: “Artículo 11. Corresponde a la Corte de Constitucionalidad, conocer en única instancia, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, en los amparos interpuestos en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República”. Dicha ley le da competencia para conocer amparos en distintos casos a la Corte Suprema de Justicia, a la Corte de Apelaciones, a los jueces de primera instancia (arts. 12, 13, 14) y por último se establece la competencia no establecida en el art. 15, siendo la Corte de Constitucionalidad la que determinará el tribunal que deberá conocer.

Social”³². Sobre el objeto del amparo y sus efectos, resulta oportuno citar lo señalado por la Corte de Constitucionalidad en el Expediente 1351-96, en la sentencia del 6 de mayo de 1997:

-
- ▶ El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura su imperio cuando la violación hubiere ocurrido. Procede siempre que las leyes, disposiciones, resoluciones o actos de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. De conformidad con este principio el amparo se contrae a dos funciones esenciales: una preventiva y otra restauradora. Para establecer su procedencia, cuando se denuncia amenaza de violación a un derecho garantizado por la Constitución y las leyes, es condición que la amenaza que se quiere evitar sea inminente y provenga de un acto de autoridad para que el amparo cumpla con prevenirlo o a contrario sensu, una vez cometida la violación que debió evitarse, el amparo cumple con repararla, restablece al afectado en el goce de sus derechos transgredidos y declara que el acto que se impugna no le afecta por contravenir o restringir derechos garantizados por la Constitución y la ley. En ambas circunstancias, tanto para la protección preventiva como la reparadora, debe examinarse las condiciones básicas para la procedibilidad del amparo³³.
-

Dada la relevancia de la actuación de la Corte de Constitucionalidad en la garantía de la plena eficacia de los derechos sociales, incluyendo el derecho a la salud y la seguridad social, a través del mecanismo de amparo, se presentan tres fallos que establecen parámetros relevantes para el goce y disfrute del derecho en cuestión y delimitan la actuación de los poderes públicos con relación a estos derechos:

1) Expediente 949-02. Sentencia de fecha 29-06-2002 (Derecho a la salud). Acto reclamado: resolución de la Gerencia del IGSS mediante la cual se le negó a una persona la atención del IGSS por considerar que no presta servicios en virtud de un contrato o relación individual de trabajo al patrono. En este caso, la Corte de Constitucionalidad hizo un reconocimiento amplio sobre el amparo como instrumento para reclamar la eficacia de los derechos humanos, incluyendo entre ellos el derecho a la salud, por considerarlo un “mecanismo de protección a la vida”, es decir que hizo una interpretación amplia en favor de la persona (*pro homine*). En dicha ocasión, señaló: “Que la Seguridad Social se ha instituido como un mecanismo de protección a la vida, que tiene como fines fundamentales la prestación de los servicios médicos hospitalarios conducentes a conservar, prevenir o restablecer la salud de los habitantes, por medio de una valoración médica que comprende desde el diagnóstico hasta la aplicación del tratamiento que el paciente requiera para su restablecimiento”.

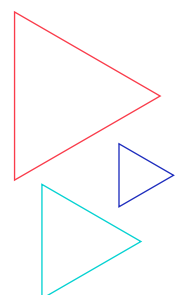
2) Expediente 1533-2015. Sentencia de fecha 18-09-2015³⁴. Acto reclamado: negación de un fármaco pretendido. La Corte amparó al solicitante y ordenó al IGSS que concediera el medicamento, aunque mandó a que se practicara una evaluación médica para comprobar la idoneidad y eficacia de este. Entre otros argumentos, la Corte señaló:

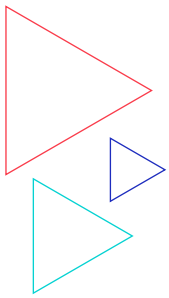
-
- ▶ (...) para la realización del bien común, el Estado presta la seguridad social que le corresponde al IGSS, cuya función es pública, nacional, unitaria y obligatoria, debiendo proporcionar a sus afiliados el medicamento idóneo para el tratamiento del padecimiento, suministrando los fármacos indispensables y los cuidados médicos, advirtiendo que

32 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 949-2002. Sentencia 06-06-2002.

33 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1351-96. Sentencia 06-05-1997.

34 Tienen relación también los siguientes fallos: expedientes 3722-2012, 4314-2012, 4315-2012, 1896-2014, 3294-2014, 3957-2014.





cuando los pacientes cuentan con un respaldo médico adecuado, procede tutelar por el principio dispositivo, la preferencia de un fármaco en particular bajo la responsabilidad de quien lo solicita y el médico que lo prescribe.

Vale destacar que la Corte hace uso del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para privilegiar la posibilidad real que tiene una persona de recibir atención médica oportuna y eficaz por el solo hecho de ser persona. Dentro de este derecho incluye la prevención, el tratamiento y la rehabilitación, a fin de que la persona tenga la posibilidad adicional de preservar su vida.

3) Expediente 600-2014. Sentencia de fecha: 22-04-2014. En este caso, la Corte amparó a un menor de edad que solicitó que el IGSS le extendiera la cobertura no obstante haber cumplido 15 años de edad, ya que, según el art. 128 del Acuerdo Reglamentario N° 466 del IGSS, “en los casos de niños que al llegar a los cinco años requieran tratamiento por anomalías o enfermedades congénitas, incluyendo su rehabilitación, el derecho a las prestaciones se extenderán por el tiempo necesario, sin que éste exceda de los quince años”. La Corte determinó que el IGSS no podía interrumpir la asistencia médica y el tratamiento respectivo por razón de la edad, ya que con ello ponía en riesgo la vida; por lo tanto, ordenó que se proporcionara el medicamento y el tratamiento adecuado para preservar su estado de salud y la calidad de vida. El argumento de la Corte radicó en que “existen situaciones que rebasan la posibilidad de la estricta legalidad e imponen la aplicación directa del reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano, de ahí que el no proporcionar el tratamiento y medicamentos adecuados atentaba contra la salud y la vida”.

Cabe señalar que la Corte precisó que el régimen económico del IGSS no puede prevalecer ante el riesgo de la pérdida de la vida. Para fundamentar su decisión, la Corte hizo uso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12).

4.1.2 Control de constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos

Este tipo de control se realiza mediante la acción o recurso de inconstitucionalidad, sobre el cual la Corte se ha expresado de la siguiente forma:

- Este mecanismo es un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto mantener la preeminencia de la Constitución sobre toda norma, y orientar la selección adecuada de normas aplicables a cada caso concreto. La persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley puede plantearlo ante el tribunal que corresponda según la materia y podrá promoverse cuando la ley de que se trate hubiera sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio (...) ³⁵.

Dos son las formas en que se puede ejercer el control de constitucionalidad: a través del control concentrado y mediante el control difuso. El control concentrado es competencia exclusiva de la Corte de Constitucionalidad conforme a los artículos 267 y 268 de la Constitución, se ejerce con carácter general y sus sentencias poseen carácter *erga omnes* (“respecto a todos”). “Actúa como legislador negativo y expulsa del ordenamiento jurídico la norma que a su juicio es lesiva

³⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 531-1994. Sentencia 01-06-1995.

a la ley suprema” (Gutiérrez de Colmenares 2005). En cambio, el control difuso “atribuye a todos los jueces, desde primera instancia hasta casación, la facultad para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias contrarias a la Constitución, con efectos solo para las partes que han intervenido en la controversia (artículo 266 de la Constitución)” (Gutiérrez de Colmenares 2005).

En cuanto al control de constitucionalidad difuso, merece la pena acotar que la legislación guatemalteca no prevé la denominada “consulta judicial”, “duda de inconstitucionalidad” o “cuestión de inconstitucionalidad”³⁶. Por tal razón, el juez que considere que una norma es contraria a la ley fundamental deberá, de conformidad con el mandato del artículo 204 de la Constitución, declarar inaplicable la norma inferior, bajo su propia responsabilidad. En Guatemala, el control de constitucionalidad de las leyes se realiza por medio de la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos e inconstitucionalidad de leyes de carácter general (Gutiérrez de Colmenares 2005).

Una sentencia que vale la pena señalar es la dictada por la Corte de Constitucionalidad en los **expedientes de inconstitucionalidad general acumulados ref. 3-2011, 4-2011 y 52-2011, de fecha 6 de septiembre de 2012**³⁷. En resumen, la inconstitucionalidad se invocó contra un Acuerdo de la Junta Directiva del IGSS que contenía reformas al Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Supervivencia que, entre otras medidas, elevaba los requisitos para acceder a la jubilación de 60 a 62 años la edad mínima y de 62 a 65 años la edad para cobrar una pensión completa. En la sentencia, la Corte de Constitucionalidad, tras advertir medidas regresivas alcanzadas en prestaciones sociales justificadas en estudios actuariales que prevén evitar el déficit del sistema de previsión social, estableció algunos lineamientos para ponderar derechos sociales en colisión con otros principios constitucionales. El balanceo lo realizó entre los derechos sociales de los afiliados al Programa de Invalidez, Vejez y Supervivencia del IGSS y el deber constitucional de protección financiera del régimen de seguridad social. Así fue como la Corte determinó que para interpretar las normas de pensiones de seguridad social deben tomarse en cuenta: **a) el elemento del *mínimum existencial***³⁸; **b) el elemento de la *progresividad***, y **c) el elemento de la *no regresividad***. Señaló, además, que una medida es regresiva y no progresiva: 1) cuando recorta o limita el ámbito de protección del respectivo derecho prestacional; 2) cuando aumenta los requisitos exigidos para acceder al derecho; 3) cuando disminuye o desvía los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho.

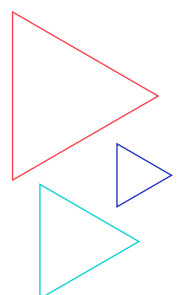
Asimismo, cabe agregar que, en esta sentencia, el Tribunal admitió que las dificultades financieras pueden dar lugar a la toma de medidas que disminuyan una protección alcanzada a un derecho social, pero que tales medidas deben ser racionales y proporcionales, lo que pasa por ponderar cada medida bajo los test³⁹ de razonabilidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el fallo declaró inconstitucionales algunas de las medidas contenidas en la reforma por ser violatorias del art. 100 de la Constitución, al considerarlas regresivas, no razonables ni proporcionales. Por último, en este caso la Corte señaló que, tratándose de normas de seguridad social prestacionales, no podía declarar los efectos clásicos de expulsar del ordenamiento jurídico las normas nulas al día siguiente de la publicación del fallo, pues podría

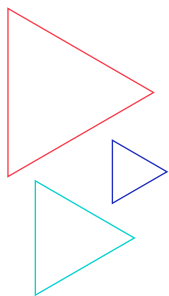
36 La cuestión de inconstitucionalidad trata de una cuestión incidental que cualquier órgano jurisdiccional puede someter ante el Tribunal Constitucional respecto de las normas con fuerza de ley y por cualquier posible infracción de la Constitución, puede plantearla cualquier órgano judicial, bien de oficio o a instancia de parte (Luis Aguiar de Luque, Pablo Pérez Tremps *et al.*, *Veinte años de jurisdicción constitucional en España* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002). Este mecanismo existe en otros países de la región, tales como Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

37 La inconstitucionalidad alegada fue contra el Acuerdo N° 1257 de la Junta Directiva del IGSS.

38 Se refiere a las necesidades vitales mínimas de la población.

39 Para establecer: a) si buscan satisfacer un fin constitucional; b) tales medidas son válidas para lograrlo; c) fueron evaluadas las distintas alternativas; d) no afecta el contenido esencial del derecho a la seguridad social; o e) si el beneficio a alcanzar es superior al costo que previene.





producir una desregulación de las medidas prestacionales, por lo cual emitió una exhortación para que la autoridad competente dictara la nueva normativa.

5. Desafíos y amenazas para la realización de la seguridad social

Tal y como se señaló anteriormente, de acuerdo a la Constitución (art. 100), la seguridad social es un derecho para beneficio de todos los habitantes de Guatemala. Sin embargo, el IGSS ha establecido sobre el campo de aplicación personal y material del régimen que administra lo siguiente:

- El Régimen de Seguridad Social brinda cobertura a los trabajadores del sector formal de la economía, y los servicios se extienden a sus esposas o compañeras de hogar en todo el país, así como a sus hijos menores de 7 años. Por otra parte, se otorgan beneficios de atención de la salud y beneficios pecuniarios a los pensionados por el IGSS; mientras que, por disposición constitucional, se ofrecen servicios de atención de la salud a los jubilados del Estado, sin recibir el apoyo financiero de dicho sector. En apoyo al sistema de servicios de salud nacional, se atiende a las personas no afiliadas que requieren atención por estricta emergencia (IGSS 2021, 57).

Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) “derivados de los resultados de la Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos (ENEI 2-2019), la Población Económicamente Activa (PEA) registrada en el año 2019 fue de 7,419,943, de los cuales el IGSS al 31 de diciembre de 2020 brindó cobertura a 1,289,882 afiliados cotizantes al régimen de seguridad social, es decir que la cobertura de este régimen alcanza al 17.4% de la PEA” (IGSS 2021, 57). Asimismo, según los datos del IGSS, en el año 2020 el número de beneficiarios esposas y compañeras de vida ascendían a 525 356 y de hijos menores de 7 años a 783 116.

De los párrafos anteriores se desprende que, pese al reconocimiento del derecho a la seguridad social en la Constitución de Guatemala, en la práctica, el país todavía está lejos de alcanzar el objetivo de cobertura universal, ya que un segmento importante de la población se encuentra desprotegido por la seguridad social contributiva. Adicionalmente, en el contexto de la pandemia de la COVID-19 miles de personas fueron despedidas y perdieron su fuente de ingresos, circunstancia que se sumó al problema existente de la falta de cobertura de la seguridad social en Guatemala. Según datos del IGSS, para el 2020 se registró una variación del -4,5 por ciento en el número de afiliados respecto del 2019 ⁴⁰.

6. Conclusiones

En la Constitución de Guatemala se encuentra consagrado el derecho a la seguridad social, cuyas disposiciones han sido interpretadas por la Corte de Constitucionalidad, tanto en procesos de amparo como de control de constitucionalidad, para garantizar el goce efectivo de este derecho a sus habitantes. También debe mencionarse que, a nivel de la justicia ordinaria, existen mecanismos para reclamar ante la violación de tal derecho tanto en la vía administrativa como judicial; sin embargo, la justicia constitucional en su labor de intérprete de las normas constitucionales ha ido delimitando la actuación de las instancias encargadas de aplicar el régimen de la seguridad social, particularmente al IGSS así como al legislador al momento de regular requisitos o alcances en su configuración legal. Como se ha expuesto en este artículo, es posible identificar importantes avances en materia de reconocimiento constitucional, por

40 IGSS 2020, <https://www.igssgt.org/wp-content/uploads/2021/07/IGSS-en-cifras-2020.pdf>

ejemplo, en procesos relativos a la negación de fármacos y tratamientos médicos (Expediente 1533-2015. Sentencia de fecha 18-09-2015); la cobertura en salud de un menor no obstante haber cumplido 15 años de edad (Expediente 600-2014. Sentencia de fecha: 22-04-2014); y en el caso que se elevaba los requisitos para acceder a la jubilación de 60 a 62 años la edad mínima y de 62 a 65 años la edad para cobrar una pensión completa (expedientes de inconstitucionalidad general acumulados, ref. 3-2011, 4-2011 y 52-2011), entre otros.

Un aspecto de especial relevancia es el reconocimiento del principio de progresividad establecido en el artículo 100 de la Constitución, principio que según la Corte de Constitucionalidad implica la “no regresividad” del derecho a la seguridad social, tal como se ha señalado en párrafos anteriores. Asimismo, ha dispuesto con claridad el deber del Estado de garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad, apartándose de concepciones anteriores a la seguridad social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos y contingencias ⁴¹. Sin embargo, aún persisten desafíos para la realización efectiva de este derecho, como se señala a continuación.

Por ejemplo, la cobertura efectiva de la seguridad social es limitada. Podría afirmarse que Guatemala requiere un cambio para lograr el objetivo del cumplimiento universal del derecho de la seguridad social. También cabe destacar que el país solo ha ratificado uno de los convenios actualizados de la Organización Internacional del Trabajo en materia de seguridad social, por lo que queda como deuda pendiente la ratificación de otras normas internacionales.

Ahora bien, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la seguridad social constituye el conjunto de normas y de principios orientadores y de medios, instrumentos y mecanismos tendientes a implementar la cobertura eficaz de las contingencias sociales que puedan afectar al ser humano o a su grupo familiar en sus necesidades materiales vitales y en su dignidad intrínseca e inherente a ellas ⁴². Sin embargo, a pesar de tan importante reconocimiento normativo (art. 100 CN) y de la jurisprudencia, en la práctica, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, entidad responsable de brindar la mayoría de las prestaciones de la seguridad social –consistentes en prestaciones económicas y atención médica en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, maternidad y enfermedad general, así como prestaciones económicas de invalidez, orfandad, viudedad y vejez (arts. 28 a 37 LOIGSS)–, reporta una serie de desafíos. Concretamente, la baja cobertura efectiva (se estima que menos del 20 por ciento de la PEA son afiliados cotizantes) se traduce en la imposibilidad de dar cumplimiento a la seguridad social, lo que conlleva a la necesidad de una reestructuración de las normas y los reglamentos para lograr que sean acordes a los principios de la seguridad social y a normativas internacionales en materia de derechos humanos.

El régimen de seguridad social contributivo también presenta problemas sustanciales en su financiamiento, principalmente por el incumplimiento por parte del Estado de cubrir sus obligaciones con el IGSS, lo que puede representar un riesgo alto para su sostenibilidad ⁴³.

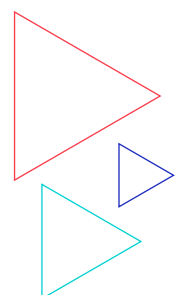
Asimismo, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, el número de trabajadores afiliados a la seguridad social disminuyó según datos administrativos del IGSS. Para el 2020 se registró una variación del -4,5 por ciento en el número de afiliados respecto del 2019, y el total de afiliados para el año 2020 fue de 1 289 882 ⁴⁴, lo cual significa que disminuyó la población protegida. La consecuencia de esto es un mayor uso del sistema de salud público y de los servicios asistenciales, así como una disminución de las aportaciones al IGSS.

41 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 732-2003.

42 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expedientes acumulados: 3-2011, 4-2011 y 52-2011.

43 Resolución dictada por el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala en el expediente Ref. EIO. GUA.6282-2019/DESC, de fecha 12-11-2020.

44 Datos del IGSS. <https://www.igssgt.org/>





7. Bibliografía

Textos en línea

Amaya Fabián, Aracely. 2015-2016. "El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social: Breve reseña de la institución". *Revista Jurídica*. <http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentaciónJudicial/cds/CDs%20revista%20juridica/Revista%20Juridica%2015-16/articulos/04%20EI%20Instituto%20Guatemalteco%20de%20Seguridad%20Social.pdf>

CISS (Conferencia Interamericana de Seguridad Social). 1994. "La Seguridad Social en Guatemala". Serie Monográfica 11. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social. http://biblioteca.ciess.org/adiss/r577/la_seguridad_social_en_guatemala...

Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. 2005. "Los derechos humanos en el derecho interno y en los tratados internacionales. Su protección por la jurisdicción constitucional guatemalteca". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21739.pdf>

IGSS (Instituto Guatemalteco de Seguridad Social). 2021. *Informe Anual de Labores 2020*. <https://www.igssgt.org/informes/informe-anual-de-labores/>

OIT. Perfiles por país. Ratificaciones de Guatemala. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102667

Martínez Franzoni, Juliana. 2013. *Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe: Guatemala*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

OPS y CISSCAD (Organización Panamericana de la Salud y Consejo de Institutos de Seguridad Social de Centroamérica y República Dominicana). 2020. *Seguridad social en Centroamérica y República Dominicana: situación actual y desafíos*. Washington, D.C. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/51888>.

Organización Panamericana de la Salud. Guatemala. Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud. <https://www.paho.org/es/guatemala>

Valenzuela Herrera, Augusto. "Seguridad Social en Guatemala". <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/seguridad-social-guatemala.pdf>

Normativa legal

Constitución aprobada el 31 de mayo de 1985 y publicada en el Diario Oficial N° 41, de 3 de junio de 1985.

Ley Orgánica del IGSS y sus Reglamentos.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Código de Trabajo.

Ley de lo Contencioso Administrativo.

Resoluciones judiciales (<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/sjc/>)

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 14784-2004. Sentencia 02-08-2004.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 4053-2019. Sentencia 10-11-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 14784-2004. Sentencia 02-08-2004.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 949-2002. Sentencia 06-06-2002.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1351-96. Sentencia 06-05-1997.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 531-1994. Sentencia 01-06-1995.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 2604-2009. Sentencia 18-05-2010.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 956-2004. Sentencia 29-10-1998.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 194-98. Sentencia 21-10-1998.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 459-2000. Sentencia 27-09-2000.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 304-21. Sentencia 05-04-2001.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 795-2000. Sentencia 24-08-2005.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 2498-2008. Sentencia 10-02-2009.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 4016-2009. Sentencia 04-02-2010.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 732-2003. Sentencia 05-11-2003.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3556-2010. Sentencia 02-02-2011.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1344-2021. Sentencia 24-05-2021.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 482-98. Sentencia 04-11-1998.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1356-2011. Sentencia 11-10-2006.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 656-2011. Sentencia 11-08-2011.

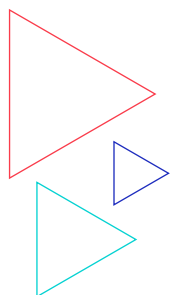
Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expedientes de inconstitucionalidad general acumulados ref. 3-2011, 4-2011 y 52-2011.

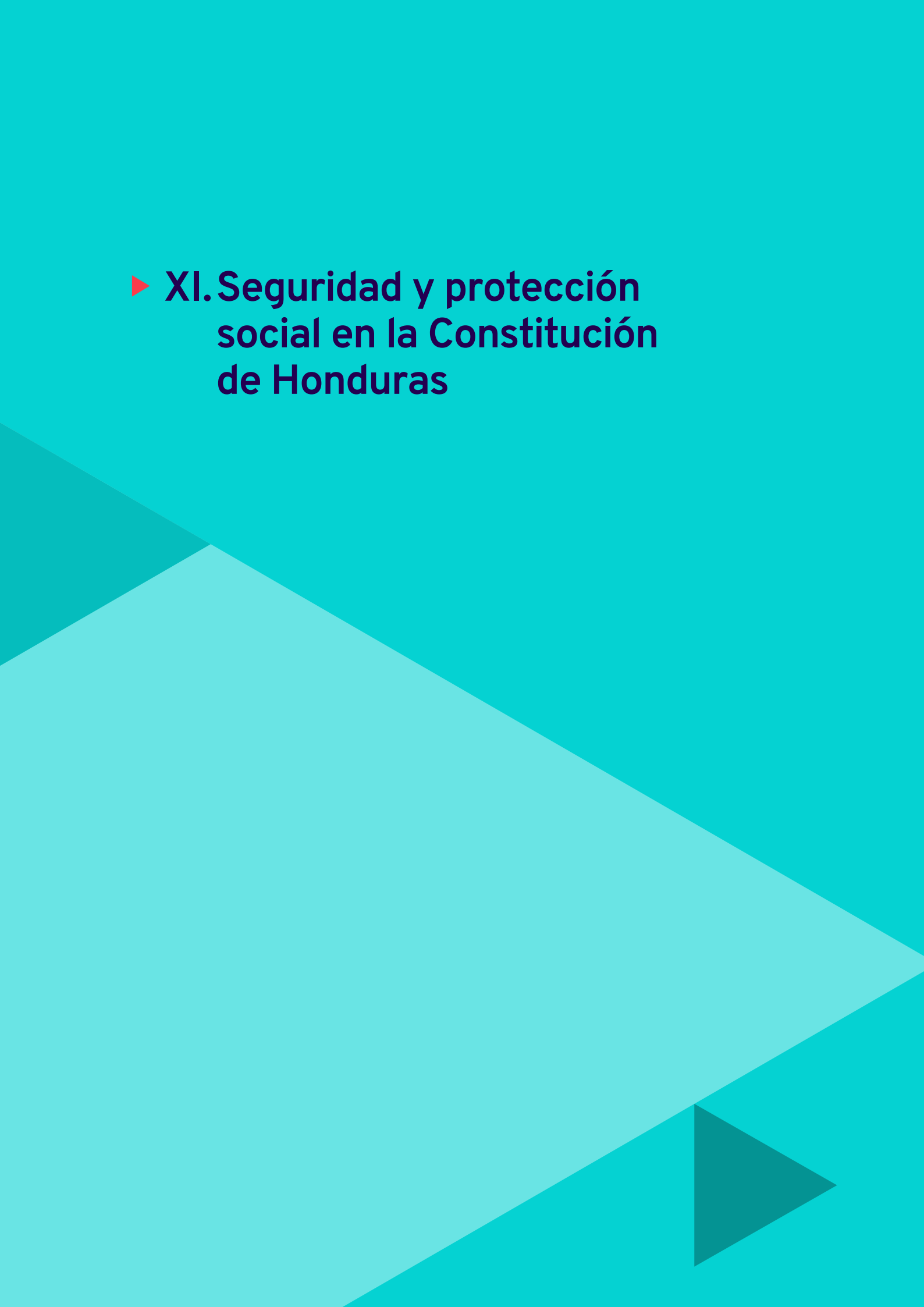
Gaceta N° 37, expediente N° 199-95, sentencia 18-05-95.

Gaceta N° 57, expediente N°1 6-00, sentencia 05-09-00.

Gaceta N° 21, expedientes acumulados N° 303-90 y 330-90, pág. 30, sentencia 26-09-91.

Gaceta N° 64, expediente N° 949-02, sentencia 06-06-02.



The background is a solid teal color with several geometric shapes in different shades of teal. A large, light teal triangle points upwards from the bottom left towards the center. A smaller, darker teal triangle points downwards from the top left towards the center. Another darker teal triangle points to the right from the bottom right corner. The text is positioned in the upper left quadrant.

▶ **XI. Seguridad y protección social en la Constitución de Honduras**



XI. Seguridad y protección social en la Constitución de Honduras

Ena Lilian Nuñez O'Brien¹

Resumen

La seguridad social en Honduras se reconoce a nivel constitucional como uno de los derechos y garantías consagrados a favor de toda persona. La misma Constitución dispone que sea el Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS) la entidad rectora en la materia, bajo un esquema contributivo, sobre la base de las aportaciones de todas las partes interesadas. A nivel constitucional también se describen las diferentes contingencias objeto de las coberturas de los servicios de la seguridad social, con un énfasis en el carácter progresivo de las coberturas, tanto a nivel de los riesgos cubiertos como a nivel geográfico. A pesar del importante reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social, en la práctica, se verifican ciertos desafíos que impiden o limitan su plena materialización para las personas bajo la jurisdicción del Estado, tales como la deficiente cobertura, y en particular de grupos de poblaciones en condición de vulnerabilidad, así como problemas relativos a la sostenibilidad financiera.

1. Introducción

La historia constitucional de Honduras reporta un interesante desarrollo normativo del derecho a la seguridad social, que ha permeado el ordenamiento jurídico actual en la materia. Precisamente, ese desarrollo constitucional del derecho a la seguridad social es el objeto central de este estudio.

La primera sección de este documento inicia presentando un contexto del desarrollo constitucional actual del derecho a la seguridad social en Honduras, la evolución de la seguridad social en el derecho positivo y el estado de ratificaciones de instrumentos internacionales pertinentes a la seguridad social por parte del Estado hondureño. En la segunda sección, se discute la relación entre la seguridad social y los conceptos de justicia social y de dignidad, el principio constitucional de progresividad y los sujetos de especial protección. La justiciabilidad del derecho a la seguridad social en Honduras se aborda en la tercera sección del documento, donde se hace referencia a los mecanismos institucionales de tutela del derecho a la seguridad social y el tipo de control de constitucionalidad que opera en el país. Posteriormente, en la cuarta sección se recoge el desarrollo de la legislación infraconstitucional aplicable en materia de seguridad social con énfasis en algunas de las normas secundarias, decretos y reglamentos pertinentes. La quinta sección analiza los desafíos y las amenazas que afectan la realización del derecho a la seguridad social en Honduras; y finalmente, en la sexta y última sección se presentan las conclusiones derivadas del presente estudio.

¹ Consultora en Asuntos Laborales. Máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad de Castilla-La Mancha. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA).

1.1 Contexto y desarrollo de la Constitución actual ²

De acuerdo al artículo 1 de la Constitución vigente, Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente. Por su parte, el artículo 4 define a la forma de gobierno como republicana, democrática y representativa, a la vez que reconoce tres poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, complementarios e independientes y sin relación de subordinación entre ellos.

La actual Constitución hondureña se promulgó por la Asamblea Nacional Constituyente, el 11 de enero de 1982 (Decreto N° 131) y entró en vigencia el 20 de enero del mismo año. Es la décima cuarta carta magna promulgada por Honduras como nación libre e independiente ³. El Título III de la Constitución hondureña –relativo a las declaraciones, derechos y garantías– incluye todo un capítulo destinado a la seguridad social (capítulo VI), dentro de este, el art. 142 reconoce que “Toda persona tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido”.

La misma disposición establece que los servicios de seguridad social serán prestados y administrados por el Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS) con coberturas en casos de *enfermedad, maternidad, subsidio de familia, vejez, orfandad, paros forzosos, accidentes de trabajo, desocupación comprobada, enfermedades profesionales y todas las demás contingencias que afecten la capacidad de producir*.

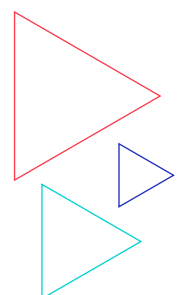
Por su parte, el inciso 3 del art. 142 de la Constitución dispone que el Estado creará instituciones de asistencia y previsión social que funcionarán unificadas en un sistema unitario estatal con la aportación de las partes interesadas. En virtud de esta disposición constitucional, se crea un sistema de gobernanza de la seguridad social cuyo funcionamiento tiene como base las aportaciones de las personas protegidas y del mismo Estado. De manera más específica, el art. 143 menciona que el Estado, los empleadores y los trabajadores estarán obligados a contribuir al financiamiento, mejoramiento y expansión del seguro social, y que dicho régimen se implantará de manera *gradual y progresiva*, tanto en lo que concierne a riesgos cubiertos como a las zonas geográficas y a las categorías de trabajadores protegidos. Finalmente, el último artículo de este capítulo establece que la ampliación del régimen de seguridad social para los trabajadores de la ciudad y del campo se considera de utilidad pública (art. 144).

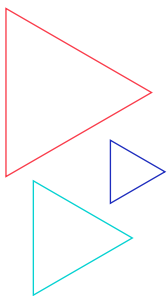
Tal y como se mencionó, el inciso 2 del artículo 142 especifica nueve contingencias que deberán ser cubiertas por el IHSS, a saber: enfermedad, maternidad, subsidio de familia, vejez, orfandad, paros forzosos, accidentes de trabajo, desocupación comprobada y enfermedades profesionales, permitiendo además el reconocimiento de “todas las demás contingencias que afecten la capacidad de producir”. Adicionalmente, dentro del capítulo V referente al derecho al trabajo, el art. 127 de la Constitución reconoce la **protección contra el desempleo**. Sin embargo, pese a este mandato constitucional, en la actualidad, no existe en Honduras un desarrollo normativo que vuelva efectivas las obligaciones relativas a la protección de las personas desempleadas y sus familias.

Teniendo como marco las disposiciones de la Constitución actual relativas al derecho a la seguridad social, a continuación, se presenta una breve descripción histórica de la evolución que ha tenido la regulación de la seguridad social en el derecho positivo hondureño, incluyendo la normativa constitucional y de legislación infraconstitucional que antecede al actual sistema jurídico que regula dicha materia.

² Se revisaron las reformas constitucionales de marzo de 2011, de noviembre de 2016 y de enero de 2019, y ninguna de dichas reformas modifica las disposiciones aplicables en materia de seguridad social.

³ Este conteo excluye las constituciones centroamericanas emitidas por los países de la región como Federación.





1.2 Evolución del derecho a la seguridad social en el derecho positivo

Las primeras nociones de seguridad social –sin que dicho concepto aparezca reconocido como tal de manera explícita– se incorporaron en la Constitución de 1924: el art. 176 hacía referencia a una ley de accidentes de trabajo, la cual establecería las responsabilidades del empleador y las condiciones en que se harían efectivas dichas responsabilidades; sin embargo, a pesar del mandato constitucional, dicha normativa no se emitió en los años posteriores. Años después, la Constitución de 1936 disponía que las grandes empresas industriales estaban obligadas a establecer hospitales en el lugar de sus actividades con el fin de atender accidentes o enfermedades de sus empleados (art. 195); siendo un modelo que trasladaba exclusivamente a los empleadores la responsabilidad por la salud de sus trabajadores. Aunque en términos generales, el art. 196 de esa misma Constitución reconocía que era deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico de la nación.

Tras un golpe de Estado militar en octubre de 1956, las Fuerzas Armadas hondureñas convocaron a una Asamblea Nacional Constituyente en noviembre de 1957, la cual eligió a Ramón Villeda Morales como presidente de Honduras; un mes después, se promulgó la Constitución que dicha Asamblea había redactado. La Asamblea estaba dominada por diputados liberales y las masas populares en el país se identificaban con el discurso de justicia social del movimiento liberal (Bardales 2020).

Con la promulgación de la Constitución de 1957 se reconoció por primera vez a nivel de la norma suprema el derecho a la seguridad social. El art. 127 disponía:

-
- Toda persona tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar o para obtener trabajo retribuido. Los servicios de seguro social serán prestados y administrados por entidades autónomas y cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, subsidios de familia, vejez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y todas las demás contingencias que afecten la capacidad de trabajar y consumir. La ley promoverá el establecimiento de tales servicios, a medida que las necesidades sociales lo exijan.
-

Por su parte, el art. 128 de aquella Constitución sentó las bases para el modelo tripartito y solidario del nuevo régimen de seguridad social –nuevo en ese momento– al disponer que el Estado, los empleadores y los trabajadores estarían obligados al financiamiento y mejoramiento de dicho régimen. Mientras que el art. 129 declaró de utilidad pública la emisión de la Ley de Seguro Social.

En lo concerniente al desarrollo del derecho a la seguridad social a nivel infraconstitucional, 1958 y 1959 fueron años de importantes avances normativos. En marzo de 1958, el Congreso Nacional emitió el Decreto N° 35, por el cual se creó el IHSS como institución autónoma con personalidad jurídica propia, con base en lo estipulado en los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución de la República vigente en ese momento (Valle Reconco 2010, 148). En 1959 se emitió la Ley del Seguro Social de Honduras⁴, que aún hoy en día –62 años después de su aprobación– continúa vigente. Inicialmente, la ley contemplaba un ámbito de aplicación limitado a las personas asalariadas de las ciudades principales, San Pedro Sula y Tegucigalpa, con aportación tripartita de empleadores, trabajadores y Estado, y en 1962 incorporó la cobertura de las prestaciones por enfermedad y maternidad (Rivera Williams 2009, 14).

4 Decreto 140-1959, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 16,819 de 3 de julio de 1959.

En 1959 también se promulgó el Código de Trabajo ⁵, que incorporó una serie de disposiciones en materia de seguridad social, específicamente en lo relativo a accidentes de trabajo, subsidios en caso de enfermedad y maternidad, así como servicios de inspección.

Villeda Morales fue derrocado en octubre de 1963 mediante un golpe de Estado militar. De tal suerte que este nuevo Gobierno promovería la promulgación de una nueva constitución, lo que se materializó apenas dos años después (Valle Reconco 2010). En la siguiente Constitución, de 1965, se adicionó el reconocimiento constitucional del IHSS como la entidad responsable de prestar y administrar los servicios de seguridad social, disposición que permanece intacta hasta la fecha, pese a la emisión de nuevas constituciones y diferentes reformas constitucionales.

En 1972 el IHSS comenzó a otorgar las prestaciones por invalidez, vejez y muerte, y recién en 2007 la cobertura de riesgos profesionales para atender accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ⁶; riesgos que anteriormente tampoco eran cubiertos directamente por los empleadores. Otros importantes avances normativos en materia de seguridad social después de 1959 tienen que ver con la promulgación del Reglamento de Aplicación de la Ley del Seguro Social en 1971 (Decreto N° 193-1971), el cual fue derogado por el actual Reglamento General de la Ley del Seguro Social de 2005 (Acuerdo N° 003-JD-2005).

Como ya se mencionó, en enero de 1982 se promulgó una nueva constitución, que es la que actualmente se encuentra vigente. Al comparar el articulado contenido en los capítulos dedicados a la seguridad social en la Constitución actual con el texto original de la Constitución de 1982, no se advierte cambio alguno; es decir que las disposiciones constitucionales en esta materia no han reportado ninguna evolución por casi cuatro décadas. En lo concerniente al reconocimiento del derecho a la seguridad social a favor de la niñez, este se incorporó por primera vez en la Constitución de 1982 (art. 123).

En 1991 se creó el Régimen de Aportaciones Privadas (RAP) con la emisión de la Ley del Fondo Social para la Vivienda (Decreto Legislativo N° 167-91) con el fin de administrar el fondo que se constituye con las aportaciones y cotizaciones de personas trabajadoras del sector privado. Pero solo dos años después el RAP pasó de ser una institución sujeta al derecho público a estar bajo el derecho privado, y no fue sino hasta 2013 que se emitió la Ley del RAP (Decreto Legislativo N° 107-2013) para crear un marco jurídico propio del régimen, el cual reitera su naturaleza privada pero como entidad sin fines de lucro ⁷. Es preciso aclarar que el propósito del RAP es recaudar y administrar aportaciones obrero-patronales, con el fin de proveer a sus afiliados prestaciones tales como auxilio por desempleo y créditos personales y para vivienda, siendo un componente adicional del régimen de seguridad social hondureño; aunque resulta importante aclarar que el denominado “auxilio por desempleo” opera más bien como un sistema de cuentas individuales de cesantías y no como un sistema de protección contra el desempleo en sentido estricto.

Entre 1992 y 1993 se incorporaron las últimas ciudades del país a la cobertura de la seguridad social, siendo las últimas que estaban pendientes Choluteca, Danlí y Juticalpa ⁸, lo cual confirma que el alcance de la Ley de Seguridad Social no era generalizado.

En 2014 el IHSS enfrentó una crisis de sostenibilidad financiera. Siguiendo los esfuerzos por superar dicha crisis, a inicios de 2015 se aprobó la **Ley Marco del Sistema de Protección Social (Ley Marco)** ⁹ que tiene por objeto crear el marco legal de las políticas públicas en materia de protección social, en el contexto de los convenios, principios y mejores prácticas nacionales e

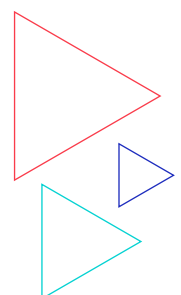
5 Decreto 189-1959, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 16,834 de 23 de julio de 1959.

6 Decreto 189-1959, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 16,834 de 23 de julio de 1959.

7 Información disponible en <https://www.rap.hn/historia/>

8 Decreto 189-1959, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 16,834 de 23 de julio de 1959.

9 Decreto N° 56-2015, de 21 de mayo de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 33,771 de 2 de julio de 2015.





internacionales que rigen la materia ¹⁰. Dentro de los Considerandos de la ley se reconoce la necesidad de la población hondureña a una cobertura integral en profundidad y diversidad de las múltiples contingencias vitales, así como también la necesidad de contar con un cuerpo normativo que garantice a la población la protección necesaria para su pleno bienestar humano. En el Considerando 2, la ley hace referencia al reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social, y el Considerando 3 menciona que, para hacer efectivo el ejercicio de ese derecho (entre otros), se han dictado diferentes normas jurídicas, tales como la Ley del Seguro Social y el Código de Trabajo. De igual manera, el art. 1 de la ley establece una relación directa entre esta y las disposiciones constitucionales en materia de seguridad social:

-
- OBJETO.- La presente Ley en cumplimiento de la Constitución de la República, tiene por objeto crear el marco legal de las políticas públicas en materia de protección social, en el contexto de los convenios, principios y mejores prácticas nacionales e internacionales que rigen la materia; a fin de permitir a los habitantes, alcanzar de forma progresiva y sostenible financieramente, una cobertura digna, a través de la promoción social, prevención y el manejo de los riesgos que conlleva la vida de las personas, asegurando la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los demás derechos sociales necesarios para el logro del bienestar individual y colectivo.
-

Dicha ley crea un modelo multipilar de la seguridad social con el que se aspira a ampliar la cobertura frente a las contingencias derivadas de los principales riesgos durante el curso de la vida, a través de la combinación de diferentes esquemas, incluyendo regímenes de protección contributivos y no contributivos. El Considerando 12 de la Ley Marco reconoce explícitamente que con su emisión se busca implementar un nuevo marco de seguridad social, a nivel legal e institucional, frente al anterior régimen.

La citada Ley Marco en su art. 58 incluye un mandato expreso para que el Estado apruebe, en los siguientes dieciocho meses, otras normativas complementarias, tales como una Ley del Seguro Social, una Ley de Sistema Nacional de Salud, una Ley de Administración de Fondos de Pensiones y Cesantías, entre otras leyes. Sin embargo, cabe mencionar que **a la fecha de realización de este informe no se habían emitido ninguna de estas leyes y la cobertura del sistema no muestra progresos.**

En síntesis, si bien desde la Constitución de 1957 se reconocieron diferentes contingencias objeto de cobertura de la seguridad social, su materialización se ha venido desarrollando a lo largo de varias décadas, iniciando con las prestaciones por accidentes de trabajo (1959) y adicionando gradualmente las prestaciones por enfermedad y maternidad (1962), invalidez, vejez y muerte (1972) y de riesgos profesionales (2007); aunque sigue pendiente de materializarse la prestación por desempleo.

Luego de este sucinto abordaje sobre la evolución del derecho a la seguridad social en el derecho positivo, la siguiente sección presenta una breve reseña de la forma en que la legislación vigente concreta el derecho a la seguridad social reconocido en la Constitución hondureña.

¹⁰ Así lo reconoce el mismo IHSS en su *Memoria Institucional 2019*, 7.

1.3 Concreción del derecho constitucional a la seguridad social en el actual régimen vigente

Regímenes del Sistema Nacional de Protección Social. Como se mencionó anteriormente, los años 2014 y 2015 marcaron un punto de inflexión en el desarrollo normativo de la seguridad social en Honduras. La Ley Marco –que surgió tras la intervención al IHSS– busca asegurar la cobertura total en servicios de salud para la población y la universalización de la seguridad social, mediante el ordenamiento y la coordinación de los servicios oficiales, privados, mixtos y comunitarios de asistencia social, seguros sociales y salud, contributivos y no contributivos, a través de una estructura de gobierno y un régimen de financiamiento integrado ¹¹.

La definición legal del sistema de seguridad social contributivo indica que se encuentra conformado por varios sistemas que se administran a través de diferentes instituciones públicas. El IHSS administra el sistema que cubre el mayor número de contingencias, a saber: 1) prestaciones por enfermedad y accidente común; 2) prestaciones por maternidad; 3) riesgos profesionales; 4) invalidez y muerte por enfermedad o accidente común; 5) vejez; y 6) cobertura laboral.

Actualmente, el IHSS es el régimen que cuenta con el mayor número de afiliados. Para julio de 2019, el IHSS reportaba un total de 800 434 personas aseguradas cotizantes en los regímenes de atención en salud, previsión social y riesgos profesionales, más un total de 968 525 personas beneficiarias para el mismo periodo ¹². Esto corresponde a un 22,96 por ciento de la fuerza de trabajo ¹³.

En el siguiente cuadro se presenta un desglose de las categorías de candidatos a afiliación al IHSS, en virtud de las regulaciones de la Ley de Seguridad Social y del Reglamento a la Ley de Seguridad Social.

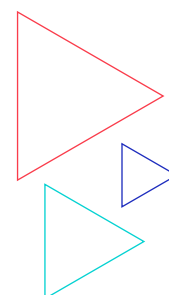
▶ **Cuadro XI.1. Modalidades de aseguramiento y beneficiarios del sistema contributivo en Honduras**

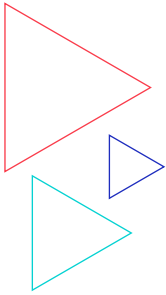
Régimen obligatorio	Régimen especial y de afiliación progresiva
a) Trabajadores que devenguen salario en dinero y/o especie y que presten sus servicios a una persona natural o jurídica.	a) Trabajadores que dejen de estar asegurados y voluntariamente deseen continuar en el régimen.
b) Funcionarios y empleados de las entidades descentralizadas, autónomas, semiautónomas y desconcentradas del Estado y de las municipalidades.	b) Trabajadores domésticos y trabajadores a domicilio.
c) Los funcionarios y empleados públicos.	c) Trabajadores independientes o autónomos (profesionales, propietarios de pequeños negocios, talleres artesanales, taxistas, no asalariados, vendedores ambulantes y similares).
d) Trabajadores que laboran en empresas comerciales o industriales o de tipo mixto derivadas de la agricultura y de la explotación forestal.	d) Empleadores que sean personas físicas como trabajadores asegurados a servicio, cuando no estén afiliados.

¹¹ IHSS, *Memoria Institucional 2019*, 11.

¹² Datos oficiales del IHSS disponibles en <https://www.ihss.hn/index.php/poblacion-asegurada-al-ihss/>

¹³ Dato calculado sobre la base de la población económicamente activa presentado en la Encuesta Permanente de Hogares de Propósitos Múltiples de junio de 2019, la cual se calculó en 4 219 044 personas; documento disponible en https://www.ine.gob.hn/publicaciones/Hogares/EPHPM_2019/Resumen%20ejecutivo2019.pdf





Régimen obligatorio	Régimen especial y de afiliación progresiva
e) Agentes comisionistas que se dediquen profesionalmente a desempeñar por cuenta ajena mandatos para la realización de actos de comercio y quienes laboran bajo un contrato de aprendizaje.	e) Miembros de sociedades, cooperativas y otras organizaciones de obreros y campesinos legalmente constituidas.
	f) Personas dedicadas a la explotación de la tierra o actividad agropecuaria de acuerdo a sus necesidades y condiciones sociales del país y a las propias posibilidades del IHSS.
	g) Trabajadores ocasionales y de temporada.
	h) Los jubilados que se han pensionado por invalidez.
	i) Personas que se dediquen a actividades asalariadas o no, como deportistas, estudiantes y religiosas.
	j) Trabajadores del servicio médico de empresa.

Fuente: Elaboración propia con base en los arts. 3 y 4 de la Ley de Seguridad Social y el art. 10 del Reglamento a la Ley de Seguridad Social.

Adicionalmente, existen otras cinco instituciones previsionales que otorgan prestaciones por invalidez, vejez y muerte a determinados colectivos, a saber: i) El Instituto Nacional de Jubilaciones y Pensiones de los Empleados y Funcionarios del Poder Ejecutivo (INJUPEMP); ii) El Instituto Nacional de Previsión del Magisterio (INPREMA); iii) El Instituto de Previsión Militar (IPM); iv) El Instituto de Previsión de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (INPREUNAH); y v) El Instituto de Previsión Social del Periodista (IPP) (OIT 2014, 1). Las bases legales que sirven de sustento para estos regímenes son: la Ley del Instituto de Jubilaciones y Pensiones de los Empleados y Funcionarios del Poder Ejecutivo, la Ley del Instituto Nacional de Previsión del Magisterio, la Ley del Instituto de Previsión Militar, el Reglamento General del Instituto de Previsión Social de los Empleados de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y la Ley del Instituto de Previsión Social del Periodista.

Vale señalar que el Régimen del Seguro de Riesgos Profesionales es administrado y sus servicios prestados exclusivamente por el IHSS, pese a la existencia de otros regímenes especiales que otorgan prestaciones por invalidez, vejez y muerte en el país.

En cuanto al Régimen del Seguro de Cobertura Laboral, este es administrado por las entidades públicas o privadas legalmente autorizadas para captar y administrar dichos fondos (art. 54 de la Ley Marco); en la actualidad solamente existe una institución de carácter público para administrar estos recursos y esa es el Régimen de Aportaciones Privadas –RAP– (arts. 29 y 53 de la Ley Marco). Cabe recordar que, aunque de conformidad con la Ley Marco el Estado de Honduras deberá emitir una nueva regulación sobre las administradoras privadas de fondos de pensiones y cesantías, esta aún no ha sido emitida ¹⁴. Cabe destacar que con la aprobación de la Ley Marco también se facultó al RAP para recaudar y administrar bajo el sistema de Cuentas de Capitalización Individual (CCI) todas las captaciones de recursos para el Régimen de Cuentas Individuales Previsionales ¹⁵, el Régimen de Cobertura Laboral y el Ahorro de Aportaciones Voluntarias. Como se aclaró anteriormente, el propósito del RAP es recaudar y administrar aportaciones obrero-patronales, con el fin de proveer a sus afiliados prestaciones tales como auxilio por desempleo y créditos personales y para vivienda, siendo un componente importante del régimen de seguridad social hondureño.

14 Actualmente existen Administradoras de Fondos de Pensiones, pero la afiliación y las aportaciones son voluntarias.

15 El Régimen de Cuentas Individuales Previsionales es complementario al régimen del IHSS, se creó a partir de la emisión de la Ley Marco (arts. 53 y 54).

Por su parte, en el caso de los regímenes de Seguro de Riesgos Profesionales y Cobertura Laboral, las coberturas y los servicios prestados son exclusivamente para personas trabajadoras asalariadas que se encuentren afiliadas y cotizando a dichos sistemas.

Por otra parte, el único “régimen no contributivo” en el sistema de seguridad social hondureño es el **Régimen de Piso de Protección Social**. Este régimen pretende garantizar el acceso a servicios esenciales a las personas más pobres y vulnerables mediante un enfoque de la extensión universal de la protección social (art. 7 de la Ley Marco). En detalle, este régimen pretende cubrir los siguientes beneficios (art. 8):

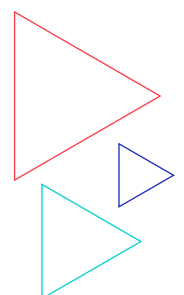
- a. Ingreso básico por niño y acceso a bienes y servicios, tales como transferencias condicionadas en dinero o especie, programas de desarrollo integral con énfasis en la primera infancia, implementos básicos escolares, nutrición escolar, programa de becas y asistencia solidaria.
- b. Planes y programas que promuevan la salud integral.
- c. Planes y programas que promuevan el empleo, la seguridad alimentaria y nutricional de las familias.
- d. Planes recreativos que promuevan la prevención, la cultura y el deporte.
- e. Planes asistenciales y hogares temporales para niños en situación de riesgo y otros grupos poblacionales con alto grado de vulnerabilidad socioeconómica.
- f. Planes asistenciales y subsidios que promuevan inclusión financiera para el arrendamiento, compra, construcción y mejora de vivienda.
- g. Planes asistenciales para adultos mayores, personas en situación de viudez, menores de edad huérfanos y personas discapacitadas temporal o permanentemente y que vivan en pobreza extrema.
- h. Planes asistenciales que apoyen la realización de sepelios dignos para personas de bajos ingresos.
- i. Creación del Fondo Nacional de Becas para estudiantes con discapacidad.

1.4 Tratados internacionales: ratificación por parte de Honduras y su relación con el derecho interno

De acuerdo al inciso segundo del art. 16 de la Constitución, todos los instrumentos internacionales celebrados por Honduras “forman parte del derecho interno” una vez que entran en vigor. Este mismo artículo dispone que el Congreso Nacional debe aprobar los instrumentos internacionales antes de su ratificación por parte del Poder Ejecutivo.

En Honduras se reconoce la “supremacía del derecho internacional”, es decir que, en principio, ningún instrumento internacional puede contradecir la Constitución; sin embargo, de ser ese el caso, el instrumento internacional podría ser aprobado siguiendo el mismo procedimiento relativo a la reforma constitucional¹⁶, de modo de modificar el precepto constitucional afectado antes de que el instrumento sea ratificado por el Ejecutivo (art. 17). En otras palabras, antes de rechazar el instrumento internacional que contradice la Constitución, se prevé el mecanismo de reforma de la Constitución para adecuarla al instrumento internacional.

¹⁶ De acuerdo al art. 373 de la Constitución, la reforma constitucional podrá decretarse en dos sesiones ordinarias del Congreso con dos tercios de los votos totales y las reformas deben ratificarse por la siguiente legislatura ordinaria por igual número de votos.





Ciertamente, en caso de conflicto entre un instrumento internacional y la ley secundaria, prevalecerá el primero; en esos términos lo ordena el art. 18 de la Constitución.

En este contexto, cabe mencionar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconoce el derecho a la seguridad social (art. 22); y si bien este instrumento no tiene carácter vinculante al no tener la naturaleza jurídica de un convenio de derechos humanos, su aplicación sí puede exigirse por parte de los Estados signatarios apelando al principio de buena fe¹⁷. Esto, sobre todo, cuando el art. 15 de la Constitución hondureña dispone que la nación "(...) hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana (...) y al afianzamiento de la paz y democracia universales".

Además, en diciembre de 1966 Honduras firmó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y ratificó dicho instrumento por Decreto de la Junta Militar de Gobierno en Consejo de Ministros, el 18 de junio de 1980¹⁸. El derecho a la seguridad social está consagrado en el art. 9 de dicho pacto, mientras que el derecho a la salud se reconoce en su art. 12.

A nivel regional interamericano, Honduras firmó la adhesión al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en noviembre de 2011. Este instrumento reconoce el derecho a la seguridad social en su art. 9 y genera compromisos específicos para el Estado hondureño a fin de garantizar el pleno goce del derecho en referencia.

Además, de los ocho convenios actualizados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativos a la seguridad social, el Estado de Honduras solamente ha ratificado uno. Así, el 1.º de noviembre de 2012, Honduras ratificó las partes II (asistencia médica), III (prestaciones monetarias por enfermedad), V (prestaciones de vejez), VIII (prestaciones de maternidad), IX (prestaciones de invalidez) y X (prestaciones de sobrevivientes) del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). Dicho instrumento se encuentra actualmente en vigencia y es parte del ordenamiento jurídico del Estado¹⁹.

Honduras también había ratificado uno de los quince convenios superados²⁰ de la OIT en materia de seguridad social; se trató del Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934 (núm. 42). Este instrumento fue ratificado el 17 de noviembre de 1964²¹ y establecía la obligación para los Estados parte de garantizar a las víctimas de enfermedades profesionales o a sus derechohabientes una indemnización basada en los principios generales de su legislación nacional sobre la indemnización por accidentes de trabajo (art. 1 del Convenio).

Por tanto, en virtud de lo presentado en este apartado, es posible concluir que Honduras ha expresado ante la comunidad internacional su compromiso de respetar y garantizar el derecho a la seguridad social a favor de sus habitantes. Lo ha hecho tanto en los tratados de derechos humanos, en el sistema Regional Interamericano y de forma relativamente reciente (2012) de manera especial en las normas técnicas desarrolladas por la OIT que ofrecen el contenido

17 La Declaración, como indica su título, es "universal", lo que significa que se aplica a todas las personas, en todos los países del mundo. Aunque no es legalmente vinculante, la protección de los derechos y libertades contenidos en ella está incorporada en numerosas constituciones y marcos jurídicos nacionales (Amnistía Internacional, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/derechos-humanos/declaracion-universal-derechos-humanos/>).

18 Decreto N° 961 de la Junta Militar de Gobierno en Consejo de Ministros, de 18 de junio de 1980, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 23 167 de 30 de julio de 1980.

19 El estatus oficial de la ratificación se puede consultar en https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312247

20 Que un convenio de la OIT sea "superado" significa que ha dejado de ser pertinente en el contexto actual. Así lo explica la misma OIT en <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:71:0:::q8>

21 El estado de esta ratificación se puede consultar en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312187

normativo del derecho humano a la seguridad social, y en particular al ratificar el Convenio núm. 102 sobre seguridad social. Por lo tanto, el país se encuentra bajo el sistema de control de cumplimiento por parte de los órganos de control de dicha organización.

2. La justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución

2.1 Conceptos de justicia social y de dignidad y su relación con la seguridad social

La Constitución de 1957 fue la primera en introducir el concepto de “dignidad”, al iniciar el articulado relativo a los derechos y garantías individuales (Título IV) declarando que “[l]a dignidad del ser humano es inviolable” (art. 57). De igual forma, esta versión constitucional introdujo el concepto de “justicia social”, disponiendo que “los derechos y garantías enunciados en materia de Trabajo y la Previsión Social no excluyen otros que emanen de los principios de la justicia social aceptados por los instrumentos internacionales reconocidos por Honduras” (art. 133). También se reconoce al Código de Trabajo²² como de “utilidad pública” y se exige que las relaciones entre el capital y el trabajo se establezcan sobre la base de la justicia social, de modo de garantizar a las personas trabajadoras las condiciones necesarias para una vida normal y al capital una compensación equitativa de su inversión (art. 134).

La Constitución vigente en Honduras reconoce que “El Sistema Económico (...) se fundamenta en principios de eficiencia en la producción y justicia social en la distribución de la riqueza y el ingreso nacionales, así como en la coexistencia armónica de los factores de la producción que hagan posible la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana” (art. 328, del Capítulo I, Título VI, relativo al régimen económico).

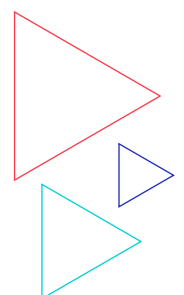
Por su parte, el Título III relativo a los derechos y garantías inicia su articulado reconociendo que “[l]a persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable” (art. 59). Finalmente, el art. 63 aclara que el reconocimiento de los derechos y garantías enunciados en la Constitución no significa la negación de otros derechos y garantías que puedan nacer de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa del gobierno y de la dignidad de las personas.

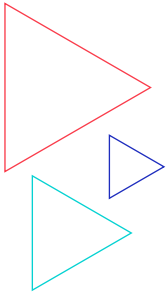
Estas disposiciones ponen de manifiesto que, para los constituyentes de Honduras, la dignidad y la justicia social son pilares fundamentales que rigen los cimientos del Estado y determinan su funcionamiento. Al respecto, es preciso citar la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de Honduras, la cual ha establecido que la Constitución hondureña privilegia a la persona humana al declarar que “(...) su dignidad es inviolable, estableciendo por tanto la obligación de todos de respetarla y protegerla. En virtud de lo cual la interpretación que se haga del texto constitucional deberá ponderar los postulados pro hómene que en nuestra ley fundamental constituyen un eje transversal, en consonancia con los instrumentos internacionales relativos a protección de derechos humanos celebrados por Honduras”²³.

De las anteriores disposiciones citadas se colige que el concepto de justicia social aspira a dignificar al trabajo como medio de realización de la persona humana (y en esos términos se pronuncia el art. 328 de la actual Constitución antes presentado), estableciéndose una relación

22 En 1957 el Código de Trabajo era un proyecto anunciado que se promulgó dos años después, en 1959.

23 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad N° SCO-1165-2014 de 23 de junio de 2017, Considerando 6.





directa entre la justicia social y la dignidad. Además, el carácter inviolable de la dignidad (reconocido en el art. 59) exige, a criterio de la Sala de lo Constitucional en la jurisprudencia citada, que todo el texto constitucional deba interpretarse a favor de la persona humana, en consonancia con los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, lo que aplica a los instrumentos en materia de seguridad social. De tal suerte que el reconocimiento constitucional de la dignidad y de la justicia social busca la plena materialización de los derechos humanos, incluida la seguridad social.

En este contexto, es oportuno mencionar que la Constitución hace referencia específica al principio de progresividad como parte del régimen de seguridad social, lo que define parte de su contenido y delimita sus alcances, pues manda a que la seguridad social se implante de forma progresiva. Por lo tanto, constituye un elemento para considerar en la configuración legal del derecho a la seguridad social y a su aplicación en la práctica ²⁴.

Asimismo, un aspecto relevante en la Constitución hondureña que vale la pena destacar es la protección especial que establece para ciertas categorías de personas. Tales categorías se mencionan a continuación.

2.2 Sujetos de especial protección

2.2.1 Mujeres madres y sus hijos

El art. 119 de la Constitución dispone que el Estado tiene la obligación de proteger a la infancia y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Por su parte, el art. 123 de la Constitución ordena que todo niño goce de los beneficios de la seguridad social, con derecho a crecer y desarrollarse en buena salud. Para ello, esta provisión constitucional también dispone que "(...) deberá proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales desde el periodo prenatal, teniendo derecho de alimentación, vivienda, educación, recreo, deportes y servicios médicos adecuados".

Además, el inciso 2 del art. 121 ordena al Estado a brindar especial protección a los menores cuyos padres o tutores estén imposibilitados económicamente para proveer su crianza y educación.

En cuanto a las mujeres trabajadoras, el numeral 11 del art. 128 de la Constitución establece que ellas tienen derecho a: i) descanso antes y después del parto, sin que ello implique pérdida de su trabajo o de su salario; ii) a un descanso por día durante la lactancia para amamantar a sus hijos; y iii) estabilidad laboral, al prohibir al empleador dar por terminado el contrato de trabajo de la mujer embarazada, ni aún después del parto, salvo que se compruebe previamente justa causa ante el juez, en los casos y las condiciones que señale la ley.

2.2.2 Adultos mayores

El art. 117 de la Constitución reconoce que los adultos mayores merecen especial protección del Estado. Recientemente y con la promulgación de la Ley Marco se han establecido las primeras medidas integrales de protección para las personas adultas mayores que no gozan de cobertura de la seguridad social bajo los diferentes regímenes contributivos. Entre estas medidas se encuentran: i) asignación de fondos para apoyar centros de día y hogares temporales para personas de la tercera edad en situación de abandono (art. 46); y ii) planes de asistencia para adultos mayores que vivan en pobreza extrema, como parte de las prestaciones del piso de protección social (art. 8).

²⁴ Art. 143 de la Constitución.

2.2.3 Otros grupos de especial protección.

El art. 120 de la Constitución ordena que los menores de edad, deficientes física o mentalmente, los de conducta irregular, los huérfanos y los abandonados sean sometidos a una legislación especial de rehabilitación, vigilancia y protección, según el caso. No ha sido sino hasta la creación de la Ley Marco que el Estado hondureño ha establecido mecanismos y obligaciones específicas con relación a la protección social de algunos de estos grupos vulnerables, como en el caso de los niños y las niñas con discapacidad.

3. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

El ordenamiento jurídico de Honduras ofrece diferentes mecanismos de tutela, tanto a nivel judicial como administrativo, que buscan proteger a las personas afectadas en el goce de su derecho a la seguridad social. En ese sentido, existen procesos denominados ordinarios y otros de carácter extraordinario ante la jurisdicción constitucional.

3.1 Mecanismos de justiciabilidad ante la jurisdicción constitucional

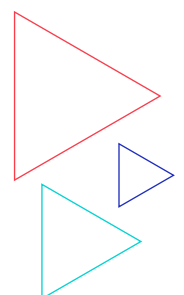
Tras la reforma constitucional de diciembre de 2000²⁵, el ordenamiento jurídico de Honduras dispone de un complejo sistema de justicia constitucional que se desarrolla normativamente en la Ley sobre Justicia Constitucional de 2004 (Brewer-Carías 2004, 2). Como se explicó anteriormente, el ordenamiento jurídico hondureño garantiza diversos recursos constitucionales, tales como el amparo, la inconstitucionalidad y el *habeas data*, los cuales son primordialmente tramitados ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ); aunque en el caso del amparo, existen otras instancias judiciales con competencia para tramitar dicho recurso. Además, el examen de constitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos y otra normativa infraconstitucional es potestad de las distintas instancias judiciales que conforman el sistema de administración de justicia; de tal suerte que puede afirmarse que en Honduras existe un modelo de justicia constitucional mixto, pues tanto el modelo difuso como el concentrado coexisten en paralelo (Brewer-Carías 2004, 4).

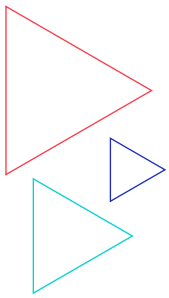
3.1.1 Recurso de amparo

Según el art. 183 de la Constitución, el Estado reconoce el recurso de amparo a favor de cualquier persona agraviada para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos que la Constitución y los instrumentos internacionales reconocen. La Sala de lo Constitucional de la CSJ es la entidad competente para conocer y resolver los recursos de amparo –art 316, literal 1) de la Constitución–. Aunque en la legislación secundaria, específicamente en la Ley sobre Justicia Constitucional²⁶, la competencia para tramitar recursos de amparo también la tienen las Cortes de Apelaciones y los Juzgados de Letras, dependiendo de la autoridad que se demande (arts. 10 y 11). Al ser la seguridad social un derecho constitucional, es susceptible de ser protegido mediante el recurso de amparo. Y en el caso de las demandas en contra del IHSS, estas se ventilarán ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ (art. 9 de la Ley sobre Justicia Constitucional).

25 Decreto N° 162-2000, de 20 de diciembre de 2000.

26 Decreto N° 244-2003, de 20 de enero de 2004, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 30,792, de 30 de agosto de 2004.





A continuación se citan algunas resoluciones de amparo relativas al derecho a la seguridad social.

En la Sentencia de Amparo N° 0120-2015, la Sala de lo Constitucional resolvió que el Instituto Nacional de Jubilaciones y Pensiones de los Empleados y Funcionarios del Poder Ejecutivo, mediante resoluciones no motivadas ni justificadas, había generado efectos lesivos en perjuicio de un grupo de personas a quienes se les habían suspendido sus prestaciones de jubilación. Por tal motivo, la Sala de lo Constitucional ordenó al Instituto la restitución de los derechos de jubilación hasta que no se demostrara motivo alguno para su suspensión o pérdida ²⁷.

De igual forma, en la Sentencia de Amparo N° 512-2013, la Sala de lo Constitucional ordenó al IHSS brindar asistencia médica a una menor de edad, sobre la base de que el derecho a la salud implica el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna. Adicionalmente, la Corte recordó que el art. 123 de la Constitución dispone que todo niño deberá gozar de los beneficios de la seguridad social, y manda que los servicios de asistencia y previsión social recibirán y atenderán prioritariamente a los niños en la recepción de primeros auxilios y que la cobertura de la seguridad social se ampliará de manera gradual y progresiva para beneficiar con ella a la niñez ²⁸.

3.1.2 Recurso de inconstitucionalidad

En el art. 184 de la Constitución se establece el recurso de inconstitucionalidad en contra de las leyes que la contraríen; la misma Constitución también otorga la competencia para conocer los recursos de inconstitucionalidad a la Sala de lo Constitucional (art. 316, literal 1). A diferencia del recurso de amparo, el conocimiento y la tramitación del recurso de inconstitucionalidad corresponden únicamente a la Sala de lo Constitucional de la CSJ (art. 74 de la Ley sobre Justicia Constitucional). De modo que cualquier normativa infraconstitucional que vulnere el derecho a la seguridad social puede ser objeto de revisión mediante el recurso de inconstitucionalidad.

De manera más concreta, el art. 320 de la Constitución consagra el modelo de control difuso, al disponer que, en casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal ordinaria, el juez –en términos generales– aplicará la primera. Por su parte, el modelo de control concentrado se encuentra en el art. 184 de la Constitución, el cual establece que las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, y que dicha competencia corresponde de manera originaria y exclusiva a la CSJ.

A modo de ejemplo, se cita una resolución de inconstitucionalidad: en 2015, un colectivo feminista interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Marco alegando que esta abría la posibilidad de que algunos servicios de seguridad social fueran prestados por entidades privadas. La Sala de lo Constitucional declaró que no existía dicha inconstitucionalidad puesto que el Estado tiene la facultad de diseñar distintas estrategias para cumplir con el mandato de brindar de forma eficiente y eficaz el derecho a la seguridad social, incluyendo el apoyo de empresas privadas o mixtas. En esta ocasión, la Sala de lo Constitucional consideró que el derecho universal y progresivo a la seguridad social tiene dos finalidades:

-
- (...) una es proteger a las personas de enfermedades y contingencias de la vida y otra es la elevación de su calidad de vida, a través de distintos regímenes de pensiones. En ese sentido, y siendo el derecho a la seguridad social un derecho humano, hace que el Estado esté obligado a proveer las instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo N° AA 0120-2015, de 18 de enero de 2016, Considerando 14. <https://hn.vlex.com/vid/671839553>

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo N° 512-2013, de 14 de octubre de 2014, Considerandos 8, 13 y 15.

obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda haber una existencia armónica entre la búsqueda de estos recursos y mecanismos, con la dignidad de la persona humana que es el fin supremo de la sociedad y del Estado ²⁹.

Finalmente, cabe mencionar que, con relación a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se observó que no existe un desarrollo jurisprudencial tan amplio en materia específica de seguridad social, como en el caso de otros países de la región centroamericana. Algunos procesos de amparo y de casación revisados y que versaban sobre aspectos relativos a la seguridad social no incluían un amplio desarrollo conceptual o doctrinal del derecho a la seguridad social ³⁰.

3.2 Mecanismos de justiciabilidad ordinarios

Entre los procesos o vías de acción ante la jurisdicción ordinaria, se encuentran el **proceso judicial laboral**, el **proceso penal** y el **proceso contencioso-administrativo**.

3.2.1 Proceso judicial laboral

En virtud del art. 134 de la Constitución, se establece la jurisdicción especial del trabajo para las controversias que se originen en las relaciones entre empleadores y trabajadores. De acuerdo al art. 665 del Código de Trabajo, la jurisdicción de trabajo conocerá de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo y de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuye la legislación sobre seguro social, entre otros temas. En particular, la justicia laboral se administra por los Juzgados de Letras de Trabajo, como juzgados de primera y única instancia, por las Cortes de Apelaciones, en segunda instancia, y la CSJ como tribunal de casación (art. 666). Pese al reconocimiento constitucional de la jurisdicción especializada de trabajo, la ley secundaria da paso a la creación de juzgados con competencia mixta, al disponer que, en los departamentos donde no haya juez especial de trabajo, sus funciones las desempeñarán los jueces de Letras de lo Civil (art. 674 del Código de Trabajo). Los procedimientos o juicios de trabajo se inician mediante la presentación del escrito de demanda ante los jueces competentes (art. 703 del Código de Trabajo).

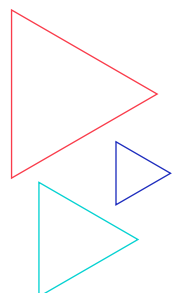
3.2.2 Proceso penal

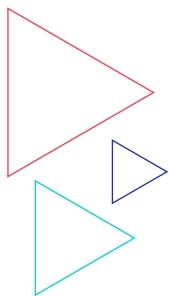
El art. 36 de la Ley Marco exige que el empleador que no cumpla con la obligación de afiliación de sus trabajadores al sistema de seguridad social, retenga o no entere las amortizaciones patronales y cotizaciones individuales responda administrativa, civil y penalmente, conforme a la legislación aplicable. El Código Penal de reciente promulgación ³¹ contiene los siguientes

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad N° RI 1166-2016, de 23 de noviembre de 2017, Considerandos 11 y 12.

30 Entre las resoluciones examinadas se encuentran los siguientes expedientes: CA-504-08 de 21 de junio de 2010 (los reclamantes demandaron al IHSS por cobrar excedentes ilegales a sus pagos de contribuciones al sistema de pensiones; la casación fue declarada no ha lugar); CL-474-12 de 20 de agosto de 2013 (el demandante exigía a su empleador una indemnización por accidente de trabajo, sin embargo, en la casación la Sala de lo Contencioso Administrativo confirmó que el reclamo no era procedente por estar el trabajador afiliado al IHSS); CA-261-11 de 21 de agosto de 2012 (la demanda versaba sobre el reclamo de reintegro de gastos médicos al IHSS, sin embargo, la casación fue rechazada por incumplimiento de requisitos de forma); AA-831-15 de 9 de mayo de 2017 (los denunciantes reclamaron la cancelación de sus pensiones de jubilación por parte del INJUPEMP; sin embargo, el recurso de amparo fue rechazado); y AA-479-18 de 14 de octubre de 2020 (la pretensión versaba acerca de la denegación de una licencia con goce de sueldo por razones de salud, amparada en la Ley de Seguridad Social, sin embargo, el amparo no fue admitido).

31 Decreto N° 130-2017, de 18 de enero de 2018, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 34,940 de 10 de mayo de 2019.





delitos aplicables en materia de seguridad social: i) “Delito Contable” (art. 433), que consiste en desatender obligaciones tributarias o de contabilidad mercantil, o llevar contabilidades distintas que ocultan la verdadera situación de la empresa a modo de defraudar al fisco o a la Seguridad Social o el Sistema de Pensiones; dicha conducta se sanciona con prisión de 6 meses a 2 años; ii) “Fraude a la Seguridad Social o al Sistema de Pensiones” (art. 435), que se comete mediante defraudación a dichos sistemas, por acción u omisión, eludiendo el pago de las correspondientes cuotas u obteniendo devoluciones o deducciones por cualquier concepto, en una cuantía igual o mayor a 50 000 lempiras; la pena de prisión por este delito puede oscilar entre 6 y 10 años, más una multa que puede ir del 120 por ciento al 140 por ciento del valor total defraudado; iii) “Apropiación Indebida de Cuotas o Aportaciones” (art. 436), quien se apropia de las cuotas o aportaciones a la Seguridad Social o al Sistema de Pensiones o consiente que otros se apropien de ellas será castigado con pena de prisión de entre 10 a 15 años, inhabilitación especial para todo empleo o cargo público por un tiempo que puede ir de entre 15 a 20 años y una multa que puede llegar hasta el 200 por ciento del valor de lo apropiado indebidamente. Estos delitos son punibles mediante procesos penales ordinarios iniciados ante los Juzgados de Letras con Jurisdicción Penal.

3.2.3 Proceso contencioso-administrativo

La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo ³² regula la jurisdicción encargada de conocer las pretensiones relativas a actos de la Administración pública (art. 1); concepto que incluye a las entidades estatales del Poder Ejecutivo, las municipalidades y las instituciones autónomas (art. 2), así como también los actos particulares o generales de entidades de derecho público cuando tuvieron por finalidad obras o servicios públicos de toda especie (art. 3, literal ch). De acuerdo al art. 7 de la Ley, la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo será ejercida por los Juzgados de Letras de lo Contencioso-Administrativo (en primera instancia), las Cortes de Apelaciones de lo Contencioso-Administrativo (en segunda instancia) y la CSJ (como tribunal de casación). Por tanto, las actuaciones del IHSS, de la Secretaría de Trabajo y Seguridad Social (STSS) y de las demás entidades que otorgan prestaciones por vejez son susceptibles de ser examinadas por la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

4. Desafíos/amenazas para la realización de la seguridad social

En las últimas décadas, el IHSS ha manifestado un problema crónico de deficiente cobertura, en términos de población y geográficamente. Además, dentro de la estructura del mercado de trabajo en Honduras, la mayoría de la población económicamente activa se encuentra en la economía informal; aun con la existencia de los diferentes regímenes contributivos, la cobertura total del sistema nacional de seguro social ha alcanzado únicamente al 22,2 por ciento de la fuerza de trabajo (OEA 2017, 10).

Además, como ya ha señalado la OIT, “(...) en años recientes Honduras ha priorizado la sostenibilidad de las finanzas desde una lógica de austeridad fiscal, esto ha provocado que el gasto público se reduzca en áreas como la educación y la salud” (OIT 2020, 2). En este mismo estudio se determinó que en 2019 no se crearon nuevos empleos para las personas que ingresaron al mercado laboral en Honduras, sino que más bien hubo una reducción: entre 2018 y 2019, bajó un 2,7 por ciento la población ocupada, lo que significa alrededor de 110 890 empleos menos (OIT 2020, 4). Esto genera un escenario muy preocupante para los sectores más

³² Decreto N° 189-87, de 20 de noviembre de 1987, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 25,416 de 31 de diciembre de 1987.

vulnerables de la sociedad en cuanto al acceso a la cobertura de seguridad social, lo cual está en contradicción con el mandato constitucional de proteger a dichos grupos.

Aunado a la baja cantidad y calidad de empleados generados, se suman los efectos provocados por la pandemia de la COVID-19. En Honduras, “[e]l empleo informal ha venido creciendo en tamaño y peso relativo respecto al total de la población, caracterizado por no estar cubierto por la seguridad social (acceso a seguro de salud y/o riesgos profesionales), ser de bajo ingresos, concentrado en unidades económicas de pequeño tamaño (...) cerca de la totalidad de la población ocupada (81,4 por ciento) tiene un empleo informal” (OIT 2020, 4). Tomando en cuenta este alto nivel de informalidad, la estimación que realizó la OIT fue que el impacto de la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19 se reflejaría no solo en el incremento en el desempleo y la informalidad, sino también en la reducción de los ingresos laborales.

De igual forma, la pandemia de la COVID-19 dejó en evidencia que las personas trabajadoras que no gozan de protección social (trabajadores por cuenta propia o trabajadores ocasionales) son especialmente susceptibles de verse afectadas por el virus al no tener derecho a bajas laborales remuneradas o por enfermedad, y al estar menos protegidas por los mecanismos convencionales de protección social (OIT 2020, 5).

Al respecto se ha dicho que “[l]os grupos de población que están fuera de la protección social son los pobres, desempleados, subempleados, trabajadores informales y los que viven en zonas rurales alejados de todos los servicios sociales; en Honduras (...) 2 de cada 3 personas no tienen cobertura básica y de calidad de los riesgos sociales: enfermedad, pérdida de ingresos, desempleo, sobrevivencia, enfermedad, invalidez o vejez” (Díaz *et al.* 2016, 79).

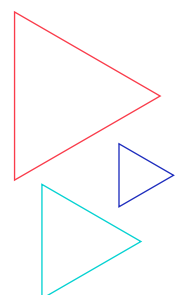
Si bien la Ley Marco de 2015 sienta las bases del sistema legal e institucional para que el sistema de seguridad social no contributivo comience a operar, este sistema aún se encuentra en proceso de desarrollo. Varias normas –tales como la Ley de Sistema Nacional de Salud, una Ley de Administración de Fondos de Pensiones y Cesantías– aún no han sido promulgadas; y la falta de dichas herramientas legales impide el acceso a coberturas previstas por la Ley Marco, dentro del régimen no contributivo, como, por ejemplo, los planes y programas en salud integral a que se refiere el art. 8 de la Ley Marco. En este sentido, puede observarse que, debido a la ausencia de un sistema de seguridad social no contributivo que brinde cobertura integral, estos grupos en condición de vulnerabilidad no pueden acceder a las coberturas de seguridad social, especialmente en lo que se refiere a la protección económica de las personas adultas mayores.

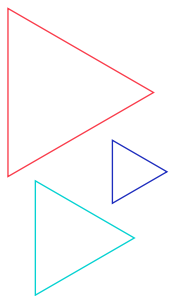
Finalmente, es preciso mencionar que el año 2014 representó un punto de inflexión para la seguridad social en Honduras: el 20 de enero el IHSS fue intervenido ³³ para hacer frente a una crisis financiera sin precedentes, resultado de una mala administración y de la corrupción extendida que saqueó sus finanzas y recursos (OIT 2020, 8). Durante los meses siguientes se determinó en los tribunales de justicia nacionales que el Gobierno había desfalcado alrededor de 350 millones de dólares de los Estados Unidos del IHSS, hecho que, al ser de conocimiento público, generó un movimiento de indignación ciudadana en rechazo a este escandaloso acto de corrupción (López 2016, 79).

5. Conclusiones

El Estado de Honduras ha reconocido el rango constitucional del derecho humano a la seguridad social desde mediados del siglo XX, cuando el país impulsó una serie de importantes reformas normativas en materia social. Además, desde la norma suprema se han vinculado la dignidad humana y la justicia social como elementos fundamentales para la realización plena de

³³ El término “intervenido” hace referencia a que el director de la institución fue sustituido y la administración le fue concedida a una comisión interventora.





la persona humana y como fundamento para la consecución de los derechos humanos. La supremacía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos también es un importante elemento que se encuentra plasmado en la Constitución hondureña y que permea todo el ordenamiento jurídico del Estado.

Asimismo, la Constitución actual reconoce el derecho de *toda persona a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido*, y al mismo tiempo, dispone que su protección se ampliará de manera gradual y progresiva. En este sentido, se observa que, con respecto al desarrollo de la legislación secundaria, el avance de la cobertura de la seguridad social ha sido lento; los logros más significativos se reportan en la última década, con la emisión de la Ley Marco, que diseña un sistema de seguridad social inclusivo, proteccionista y que aspira a lograr la universalidad. Dicho sistema ha sido definido desde la misma Ley Marco como “multipilar” y “universal”, en respuesta al mandato constitucional que dispone que las instituciones que integran el sistema de seguridad social operarán unificadas en un mismo sistema unitario estatal. Pese a ello, en la práctica, el Estado hondureño históricamente no ha sido capaz de plasmar tales disposiciones mediante un sistema que proteja a la mayoría de la población; el Estado enfrenta serios retos, de diversa índole, para la consecución de estos fines.

En cuanto a los últimos compromisos adquiridos en materia de seguridad social y relativos al desarrollo de nuevas leyes bajo el paraguas de la Ley Marco, a la fecha de redacción de este artículo, estos aún no se habían cumplido, pese a haber vencido ya los plazos establecidos por el mismo Estado.

Al revisar resoluciones emitidas desde las diferentes Salas de la CSJ con competencia en materia de seguridad social, se observó que, salvo algunas resoluciones aisladas, hay un escaso desarrollo jurisprudencial-conceptual del derecho a la seguridad social. Aunque cabe anotar que, en lo relativo al derecho a la salud, la jurisprudencia sí ha sentado criterios con enfoque proteccionista de derechos humanos y a la luz de los principios y estándares internacionales de derechos humanos.

La baja cobertura del sistema de seguridad social, tanto en el ámbito contributivo como no contributivo, incluyendo a los trabajadores independientes y a otros en empleos informales, junto con otros grupos vulnerables como niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores, es el mayor reto que afronta el Estado en la materia.

Finalmente, pese al histórico reconocimiento constitucional del desempleo como una de las posibles contingencias susceptibles de protección bajo la seguridad social, no existe un desarrollo normativo que vuelva operativa dicha protección de manera amplia, tanto para la persona desempleada como para su grupo familiar, por ejemplo, en lo relativo a las prestaciones de salud y al acceso a otras prestaciones sociales.

6. Bibliografía

Textos en línea

Brewer-Carías, A. R. 2004. *El Sistema de Justicia Constitucional en Honduras (Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional de enero de 2004)*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%20%20..446.%20EL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA%20CONSTITUCIONAL%20EN%20HONDURAS%20Ley%202004%20%5B1%5D.pdf>

Díaz, M. *et al.* 2016. “El marco analítico de la protección social en Honduras”. *Revista Economía y Administración (E&A)* 6. <https://www.camjol.info/index.php/EyA/article/download/4295/4040/14558>.

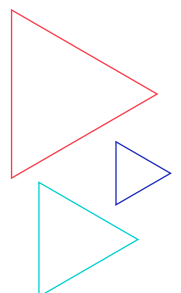
- IHSS (Instituto Hondureño de Seguridad Social). 2020. *Memoria Institucional 2019*.
- López, O. 2016. "Honduras: ciudadanía indignada en movimiento y reactivación de la protesta social". *Tareas* 153: 79-91.
- OEA (Organización de Estados Americanos). 2017. *Análisis y Recomendaciones al Proyecto de Ley del Seguro Social: "Para que los hechos no se repitan"*. Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH). Reporte MACCIH #6. División de Prevención y Combate a la Corrupción. <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/docs/Reporte-MACCIH6-26-09-FINAL.pdf>
- OIT. 2014. *Honduras. Informe al Gobierno. Análisis de la legislación hondureña de seguridad social a la luz del Convenio sobre seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)*.
- . 2020. *COVID-19 y el Mundo del Trabajo: Punto de partida, respuesta y desafíos en Honduras*. http://www.ilo.org/sanjose/WCMS_755523/lang-es/index.htm
- Rivera Williams, C. 2009. *Historia de la Seguridad Social en Honduras 1959-2009, 50 años*. Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS). <https://www.paho.org/hon/dmdocuments/HISTORIA%20DE%20LA%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20EN%20HONDURAS.pdf>
- Valle Reconco, J. A. 2010. "Cincuenta años de seguridad social en Honduras". *Revista Médica Hondureña* 78 (3).

Normativa legal

- Constitución de 1924.
- Constitución Política de 1936.
- Constitución Política de 1957.
- Constitución Política de 1965.
- Constitución Política de 1982.
- Código de Trabajo. Decreto 189-1959, de 23 de julio de 1959.
- Decreto N° 961 de la Junta Militar de Gobierno en Consejo de Ministros, de 18 de junio de 1980.
- Decreto N° 162-2000, de 20 de diciembre de 2000. Decreto Ejecutivo N° PCM-011-2014, de 15 de enero de 2014.
- Ley del Seguro Social de Honduras. Decreto N° 140-1959, de 3 de julio de 1959.
- Ley del Fondo Social para la Vivienda. Decreto Legislativo N° 167-91, de 13 de noviembre de 1991.
- Ley sobre Justicia Constitucional. Decreto N° 244-2003, de 20 de enero de 2004.
- Ley Marco del Sistema de Protección Social. Decreto N° 56-2015, de 21 de mayo de 2015.
- Reforma Constitucional. Decreto N° 162-2000, de 20 de diciembre de 2000.
- Reforma Constitucional. Decreto N° 237-2012, de 23 de enero de 2012.
- Reglamento General de la Ley del Seguro Social. Acuerdo N° 003-JD-2005.

Instrumentos internacionales

- Convenio núm. 102 de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima) de 1952.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.





Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

Resoluciones judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Laboral-Contencioso Administrativo. Sentencia de Casación N° CA-504-08 de 21 de junio de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Laboral-Contencioso Administrativo. Sentencia de Casación N° CA-261-11 de 21 de agosto de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Laboral-Contencioso Administrativo. Sentencia de Casación N° CL-474-12 de 20 de agosto de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo N° AA 587-2013 de 4 de abril de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo N° AA 512-2013 de 14 de octubre de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo N° 0120-2015 de 18 de enero de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo N° AA-831-15 de 9 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad N° SCO-1165-2014 de 23 de junio de 2017.

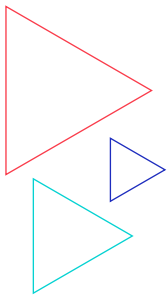
Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad N° RI 1166-2016 de 23 de noviembre de 2017

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo N° AA-479-18 de 14 de octubre de 2020.

Notas periodísticas

Bardales, C. 2020. “Honduras. 3 de octubre de 1963: golpe de Estado contra Ramón Villeda Morales”. *El Socialista Centroamericano*, 1.º de octubre de 2020. <https://elsoca.org/index.php/americacentral/movimiento-obrero-y-socialismo-en-centroamerica/5550-honduras-3-de-octubre-de-1963-golpe-de-estado-contra-ramon-villeda-morales>

▶ **XII. El derecho a la seguridad social en México. Una construcción progresiva**



XII. El derecho a la seguridad social en México. Una construcción progresiva

Héctor Orduña Sosa¹

Pablo Raúl García Reyes²

Resumen

El objetivo de este trabajo es sintetizar la situación del reconocimiento y la protección del derecho a la seguridad social en México. Contiene la evolución de su reconocimiento en la Constitución desde 1917 en el artículo 123, el cual prevé las bases mínimas tanto del régimen general como el del especial destinado a los empleados públicos. En ese desarrollo resulta relevante la adhesión del Estado mexicano a algunos tratados internacionales aplicables en la materia como el Convenio núm. 102 de la Organización Internacional del Trabajo. También se exponen algunos precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que son significativos en la defensa y protección del derecho a la seguridad social.

1. Panorama normativo del derecho a la seguridad social

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917 (en lo sucesivo, la Constitución), fue producto de una revolución social, que en su texto incluyó disposiciones de derecho social, como el derecho a la educación (artículo 3), el derecho al trabajo y a la previsión social (artículo 123), el derecho agrario (artículo 27) y el derecho económico (artículo 28).

Tradicionalmente se lo consideró como un ordenamiento pionero en el reconocimiento de los derechos sociales y laborales (Bronstein 2010; Trueba Urbina 1971 y 1978; Sayeg Helú 1965; Mendieta y Núñez 1980, 596) y, según algunos autores, este reconocimiento en el texto constitucional dignificó a la sociedad y garantizó su bienestar como principio fundamental de la convivencia colectiva (Narro Robles 2011), cambiando con ello no solo la historia constitucional de México, sino también la de otros sistemas jurídicos a nivel mundial. Así, se generó una aceptación de la función social del derecho, en la que se prescindía de la generalidad, para normar casos actuales y reales, incidiendo con ello en la elaboración, aplicación e interpretación de la ley (Kurczyn Villalobos 2006, 395).

Antes de empezar a analizar el reconocimiento y la evolución que ha tenido el derecho a la seguridad social, es importante precisar algunas cuestiones. La primera es que la Constitución organiza a la República mexicana como un Estado federal, bajo un sistema presidencial de gobierno, en el que existen diferentes competencias y niveles de gobierno: federal, estatal, municipal y el de la capital de la República.

-
- 1 Magistrado de Circuito, Decimotercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia de Trabajo del Primer Circuito, Poder Judicial de la Federación. Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla.
 - 2 Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Maestro en Derecho por la Universidad de Michigan y licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Candidato a Maestro en Derechos Humanos y Garantías por el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Asimismo, es importante señalar que el texto constitucional, cuya principal característica es su extensión y detallada regulación, ha sido objeto de 252 decretos de reformas (el más reciente se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de noviembre de 2022), lo que ha conllevado una constante evolución del texto normativo originalmente aprobado, incluyendo también al derecho a la seguridad social.

1.1 El reconocimiento a partir del artículo 123 constitucional

El primer antecedente constitucional del derecho a la seguridad social se introdujo en la fracción XXIX del artículo 123, cuya redacción original establecía:

-
- ▶ Art. 123.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo:

(...)

XXIX.- Se consideran de utilidad social: el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular.

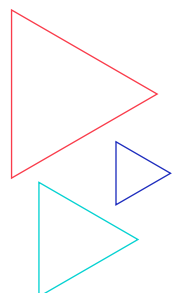
Como se puede apreciar, en esta fracción se establecía la creación de leyes tanto federales como estatales, que, dentro de su objeto, contemplaran la creación de cajas de seguros populares que garantizaran la protección a la invalidez, a la vida, a la cesación involuntaria del trabajo, a los accidentes y a otros aspectos con fines análogos.

Sin embargo, con el paso del tiempo, tanto el artículo como la fracción referida fueron objeto de diversas reformas. La primera de ellas ocurrió en 1929, pues lo pragmático del precepto se vio eclipsado por la existencia de una pluralidad de leyes con marcos protectores dispares, por lo que se determinó federalizar la expedición de leyes sobre trabajo, reglamentarias del propio precepto (Marquet Guerrero 2012, 101). Evidentemente, esto tuvo impacto en la fracción XXIX, encargada de velar por la protección de los derechos de seguridad social, que fue reformada en los siguientes términos:

-
- ▶ Art. 123.- El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos y de una manera general sobre todo contrato de trabajo (...)

XXIX.- Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de la invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otras con fines análogos.

Los cambios que se dieron a esta fracción fueron de suma importancia, pues, entre otras cuestiones, se sustituyó la referencia a la utilidad social por utilidad pública, implicando la decisión fundamental de asignar al Estado una responsabilidad directa y participación en la materia (Marquet Guerrero 2012, 101).





De acuerdo con lo anterior, el establecimiento de estos seguros y provisiones se concretaría a través de la expedición de una ley. No obstante, tuvo que pasar más de una década para que fuera expedido el ordenamiento, pues recién en 1943 se emitió la primera Ley del Seguro Social.

Posteriormente, el 31 de diciembre de 1974 ocurrió una reforma adicional y trascendental a la fracción XXIX constitucional ya referida, en la que se aumentó el carácter de beneficiarios ya no solo con el objetivo de garantizar la protección del bienestar de los trabajadores, sino también a favor de campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares³. Desde esa reforma, quedaron fijadas las bases de la seguridad social en relación con los trabajadores en general (salvo empleados públicos), campesinos y no asalariados (como estudiantes de educación superior) en el texto que actualmente se encuentra vigente:

-
- XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.
-

Además, en 1960 se creó el régimen del apartado B del artículo 123 constitucional y, al respecto, se establecieron en su fracción XI seis incisos, que fijaron las bases mínimas de la seguridad social, aplicable a los trabajadores de los poderes federales:

-
- Artículo 123, B (...)

XI.- La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

- a).- Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.
 - b).- En caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley.
 - c).- Las mujeres disfrutarán de un mes de descanso antes de la fecha que aproximadamente se fije para el parto y de otros dos después del mismo. Durante el periodo de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.
 - d).- Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.
 - e).- Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para el beneficio de los trabajadores y sus familiares.
 - f).- Se proporcionarán a los trabajadores habitaciones baratas en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados.
-

³ El precepto en mención hoy establece lo siguiente:

“XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares”.

Mientras que en la fracción XIV de ese apartado B se previó que los trabajadores de confianza también gozarían de la seguridad social ⁴.

Actualmente, ese régimen es administrado por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), órgano que nació con la ley publicada el 30 de diciembre de 1959 y sustituyó a la Dirección de Pensiones Civiles (Gamboa Montejano y Valdés Robledo 2007).

En posteriores reformas constitucionales, se estableció expresamente el acceso a la seguridad social a favor de los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales (artículo 123, apartado B, fracción XIII, constitucional ⁵).

De manera adicional a los sistemas de seguridad social regulados en el artículo 123 constitucional, resulta importante considerar que, dado el sistema de organización federal, los estados de la República y los municipios tienen facultades para regular las relaciones entre sus gobiernos y sus trabajadores, por lo que también están habilitados para crear y administrar sistemas de seguridad social estatales y municipales en relación con sus trabajadores. Esto se prevé en los artículos 115, fracción VIII, 116, fracción VI, y 122, apartado A, fracción XI de la Constitución.

En consecuencia, existen cuatro sistemas de aseguramiento reconocidos expresamente en la Constitución.

- ▶ Uno general, que abarca no solo a los trabajadores, sino también a campesinos, no asalariados y otros sectores sociales, y tres especiales:
- ▶ Para empleados públicos de la Federación;
- ▶ Para los miembros de Fuerzas Armadas; y
- ▶ Para el personal del Ministerio Público, corporaciones policiales y de servicios periciales a cargo de las autoridades de todos los niveles de gobierno.

En el caso de los empleados de los gobiernos de los estados y municipales, podrán incorporarse a los sistemas previstos en la Constitución, o a los regímenes que creen las leyes locales, en atención a las facultades que se reconocen a los Congresos locales.

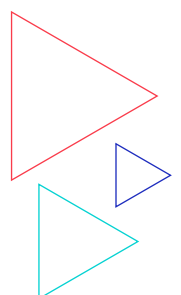
4 Los trabajadores al servicio del Estado se dividen en dos grupos: de base y de confianza (artículo 4 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado). Los trabajadores de confianza son aquellos que no gozan de estabilidad en el empleo, en virtud de las funciones que realizan, como pueden ser las de dirección, supervisión, inspección y vigilancia. Tales funciones se encuentran definidas en el artículo 5 de la ley federal citada.

5 "XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado solo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

Las autoridades federales, de las entidades federativas y municipales, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones".





A partir de la reforma publicada el 8 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*, en el artículo 4º de la Constitución se prevén derechos y prestaciones relacionadas con la prestación universal de servicios de salud y se reconoce expresamente que el Estado garantizará la entrega de un apoyo económico universal a las personas que tengan discapacidad permanente, una pensión no contributiva para las personas mayores de 68 años, así como un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública. Estos derechos y prestaciones se encuentran establecidos de manera complementaria a los esquemas de seguridad social contributivos⁶.

6 "Artículo 4º.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.

El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas y las y los afroamericanos hasta la edad de sesenta y cuatro años y las personas que se encuentren en condición de pobreza.

Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley. En el caso de las y los indígenas y las y los afroamericanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad.

El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación.

Toda persona tiene derecho a la movilidad en condiciones de seguridad vial, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad.

Estas prestaciones tienen una orientación universal, que es distinta a la de los desaparecidos programas de transferencias condicionadas, denominados Prospera (2014-2019), Oportunidades (2001-2014) y Progresá (1997-2001), que habían sido adoptados específicamente para el combate de la pobreza. Los programas anteriores estaban dirigidos a beneficiar a las localidades y familias en condiciones de pobreza extrema y contaban con lineamientos para la definición e identificación de los beneficiarios mediante estudios socioeconómicos ⁷.

Asimismo, para la integración de las bases de la protección social en México, son relevantes los artículos 25 y 26 de la Constitución. En el artículo 25, se establece que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, y entre otros objetivos prevé que, mediante la competitividad, se fomente el crecimiento económico y el empleo y una más justa redistribución del ingreso y la riqueza, así como que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales. En el artículo 26, apartado C, se prevé la integración del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), que es un órgano autónomo, al que le compete la medición de la pobreza y la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social.

La regulación de la actividad de ese Consejo se encuentra en la Ley General de Desarrollo Social (publicada el 20 de enero de 2004). El artículo 6 de esa ley prevé que son derechos para el desarrollo social, la educación, la salud, la alimentación nutritiva y de calidad, la vivienda digna y decorosa, el disfrute de un medio ambiente sano, el trabajo y la seguridad social y los derechos relativos a la no discriminación en los términos de la Constitución.

También es importante destacar que existen otras leyes, ajenas a la materia de seguridad social pero en las que también se reconoce este derecho, como en el artículo 13, fracción IX, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes ⁸ y el artículo 6 de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores ⁹.

En el reconocimiento y la protección del derecho a la seguridad social, también ha sido relevante que el Estado mexicano ha ratificado los tratados internacionales en los que se la reconoce como derecho humano, y en los que se establecen sus bases mínimas de protección. Sobre todo, si se toma en consideración que, desde la reforma constitucional del 1.º de junio de 2011, tienen rango constitucional los derechos humanos y sus garantías establecidas en esos tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano ¹⁰.

El Estado promoverá el desarrollo integral de las personas jóvenes, a través de políticas públicas con enfoque multidisciplinario, que propicien su inclusión en el ámbito político, social, económico y cultural del país. La Ley establecerá la concurrencia de la Federación, entidades federativas, Municipios y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, para esos efectos”.

7 Como ejemplo de la operación de esos programas, se pueden consultar los lineamientos del Programa Progresá, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 1999. Véase http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4944430&fecha=26/02/1999

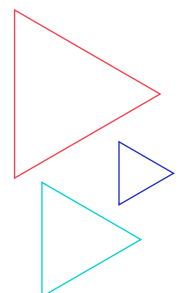
8 “Artículo 13. Para efectos de la presente Ley son derechos de niñas, niños y adolescentes, de manera enunciativa mas no limitativa, los siguientes: (...)

IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social (...).”

9 “Artículo 6º. El Estado garantizará las condiciones óptimas de salud, educación, nutrición, vivienda, desarrollo integral y seguridad social a las personas adultas mayores con el fin de lograr plena calidad de vida para su vejez. Asimismo, deberá establecer programas para asegurar a todos los trabajadores una preparación adecuada para su retiro (...).”

10 Lo anterior en atención a lo establecido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que indica lo siguiente:

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (...).”





Para ello, resulta de gran relevancia la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ¹¹ y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) ¹². También es importante considerar que México está sujeto a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¹³, de modo que la jurisprudencia emitida por esta es obligatoria para las autoridades mexicanas.

Asimismo, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, el Estado mexicano ha ratificado el Convenio núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima), del que aceptó las partes II, III, V, VI y VIII-X y fue ratificado el 12 de octubre de 1961 ¹⁴, y el Convenio núm. 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social), del que aceptó las ramas a) a la g) y fue ratificado el 6 de enero de 1978.

Sin embargo, no se han ratificado los siguientes instrumentos actualizados de la Organización Internacional del Trabajo:

1. Convenio núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,
2. Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes,
3. Convenio núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad,
4. Convenio núm. 157 sobre la conservación de derechos en materia de seguridad social,
5. Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, y
6. Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad.

1.2 Construcciones legales sobre el derecho a la seguridad social

El artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución contiene los lineamientos mínimos del régimen regulado en la Ley del Seguro Social, en beneficio de los trabajadores y la población en general aunque no tenga trabajo asalariado. Los grupos que deben ser afiliados al régimen obligatorio de esa ley están definidos en el artículo 12 de la Ley del Seguro Social:

-
- Artículo 12. Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio:

(REFORMADA, D.O.F. 20 DE DICIEMBRE DE 2001)

I. Las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica

¹¹ Ratificado por México el 23 de marzo de 1981.

¹² Instrumento de ratificación de 3 de marzo de 1996, depositado el 16 de abril de ese año.

¹³ Declaración de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos depositada el 16 de diciembre de 1998.

¹⁴ En los tribunales nacionales surgió la controversia sobre la validez de la ratificación del Convenio núm. 102, la cual fue resuelta en la jurisprudencia P./J. 22/2013 (10a.), del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tiene por título: "CONVENIO NÚMERO 102 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, RELATIVO A LA NORMA MÍNIMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE FORMA PARA INCORPORARSE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO, PARTICULARMENTE EN MATERIA DE JUBILACIONES, PENSIONES U OTRAS FORMAS DE RETIRO" [Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XXII, julio de 2013, tomo 1, página 5. Registro: 2003953, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003953>].

o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones;

(REFORMADA, D.O.F. 2 DE JULIO DE 2019)

II. Los socios de sociedades cooperativas;

(REFORMADA, D.O.F. 2 DE JULIO DE 2019)

III. Las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta Ley y los reglamentos correspondientes, y

(ADICIONADA, D.O.F. 2 DE JULIO DE 2019)

IV. Las personas trabajadoras del hogar.

En ordenamientos secundarios se da un desarrollo más concreto de este derecho, por ejemplo, en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley del Seguro Social se establece lo siguiente:

▶ Artículo 2. La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

Artículo 3. La realización de la seguridad social está a cargo de entidades o dependencias públicas, federales o locales y de organismos descentralizados, conforme a lo dispuesto por esta Ley y demás ordenamientos legales sobre la materia.

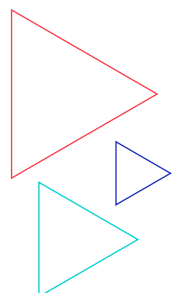
Artículo 4. El Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional en los términos de esta Ley, sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos.

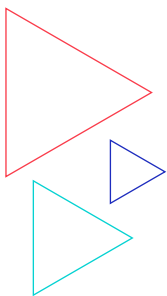
Esta es, sin duda, la ley más importante en la concreción del derecho a la seguridad social, no solo por su relevancia histórica, sino porque también su aplicación se extiende a una gran parte de la población. Actualmente, permanece vigente la publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de noviembre de 1995 y cuya vigencia comenzó a partir del 1.º de julio de 1997.

En ella se adoptó un sistema de cuentas individuales en el que se depositan las cuotas obrero-patronales y estatales, y que a su vez se divide en subcuentas específicas por los distintos seguros que prevé la ley. Asimismo, entre los objetivos que se trazan al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), se encuentra el poder garantizar el derecho a la salud, asistencia médica, protección de los medios de subsistencia y servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión a sus beneficiarios que, previo cumplimiento de los requisitos legales correspondientes, será garantizada por el Estado.

Para aplicar el sistema de la nueva ley de 1997, el régimen transitorio previó la aplicación la Ley del Seguro Social anterior, la cual entró en vigor en 1973. Esto es relevante porque la ley abrogada regulaba un sistema de reparto (de pensión definida), cuyos beneficios hoy en día siguen siendo aplicables a los trabajadores que comenzaron a cotizar en ese sistema. De modo que el trabajador elige el sistema de prestaciones al que se acogerá al momento en que se le otorga la pensión.

En el artículo 11 de la Ley del Seguro Social se prevén las ramas de aseguramiento de las prestaciones que se otorgan en el régimen obligatorio de ese sistema contributivo. Aunque cabe destacar que existen dentro de ese sistema otros regímenes de incorporación voluntaria, que pueden comprender menos prestaciones:





► Artículo 11. El régimen obligatorio comprende los seguros de:

- I. Riesgos de trabajo;
 - II. Enfermedades y maternidad;
 - III. Invalidez y vida;
 - IV. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y
 - V. Guarderías y prestaciones sociales.
-

En la ley se desarrollan esas ramas de seguro, para las cuales se prevén prestaciones en especie, como es la asistencia médica y los servicios de cuidado, así como prestaciones en dinero, como pensiones e indemnizaciones de pago único.

Dentro de esa ley, no se regula el seguro de desempleo. Respecto de esta contingencia, solo se regula la rama de cesantía en edad avanzada. Para gozar de los beneficios de ese seguro, se requiere tener más de 60 años, quedar privado de trabajo remunerado y contar con un periodo de cotización de 1 000 semanas¹⁵. También puede acceder a ese seguro quien no reúna la edad pero cuyo saldo de su cuenta individual sea suficiente para pagar una pensión superior en un 30 por ciento a la mínima que garantiza la ley. En ese seguro, la prestación económica consiste en una pensión vitalicia.

El 16 de diciembre de 2020 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma que aumentó el monto de cotización a cargo del empleador y, además, disminuyó las semanas de cotización necesarias para acceder a las pensiones de cesantía en edad avanzada y vejez. También se aumentaron los montos de la pensión que garantiza el Estado ante la insuficiencia de fondos de la cuenta individual.

En la aplicación de la Ley del Seguro Social también debe considerarse la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de abril de 1972. Dicho instituto es un órgano tripartito encargado de administrar el fondo destinado al financiamiento de vivienda de los trabajadores. Para el sistema de cuentas individuales esto resulta relevante, porque los recursos depositados a favor de los trabajadores en dicho fondo se acumulan en la cuenta individual de cada asegurado y el saldo se transfiere para el pago de sus pensiones de seguridad social.

Respecto a los empleados de los poderes federales, se debe aplicar la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de marzo de 2007, que entró en vigor al día siguiente de su publicación. Este ordenamiento agrupa 21 seguros y prestaciones que preveía la ley anterior en cuatro grandes grupos: retiro; cesantía en edad avanzada y vejez; invalidez y vida; y riesgos de trabajo y salud. También se prevé el sistema de contribución definida, administrado por medio de cuentas individuales.

En la transición de ese sistema se previó la abrogación de la ley anterior de 1983, y se creó un régimen especial en el artículo Décimo Transitorio, en el que se establecieron las bases de aplicación de las prestaciones a favor de los trabajadores que decidieron permanecer en el sistema de reparto anterior. En el momento de inicio de vigencia de la ley, los empleados públicos tuvieron que elegir entre permanecer en el sistema anterior o adoptar el nuevo

15 “Artículo 154. Para los efectos de esta Ley existe cesantía en edad avanzada cuando el asegurado quede privado de trabajos remunerados a partir de los sesenta años de edad.

(REFORMADO, D.O.F. 16 DE DICIEMBRE DE 2020)

Para gozar de las prestaciones de este ramo se requiere que el asegurado tenga reconocidas ante el Instituto un mínimo de mil cotizaciones semanales”.

sistema. Y con base en la antigüedad en el trabajo, el Gobierno otorgó bonos de pensión que fueron depositados en las cuentas individuales de quienes decidieron migrar al nuevo sistema.

En la aplicación de los sistemas de cuentas individuales intervienen las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afores), que tienen a su cargo la administración de las cuentas. La institución de seguridad social únicamente autoriza la pensión, la cual será pagada sea por la Afore (en la modalidad de retiro programado) o por la aseguradora privada (en la de renta vitalicia, previo pago del monto constitutivo con cargo a los recursos de la cuenta individual). Las Afores están reguladas por la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y se encuentran sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro ¹⁶.

También debe enfatizarse que hay diversas leyes locales de seguridad social (son 31 estados), las cuales adoptan diversos sistemas de seguro social, con diferentes formas de financiamiento y otorgamiento de las prestaciones. Esto es relevante, porque, como se señaló anteriormente, los estados y municipios tienen la facultad de incorporar a sus trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social, al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado o a la institución local que ellos elijan, aunque evidentemente están obligados a inscribirlos en algún sistema ¹⁷.

Con respecto a las Fuerzas Armadas, se contempla otro régimen en el que resulta aplicable la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de julio de 2003.

Otros sistemas derivan de la aplicación de contratos colectivos de trabajo. Los más grandes y relevantes son el de Petróleos Mexicanos, empresa que administra directamente las prestaciones previstas en la Ley del Seguro Social, incluso las que corresponden a los servicios médicos, y el sistema del Instituto Mexicano del Seguro Social, que tiene un régimen especial para sus propios trabajadores.

Finalmente, existe un grupo adicional de prestaciones que se otorgan fuera de los esquemas administrados por las instituciones de seguridad social, y que constituyen programas no

16 La Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en cuya junta de gobierno participan funcionarios públicos, así como representantes de trabajadores y empleadores, en los siguientes términos, establecidos en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

“Artículo 7º- La Junta de Gobierno estará integrada por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, quien la presidirá, el Presidente de la Comisión, dos vicepresidentes de la misma y otros trece vocales.

Dichos vocales serán el Secretario del Trabajo y Previsión Social, el Gobernador del Banco de México, el Subsecretario de Hacienda y Crédito Público, el Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, el Director General del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, el Director General del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Presidente de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Presidente de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

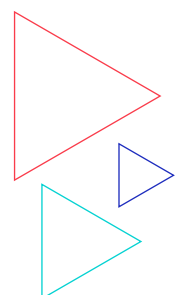
Los cinco vocales restantes serán designados por el Secretario de Hacienda y Crédito Público debiendo ser cuatro representantes de las organizaciones nacionales de trabajadores y uno de los correspondientes a los patronos, que formen parte del Comité Consultivo y de Vigilancia y que ostenten la mayor representatividad.

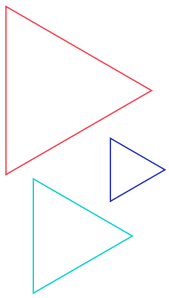
En ausencia del Secretario de Hacienda y Crédito Público, lo suplirá el Presidente de la Comisión.

Por cada miembro propietario se nombrará un suplente que en todo caso deberá ser un funcionario con el rango inmediato inferior al del miembro propietario. Los miembros suplentes podrán ser removidos libremente por las dependencias, entidades o instituciones que los hayan designado. Los representantes suplentes de las organizaciones obreras y patronales serán designados en los mismos términos que los miembros propietarios.

La Junta de Gobierno contará con un Secretario, el cual podrá expedir constancias de los acuerdos de los órganos colegiados de la propia Comisión”.

17 Véase Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 6 de febrero de 2019, Amparo directo en revisión 5368/2018, del que derivó el criterio publicado con estos datos: “DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. LOS MUNICIPIOS Y ORGANISMOS MUNICIPALES DEBEN DEMOSTRAR LA INSCRIPCIÓN DE SUS TRABAJADORES EN ALGÚN RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL” [Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 69, agosto de 2019, tomo III, p. 2642, registro: 2020457, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020457>].





contributivos, sea de pensiones o de prestaciones médicas. Como ejemplo de esas prestaciones se encuentran los siguientes programas prioritarios que administra la Secretaría del Bienestar:

- Programa Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores: pensión universal que se otorga a personas mayores de 68 años de edad y a quienes sean mayores de 65 años que habiten en comunidades indígenas (las reglas de 2021 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de diciembre de 2020).
- Programa Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad: apoyo económico a quienes tienen discapacidad permanente, sea que pertenezcan al grupo niñas, niños, adolescentes y jóvenes de 0 a 29 años, o al de la población indígena de 0 a 64 años (sus reglas para 2021 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de diciembre de 2020).
- Programa de Apoyo para el Bienestar de las Niñas y Niños, Hijos de Madres Trabajadoras: apoyo económico a familias monoparentales, encabezadas tanto por mujeres como por hombres; tutores de niños o niñas de entre un año y hasta un día antes de cumplir cuatro años de edad. También sirve para apoyar a niños o niñas de un año hasta un día antes de cumplir 6 años con alguna discapacidad. Se prevé como requisito de acceso que padres, madres o tutores que lo soliciten busquen trabajo o empleo y que no cuenten con servicio de cuidado para el menor de edad. No se condiciona su otorgamiento al nivel de ingreso del solicitante (sus reglas de operación para 2021 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 2020).
- Modelo de Salud para el Bienestar dirigido a las personas sin seguridad social, basado en la atención primaria de salud, administrado por el Instituto de Salud para el Bienestar: tiene el objetivo central de que el Estado garantice la protección a la salud, bajo criterios de universalidad e igualdad, para que todas las personas, de todas las edades y en toda la geografía del país, sin excepciones de ninguna clase y sin catálogos limitantes, reciban servicios de salud gratuitos.

Además, vale la pena destacar, como un elemento distintivo y ajeno al modelo federal, que en la Ciudad de México el seguro de desempleo está previsto como un beneficio no contributivo. Está regulado en la Ley de Protección y Fomento al Empleo para el Distrito Federal. Se otorgan cuatro apoyos con un monto determinado inferior al salario mínimo. Los requisitos para acceder a esa prestación universal son los siguientes:

- Ser residente de la Ciudad de México.
- Tener entre 18 años y hasta 67 años con 11 meses cumplidos a la fecha de realizar la solicitud.
- Haber laborado en un empleo formal previo a la pérdida del empleo, para una persona física o moral con domicilio fiscal y físico dentro de la Ciudad de México, por un periodo mínimo de seis meses acumulados entre 2019 y 2021 en la Ciudad de México.
- Haber perdido el empleo formal por causas ajenas a su voluntad a partir del 1.º de enero de 2019.
- No percibir ingresos económicos por concepto de jubilación, pensión o subsidio igual o mayor a lo que el programa otorga.
- No ser persona beneficiaria de algún otro programa del Gobierno de la Ciudad de México con ayuda económica.
- Ser buscador activo de empleo.
- Darse de alta en la Bolsa de Trabajo del Servicio Nacional de Empleo.

Este gran entramado representa el marco constitucional, convencional y legal que se tiene previsto para el derecho a la seguridad social en México, el cual se encuentra plenamente reconocido como un derecho, pero cuyo contenido ha sido definido y delineado también a través de la labor que realizan los tribunales y que se verá en el siguiente apartado.

2. Sobre la justiciabilidad del derecho a la seguridad social

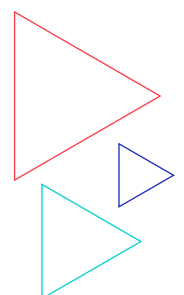
La Constitución no incluye en su texto el concepto de “justicia social”; no obstante, reconoce derechos que pueden integrar una declaración de esta naturaleza, como lo refiere el doctor Jorge Carpizo (2011, 419-464), constitucionalista mexicano. Aunado a ello, la protección judicial de los derechos humanos en el juicio de amparo no excluye a los derechos sociales. De igual manera, la justicia social se ha empleado en los tribunales como principio interpretativo que permite aplicar normas en favor de los trabajadores¹⁸.

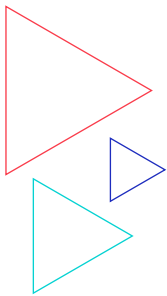
No existe en la Constitución un catálogo de principios generales asociados expresamente al derecho a la seguridad social. Las bases para el desarrollo del derecho de la seguridad social se encuentran en el artículo 123 constitucional. Por tratarse de un derecho humano protegido en las normas constitucionales y convencionales suscritas por México, en términos del artículo 1.º constitucional, a las normas de seguridad social les son aplicables la interpretación de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, y el principio pro persona. Además, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Asimismo, en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha aplicado el derecho a la seguridad social junto con el principio de solidaridad social¹⁹. La definición de este último ha sido relevante en el análisis de constitucionalidad del sistema de cuentas individuales. La Suprema Corte definió que ese principio no implica que el Estado deba administrar las prestaciones inherentes a la seguridad social y menos aún que sea su obligación otorgar dichas prestaciones. Tampoco implica que los beneficios de los pensionados (renta vitalicia y asistencia médica) necesariamente deban cubrirse con las cuotas y aportaciones de los trabajadores activos (sistema de reparto) y con la ayuda subsidiaria del Estado. En esa virtud, consideró que el régimen de seguridad social analizado en ese momento a partir del contenido de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, vigente a partir del 1.º de abril de 2007 (cuentas individuales), atendía al principio de solidaridad social. La razón era que el sistema diseñado por el legislador ordinario garantizaba el otorgamiento de las prestaciones a que constitucionalmente tienen derecho todos los trabajadores para asegurar su bienestar y el de su familia, en especial de los que obtienen menos ingresos, mediante una distribución equitativa de los recursos económicos necesarios para ello.

18 Segunda Sala, sentencia de 26 de febrero de 1996, Amparo en revisión 1543/94, del que derivó el criterio publicado con el título: “INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. NO CONSTITUYE UN MONOPOLIO DE LOS PROHIBIDOS POR EL ARTICULO 28 CONSTITUCIONAL” [Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo III, abril de 1996, p. 121, Registro: 200145, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/200145>]. También sentencia de 19 de febrero de 2020, Amparo directo 31/2019, en el que se pronunció el criterio que tiene por título: “ACCIDENTE DE TRABAJO EN TRAYECTO. EL FALLECIMIENTO DE UNA PERSONA CON MOTIVO DE SU SECUESTRO OCURRIDO AL LLEGAR A SU CENTRO DE TRABAJO DEBE CONSIDERARSE COMO TAL” [Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 77, agosto de 2020, tomo V, p. 4455, registro: 2021950, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021950>].

19 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 19 de junio de 2008, Amparo en revisión 220/2008, en la que se sostuvo el criterio publicado con este encabezado: “ISSSTE. CONCEPTO DE SOLIDARIDAD PARA EFECTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)” [Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 8, registro: 168658, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/168658>].





En algunos precedentes se han asociado las bases mínimas de la seguridad social para los trabajadores como una derivación del principio de previsión social²⁰. La Segunda Sala de la Suprema Corte ha diferenciado del salario a las prestaciones de seguridad social, las cuales se otorgan para atender a necesidades eventuales y futuras, y las ubica como uno de los aspectos de la previsión social²¹.

Incluso en una resolución, la Segunda Sala del máximo tribunal sostuvo que la fracción XI del apartado B del artículo 123 constitucional “contiene los principios fundamentales de los derechos sociales, inspirados en la justicia y la humanidad, cuya finalidad es preservar, frente a una situación jurídica desigual, la existencia de una clase social económicamente débil y desvalida, sobre la base de un mínimo de condiciones destinadas a dignificar y elevar la condición humana de los trabajadores”²².

Esto también ha llevado a considerar que el reconocimiento y la protección del derecho a la seguridad social parten de la interpretación de las propias normas constitucionales que lo garantizan a ciertos grupos sociales mediante la expedición de leyes o el otorgamiento de prestaciones, a pesar de que no exista una cláusula general en la que se reconozca de manera clara y expresa ese derecho²³. Además, en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los tribunales federales se ha integrado el análisis conjunto de las normas constitucionales y de los tratados internacionales para determinar el alcance del derecho a la seguridad social.

También es importante destacar que la Constitución contiene otras disposiciones que reconocen derechos o principios que tienen conexión con el derecho a la seguridad social. Por ejemplo, el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 1º)²⁴, el de seguridad jurídica (artículos 14 y 16), a la propiedad (artículos 14 y 27), el de acceso a la justicia y al debido proceso (artículo 17), las normas protectoras del salario y del producto del trabajo (artículo 123, apartado A, fracción VIII, y B, fracción VI); así como los derechos a la protección de la salud y a la alimentación (artículo

20 Segunda Sala, sentencia de 22 de octubre de 2014, Amparo en revisión 305/2014, de la que derivó el criterio publicado con el título: “ISSSTE. EL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE PENSIONES DE LOS TRABAJADORES SUJETOS AL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO DÉCIMO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY RELATIVA, VIOLA EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL PRINCIPIO DE PREVISIÓN SOCIAL”. [Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, noviembre de 2014, tomo I, página 1191. Registro: 2007937, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007937>].

21 Sentencia de 3 de noviembre de 1980, Amparo en revisión 8015/79, en la que se emitió el criterio publicado con estos datos: “PREVISIÓN SOCIAL, GASTO DE. NO LO ES LA AYUDA PARA RENTA DE CASA A LOS TRABAJADORES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD” [Semanario Judicial de la Federación, volumen 139-144, tercera parte, p. 101, registro: 237848, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/237848>].

22 Sentencia de 18 de marzo de 2009, Amparo en revisión 44/2009, en el que se emitió el criterio de rubro: “SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO DE SONORA. EL ARTÍCULO 6 DEL REGLAMENTO PARA LOS SERVICIOS MÉDICOS DEL ISSSTESON, AL ESTABLECER QUE PARA TENER ACCESO AL SERVICIO MÉDICO LOS TRABAJADORES DE NUEVO INGRESO O REINGRESO DEBERÁN ACREDITAR QUE GOZAN DE BUENA SALUD, VIOLA EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XI, INCISO A), DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA” [Semanario Judicial de la Federación, tomo XXIX, mayo de 2009, p. 96, registro: 167173, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/167173>].

23 Véase Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 8 de agosto de 2012, Amparo directo en revisión 1832/2012, de la que derivó el criterio publicado con este título: “ISSFAM. LOS ARTÍCULOS 49 Y 50, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 29 DE JUNIO DE 1976, NO CONTRAVIENEN EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL” [Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, septiembre de 2012, tomo 2, página 1216. Registro: 2001659, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2001659>].

24 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 6 de enero de 2009, Amparo directo 6/2008, en el que se sostuvieron los criterios que se publicaron con los siguientes títulos: “DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES” [Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, diciembre de 2009, página 8. Registro: 165813, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165813>], y “DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE” [Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, diciembre de 2009, página 7. Registro: 165822, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165822>].

4º), los cuales han sido analizados conjuntamente en las distintas controversias surgidas en esta materia ²⁵.

De igual manera, dado que en el ordenamiento mexicano las cotizaciones a los planes de seguridad social tienen el carácter de contribuciones, en los asuntos relativos al cobro de estas resultan conexos los principios de justicia tributaria de legalidad, equidad y proporcionalidad (artículo 31, fracción IV de la Constitución).

2.1 Exigibilidad del derecho a la seguridad social ante los tribunales

En México, los derechos de seguridad social son justiciables, primeramente, ante los tribunales ordinarios.

A partir de una reforma constitucional realizada al artículo 123, el 24 de febrero de 2017, se generó un cambio trascendental con respecto a las controversias laborales. En síntesis, se realizó una reforma de fondo al derecho procesal del trabajo, que se compone de tres ejes fundamentales: a) impartición de la justicia laboral por órganos de los poderes judiciales, sea de la Federación o locales, en sustitución de los órganos tripartitos que antes existían, denominados Juntas de Conciliación y Arbitraje; b) existencia de una etapa conciliatoria previa, obligatoria y fuera de la instancia judicial, a cargo de órganos administrativos descentralizados creados para ese efecto (Centros de Conciliación), y c) fortalecimiento de la negociación colectiva y de sindicalización, a cargo del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (Molina Martínez 2018, 1-28).

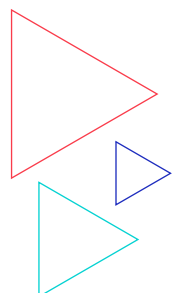
Esta reforma constitucional tuvo como antecedente los Diálogos por la Justicia Cotidiana convocados en 2014. Como resultado de ese ejercicio, se emitió un diagnóstico en el cual se resaltó la asimetría de los representantes obreros y patronales en las Juntas de Conciliación y Arbitraje con relación a su presidente, lo que generaba el desinterés de aquellos por llevar a cabo el cumplimiento puntual de sus funciones para la elaboración, revisión y suscripción de un laudo. Asimismo, se emitieron diversas observaciones relacionadas con la conciliación y con la ineficacia del sistema procesal vigente en esa época ²⁶.

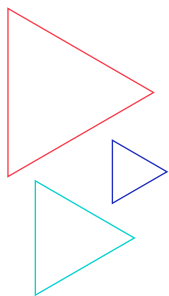
Las controversias derivadas del otorgamiento de prestaciones previstas en la Ley del Seguro Social se pueden plantear ante la jurisdicción ordinaria federal, para las cuales existe un procedimiento especial regulado en los artículos 899-A a 899-G de la Ley Federal del Trabajo. En este momento, ante los cambios legislativos adoptados en relación con la justicia procesal laboral, se está operando la transición de la jurisdicción de las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje (órgano tripartito) a los tribunales laborales pertenecientes al Poder Judicial de la Federación. Por esa razón, en algunos estados de México, y atendiendo a la fecha de presentación de la demanda, el juicio podrá ser conocido por la Junta Federal o por los tribunales laborales federales, lo que ocasiona que puedan existir diversas secuelas procesales.

Asimismo, en una última reforma de 2019 que se realizó a la Ley Federal del Trabajo, se prevé que en las controversias en materia de seguridad social se privilegie la tramitación en línea,

25 Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia de 19 de noviembre de 2014. Amparo directo en revisión 3905/2014, que fue el primer precedente de la jurisprudencia 2a./J. 12/2015, publicada con el título: "PENSIONES. LA EXCLUSIÓN DE ALGUNAS PRESTACIONES QUE ORDINARIAMENTE PERCIBE EL TRABAJADOR EN ACTIVO EN EL SALARIO BASE DE COTIZACIÓN, NO VULNERA POR SÍ SOLA EL DERECHO A UNA VIDA DIGNA, A LA SALUD Y A LA ALIMENTACIÓN" [Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, febrero de 2015, tomo II, página 1575. Registro: 2008509, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008509>].

26 Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; de Trabajo y Previsión Social, y de Estudios Legislativos, Segunda, sobre la Iniciativa de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, pp. 20 a 25.





a partir de plataformas de comunicación con las instituciones de seguridad social. Además, será el Consejo de la Judicatura Federal el que administrará la designación de los peritos con una prueba pericial que estará a cargo de un solo experto designado por el juez y pagado por el Poder Judicial, y solo se reconoce que las partes podrán auxiliarse de sus profesionales de confianza, pero no designan perito.

En los sistemas de seguridad social que benefician a empleados públicos (sea de los poderes federales o de los miembros de las Fuerzas Armadas), las controversias se plantean ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, mediante el juicio contencioso-administrativo.

Asimismo, corresponde a cada estado regular las controversias derivadas de la aplicación de leyes de seguridad social locales. Es posible que se ventilen ante los tribunales laborales locales encargados de conocer los conflictos entre el gobierno local y sus trabajadores (tribunales burocráticos), o que se resuelvan en el juicio contencioso-administrativo local ante los tribunales administrativos.

Además de estos medios de defensa ordinarios, el artículo 103 de la Constitución prevé la existencia del juicio de amparo, el cual procede para impugnar normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

El juicio de amparo es el medio de defensa de control constitucional por medio del cual se tutelan los derechos humanos, y procede tanto contra las leyes de seguridad social como en contra de los laudos y las sentencias que emiten los tribunales ordinarios al resolver las controversias de seguridad social. Excepcionalmente, en el juicio de amparo es posible combatir los actos de las instituciones de seguridad social cuando derivan de la aplicación de una ley inconstitucional o cuando existe una violación directa de derechos humanos.

Las resoluciones expresadas en el juicio de amparo pueden ser emitidas en forma definitiva por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Igualmente, el Alto Tribunal del país tiene la facultad para uniformar la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito (tribunales federales que conocen del juicio de amparo), mediante el sistema de contradicción de tesis.

Otro medio de defensa que permite tutelar el derecho a la seguridad social es la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se trata del medio de control abstracto de inconstitucionalidad, que se puede promover en términos del artículo 105, fracción II, de la Constitución y solo puede ser activado por órganos públicos específicos, tales como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

A continuación, se incluyen algunos de los casos en los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fijado criterios relevantes en la garantía del derecho a la seguridad social y los derechos conexos con este.

2.2 El derecho a la seguridad social y la expansión de los beneficios a parejas del mismo sexo

El principio de igualdad ha permeado directamente en diversas resoluciones sobre el derecho a la seguridad social emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y particularmente en la jurisprudencia desarrollada por su Segunda Sala.

En el caso analizado en el amparo en revisión 485/2013²⁷, un asegurado del Instituto Mexicano del Seguro Social acudió a una de las oficinas regionales de dicho instituto con la intención de

27 Amparo en Revisión 485/2013. Fallado el 29 de enero de 2014 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

dar de alta a su esposo como beneficiario. La dependencia negó la inscripción de su cónyuge como asegurado, partiendo de una interpretación y lectura rígida del artículo 84, fracción III, de la Ley del Seguro Social.

Este artículo se ubica dentro del apartado de seguro de enfermedades y maternidad de dicha ley. En él, se prevé un catálogo de personas que pueden quedar amparadas por este seguro, entre las que se incluye tanto al asegurado como ascendientes y descendientes de este. Adicionalmente, la fracción III de este artículo establece también los supuestos para que el o la cónyuge del asegurado queden protegidos²⁸. Sin embargo, como se puede apreciar en la redacción del precepto, no se contemplaba el caso de una persona cuyo cónyuge sea alguien del mismo sexo, sino que específicamente hace mención del esposo o la esposa.

La negativa de inscripción por parte del Instituto derivó en que el asegurado promoviera un juicio de amparo impugnando la constitucionalidad de este artículo y su respectivo acto de aplicación en la resolución por la que se le negó su inscripción. Desafortunadamente, los problemas no terminaron ahí, pues poco tiempo después de iniciado el juicio su cónyuge falleció, pendiendo de un hilo la determinación que se pudo haber tomado por la justicia federal. Habiendo sido informado de este fallecimiento, el juez de distrito que conoció de la demanda de amparo estimó que ya no existía materia en el juicio sobre la cual pronunciarse.

En una segunda instancia, el asunto llegó a la Suprema Corte, en donde el caso tomó otro rumbo, pues la Segunda Sala del Alto Tribunal determinó concederle el amparo al asegurado.

En principio, se reconoció la falta de reformas que había tenido esta fracción desde su promulgación en 1995, es decir, años antes de que se dieran las primeras modificaciones a diversos Códigos Civiles estatales para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Partiendo de este hecho y de la bastante desarrollada jurisprudencia que existe sobre matrimonio igualitario por parte de la Suprema Corte, se consideró que la exclusión implícita de las parejas homosexuales a la posibilidad de acceder al seguro de enfermedades y maternidad se traducía en un acto discriminatorio que catalogaba a los homosexuales como si fueran “ciudadanos de segunda clase” y con derechos que no podían ser reconocidos.

De tal forma que, a primera vista, se señaló que el artículo podría parecer inconstitucional. Sin embargo, se pudo salvar este aspecto, al advertirse en otro precepto de la ley una definición amplia de lo que debía entenderse por beneficiario²⁹, sin que existiera una diferenciación en cuanto al sexo del cónyuge, como en el artículo 84 impugnado. Por lo que, utilizando una interpretación más favorable, se consideró que debía utilizarse la definición más amplia de beneficiario que contenía la ley.

28 “Artículo 84. Quedan amparados por este seguro:

(...)

III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de éste el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior”.

29 “Artículo 5 A. Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

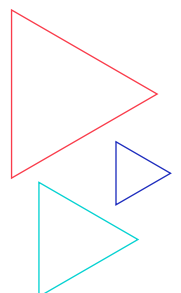
(...)

XI. Asegurados o asegurado: el trabajador o sujeto de aseguramiento inscrito ante el Instituto, en los términos de la Ley;

XII. Beneficiarios: el cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado señalados en la Ley;

XIII. Derechohabientes o derechohabiente: el asegurado, el pensionado y los beneficiarios de ambos, que en los términos de la Ley tengan vigente su derecho a recibir las prestaciones del Instituto;

(...)”.





En consecuencia, se debía reconocer la inscripción del cónyuge del asegurado en el régimen del seguro social, sin que fuera menoscabo que este ya hubiera fallecido, pues se señaló que debía “impartírsele justicia para que en un futuro no se le volviera aplicar la citada disposición bajo la interpretación restrictiva que hizo el Instituto Mexicano del Seguro Social y, al mismo tiempo, para que se reconozca con efectos retroactivos la inscripción en el régimen de enfermedades de su cónyuge, a efecto de salvaguardar las acciones conducentes que se estimara conducente iniciar”.

El caso anterior ejemplifica los cambios producidos a través de la vía jurisdiccional y que han ampliado la protección de un sistema de seguridad social. Aunque a partir de otros casos, como los que se presentarán a continuación, se podrá apreciar no solo el carácter extensivo que le ha dado a este derecho la Suprema Corte, sino también la posibilidad de que con ellos se logren eliminar estereotipos y roles de género explícitos o implícitos, como los que a veces se encuentran en estos ordenamientos.

2.3 La seguridad social como un mecanismo para la eliminación de estereotipos

La ley laboral de 1931, con la intención de garantizar un reconocimiento a la participación de la mujer en la vida productiva, incluyó una obligación para el patrón de proporcionar un servicio de guardería durante las horas de la jornada de trabajo (Marquet Guerrero 2012, 365; De la Cueva 2003, 441 y 442).

A pesar del establecimiento de esta obligación patronal, ese reconocimiento tomó poco más de cuarenta años para poder consagrarse en un sistema eficaz. Así, fue a través de los sistemas de seguridad social como se pudo dar contenido y cumplimiento a esta obligación establecida en las leyes laborales, pero cuyo desarrollo terminó por realizarse a través del Instituto Mexicano del Seguro Social, dada su experiencia técnica y administrativa.

Como se señaló, este servicio fue diseñado primeramente como un beneficio para las madres trabajadoras, y hasta el año de 1997 se determinó ampliar esta prestación a favor de los trabajadores varones viudos o divorciados. Eventualmente, en el año 2001 se abrió un poco más el supuesto para contemplar a trabajadores varones a quienes judicialmente se les hubiera conferido la custodia de sus hijos, siempre y cuando no contrajeran nuevamente matrimonio o se unieran en concubinato. Asimismo, se consideró que este ramo se podría extender a los asegurados que por resolución judicial ejercieran la patria potestad y custodia de un menor, sujeto a que estuvieran vigentes en sus derechos ante el Instituto y no pudieran proporcionar la atención y cuidados necesarios al menor.

Este sistema fue objeto de discusión a raíz de la petición de un padre, que sin ubicarse en ninguno de estos supuestos y estando casado con una mujer que no era derechohabiente, solicitó del Instituto la prestación del servicio de guarderías.

La negativa en la prestación del servicio por parte del Instituto fue inmediata, sustentada por el contenido de estas disposiciones. Por lo que el padre derechohabiente interpuso un juicio de amparo en el que impugnó la constitucionalidad del artículo 201 de la Ley del Seguro Social, que establecía las limitantes ya referidas. A decir del padre quejoso, dicho precepto vulneraba el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, su derecho a la seguridad social y los derechos de la niñez e interés superior del menor.

Radicado el caso en la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, se determinó concederle el amparo al padre derechohabiente, por considerar que dichas limitantes para la prestación

de servicios de guarderías carecían de justificación y, por ende, eran inconstitucionales³⁰. Posteriormente, el 21 de octubre de 2020, se reformó esa disposición para eliminar las condiciones que habían sido declaradas inconstitucionales.

Para la Segunda Sala, el trato diferenciado derivaba de la asignación a la mujer del rol de cuidado de los hijos por el solo hecho de serlo. Esto implicaba un estereotipo de género en el que se presupone que es a ella a la que corresponde la responsabilidad de la crianza y cuidado de los hijos, sin que se considere que esta es una responsabilidad compartida de los padres, que deben participar en igual medida.

Incluso se señaló que la ley evidenciaba una diferenciación estructural en la que se advertían roles de género determinados al condicionar el servicio a los viudos, divorciados o los que judicialmente conservasen la custodia de sus hijos a que no contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato. De esta manera, aun reconociendo la finalidad que tuvo la implementación de este servicio, consistente en que la mujer pudiera acceder con facilidad a la vida económica y laboral una vez que diera a luz, se reconoció que en la actualidad los roles del cuidado y desarrollo del menor han cambiado, en la medida en que el hombre también se encuentra vinculado al cuidado de los hijos.

Adicionalmente, la Sala reconoció que la Constitución dispone un principio de previsión social, sustentado en la obligación de establecer un sistema íntegro que otorgue tranquilidad y bienestar personal a los trabajadores y sus familias ante los riesgos a los que están expuestos, procurando el mejoramiento del nivel de vida. Por lo que se consideró que no existía justificación constitucional alguna para hacer esta distinción respecto al sistema de guarderías y a los padres derechohabientes.

Finalmente, también se determinó que las disposiciones impugnadas vulneraban los derechos de la niñez y que existía un deber de protección de los menores que correspondía a ambos padres por igual, en un ámbito de responsabilidad equitativa que conllevaba una necesidad de que el hombre pueda ver satisfecho su interés de cuidado y desarrollo del menor a través de la guardería.

Quizás uno de los aspectos más relevantes de este caso radica en cómo una prestación de seguridad social que fue implementada como una acción positiva del Estado a favor de las trabajadoras no quedó exenta de un escrutinio judicial ni de poder ser reconfigurada a través de los tribunales, además de proveer argumentos para combatir los estereotipos de género que se advirtieron en la ley.

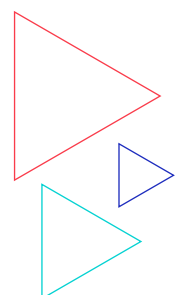
2.4 Trabajo en el hogar y la construcción de un nuevo sistema

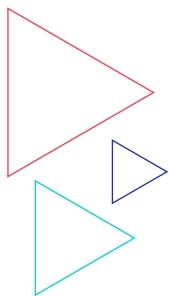
Hasta hace poco, el sistema jurídico mexicano no contemplaba la inclusión de empleadas domésticas en un régimen de seguridad social. Mucho de esto cambió a partir de lo resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte en el amparo directo 9/2018³¹, que demuestra la posibilidad y necesidad de que los sistemas de protección se adecuen a los contextos actuales.

En este asunto, una señora que se había desempeñado como trabajadora doméstica en un hogar demandó a sus patrones por un despido injustificado. Entre las prestaciones reclamadas, solicitó su inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, a fin de poder gozar de los beneficios y las prestaciones previstas.

30 Amparo en Revisión 59/2016. Fallado el 29 de junio de 2016 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

31 Amparo Directo 9/2018. Fallado el 5 de diciembre de 2018 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.





En una primera instancia, la Junta de Conciliación y Arbitraje absolvió de dicho reclamo a los patrones y determinó que no existía una obligación legal de inscripción para los beneficios de seguridad social. La razón era que en el caso de trabajadoras domésticas esto partía de la existencia de un sistema voluntario, conforme a lo pactado por las partes, sin que, en el caso, ese acuerdo de voluntades hubiera sido confirmado por la trabajadora demandante.

En respuesta, la trabajadora presentó una demanda de amparo directo en contra de ese laudo, la cual fue analizada por la Segunda Sala de la Suprema Corte.

La sentencia de la Sala se enfocó en analizar si el hecho de que los patrones carecieran de la obligación jurídica de inscribir a las personas trabajadoras domésticas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social constituía un trato discriminatorio. Y al respecto, se determinó que esta imposibilidad de que pudieran ser contempladas dentro del régimen obligatorio, dirigido a los trabajadores en general, no atendía a una diferencia objetiva y razonable.

Se reconoció que la prohibición de estos artículos fomentaba una discriminación indirecta en contra de la mujer, pues estadísticamente la labor del hogar ha sido realizada en su mayoría por mujeres y esa exclusión normativa lo único que ocasionaba era que se incrementara una condición de vulnerabilidad y marginación. De donde también se apreciaba una renuencia estatal a generar los esquemas y las políticas de seguridad social necesarios y adecuados para que esas trabajadoras pudieran tener un acceso real a las prestaciones de seguridad social estatales. De esta forma se evitaría que se vieran indebida y desproporcionalmente afectadas, desde una perspectiva económica, en caso de que enfrentaran imprevistos y acontecimientos que pudieran depararles un riesgo a su proyecto de vida digno.

En vista de la violación al principio de igualdad advertida y el problema estructural que existía, se determinó declarar la inconstitucionalidad del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social³². Asimismo, se ordenó poner en conocimiento a dicho Instituto de esta problemática, para que este, a partir de sus capacidades técnicas, operativas y presupuestales, pudiera llevar a cabo la realización de un “programa piloto” que tuviera, como fin último, diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, que no fuera de carácter voluntario sino obligatorio. Además, de que, a partir de lo anterior, fuera el propio Instituto el que pudiera proponer las adecuaciones normativas al Congreso para la incorporación formal de este nuevo sistema de seguridad social.

A la postre, este “programa piloto” se logró materializar en una reforma del 2 de julio de 2019 a la Ley del Seguro Social y a la Ley Federal del Trabajo, que eliminó la posibilidad de que la inscripción para las personas trabajadoras del hogar se realizara de manera voluntaria. En dicha reforma también se fijaron diversas bases para la introducción de un nuevo régimen de

32 “Artículo 13. Voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio:

I. Los trabajadores en industrias familiares y los independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados;

II. Los trabajadores domésticos; (...).”

Este artículo prevé quiénes se pueden incorporar voluntariamente, por no estar en los supuestos del artículo 12 de esa ley, cuya inscripción es obligatoria. El artículo 12 vigente cuando surgió el caso materia del pronunciamiento de la Suprema Corte es el siguiente:

“Artículo 12. Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio:

I. Las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones;

II. Los socios de sociedades cooperativas, y

III. Las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta Ley y los reglamentos correspondientes”.

trabajo con una serie de derechos que se les debe garantizar, incluido, por supuesto, el acceso obligatorio a la seguridad social.

Este es un tema muy relevante para México, que seguramente se verá complementado en un futuro, ante la ratificación, el 3 de julio de 2020 por parte del país del Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. En el artículo 14 de este Convenio, se prevé la obligación de que los Estados, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberán adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, incluso en lo relativo a la maternidad.

3. Conclusiones

La garantía del derecho a la seguridad social ha representado un gran reto para el Estado mexicano. Constituye un derecho complejo para el que se ha buscado progresivamente incrementar su protección, sea a través de modificaciones constitucionales-legislativas o de decisiones jurisdiccionales, que, a partir de la vinculación con otra serie de derechos y principios, ha permitido su expansión e incluso la implementación de cambios sistemáticos de suma relevancia.

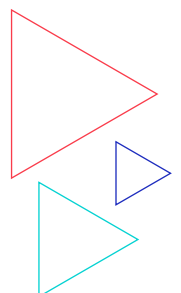
Aunque en el texto de la Constitución no aparece la expresión “justicia social”, se ha considerado que contiene derechos propios de una declaración de esta índole. Desde 1917, la Constitución incluyó disposiciones de derecho social, como el derecho a la educación (artículo 3), el derecho al trabajo y a la previsión social (artículo 123), el derecho agrario (artículo 27) y el derecho económico (artículo 28).

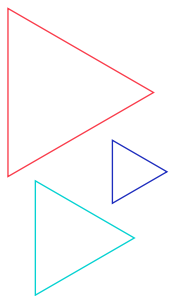
En 1917 la fracción XXIX del artículo 123 previó la creación de cajas de seguros populares. En 1929 se modificó esa norma constitucional para el efecto de que se emitiera una Ley del Seguro Social por parte del Congreso federal, para regular en toda la República los seguros de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otros con fines análogos. Con esa ley se asignó al Estado la responsabilidad directa y participación en la materia. En 1943 se emitió la primera Ley del Seguro Social. Posteriormente, el 31 de diciembre de 1974, ocurrió una reforma adicional y trascendental a la fracción XXIX constitucional ya referida, en la que se aumentó el carácter de beneficiarios ya no solo con el objetivo de garantizar la protección del bienestar de los trabajadores, sino también a favor de campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

Además, en 1960 se creó el régimen del apartado B del artículo 123 constitucional y, al respecto, se establecieron en su fracción XI seis incisos, que fijaron las bases mínimas de la seguridad social, aplicable a los trabajadores de los poderes federales.

Actualmente existen dos preceptos constitucionales que prevén las bases de las leyes de seguridad social: una dirigida a los trabajadores asalariados en general, campesinos y personas con actividad no asalariada (art. 123, apartado A, fracción XXIX), y otra que beneficia a los empleados públicos de los poderes federales (art. 123, apartado B, fracción XI).

De manera adicional, desde la reforma publicada el 8 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*, en el artículo 4º de la Constitución, se prevén derechos y prestaciones relacionadas con la prestación universal de servicios de salud. Se reconoce expresamente que el Estado garantizará la entrega de un apoyo económico universal a las personas que tengan discapacidad permanente, una pensión no contributiva para las personas mayores de 68 años, así como un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública. Estos derechos y prestaciones se encuentran establecidos de manera complementaria a los esquemas de seguridad social contributivos.





En la protección del derecho a la seguridad social, el Estado mexicano ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). También el Convenio núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima), del que aceptó las partes II, III, V, VI y VIII-X (ratificado el 12 de octubre de 1961)³³ y el Convenio núm. 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social), del que aceptó las ramas a) a la g) y fue ratificado el 6 de enero de 1978.

Los precedentes judiciales muestran la importancia de la conexión del derecho a la seguridad social con el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 1º)³⁴, el de seguridad jurídica (artículos 14 y 16), a la propiedad (artículos 14 y 27), el de acceso a la justicia y al debido proceso (artículo 17), las normas protectoras del salario y del producto del trabajo (artículo 123, apartado A, fracción VIII, y B, fracción VI); así como los derechos a la protección de la salud y a la alimentación (artículo 4º), los cuales han sido analizados conjuntamente en las distintas controversias surgidas en esta materia.

Sin embargo, en la protección de este derecho se han aplicado sistemas complejos sujetos a múltiples reglas operativas de diversas entidades estatales, que no siempre se adaptan a los múltiples cambios que ocurren en la sociedad. Y en los que además existen una serie de cuestiones operativas que también deben observarse, como, por ejemplo, el nivel de salarios que se está tomando como parámetro para la cotización, los plazos para ello, así como las todavía reconocidas incompatibilidades que se prevén en el goce de algunas pensiones. Estos temas bien podrían ameritar otro análisis, a fin de evaluar qué tan amplio puede ser el margen del legislador para regular el derecho a la seguridad social.

La exigibilidad del derecho a la seguridad social puede plantearse mediante el juicio de amparo, cuyo conocimiento en última instancia corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En los precedentes del Alto Tribunal, se advierte un avance en la protección del derecho a la seguridad social frente a la transformación de la familia (como es el reconocimiento de parejas del mismo sexo), la garantía de ese derecho respecto a las trabajadoras del hogar, que se encontraban excluidas del régimen obligatorio de la Ley del Seguro Social, así como la protección sin discriminación de los cuidados de guardería en favor de todos los trabajadores, sin estereotipos.

Tal avance en la protección del derecho a la seguridad social es relevante aunque todavía insuficiente en un contexto como el mexicano, en donde, de acuerdo con su último censo, casi 33 millones de personas no tienen acceso a algún sistema de salud o a algún otro beneficio que pudiera otorgarse en los sistemas de seguridad social³⁵.

Lo anterior no demerita los avances con lo hasta ahora logrado o alcanzado por el Estado mexicano en materia de seguridad social. Sin embargo, resulta evidente que todavía hay un largo camino por recorrer y muchos cambios que deben darse en el país a fin de que exista un derecho a la seguridad social universal y con techos suficientes que puedan beneficiar a su población.

Otro avance importante es el reconocimiento de prestaciones universales en el artículo 4 constitucional, que garantizan la protección de niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad. Estas medidas permiten desarrollar un sistema de protección social que cumpla con los pisos reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo.

33 Véase, más arriba, nota 14.

34 Véase, más arriba, nota 24.

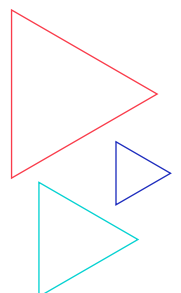
35 Véase "Población según condición de afiliación a servicios de salud y sexo por entidad federativa, 2020". https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/interactivos/?pxq=Derechohabiencia_Derechohabiencia_01_3e83e8a1-690d-4cfb-8af0-a1e675979b3e

Aunque también existen otros ámbitos, como, por ejemplo, en materia de prestaciones de desempleo, en donde la respuesta del Estado no ha establecido un programa de seguridad social conforme a los estándares internacionales que cubra a las personas menores de 65 años de edad frente a la pérdida temporal de ingresos ocasionada por la situación de desempleo, salvo con algunas excepciones referidas a la jurisdicción local, como en el caso de la Ciudad de México. Quizás este compromiso podría mejorarse si se fijara como prioridad la adopción de acciones encaminadas a lograr las condiciones para la ratificación de la Parte IV del Convenio núm. 102 sobre la seguridad social mínima. Lo anterior, a fin de mejorar un contexto laboral como el mexicano, en donde predomina el desempleo y la informalidad, y ante los retos que también ha representado la emergencia sanitaria global a raíz de la COVID-19.

Para lograr un avance más sostenible, también resulta necesario que, mediante el diálogo social, se articule un sistema de protección social, que a su vez armonice los esquemas de seguridad social, bajo un compromiso que se plasme en ley y que vincule a todos los actores políticos para garantizar mejores estándares de protección social de manera duradera.

4. Bibliografía

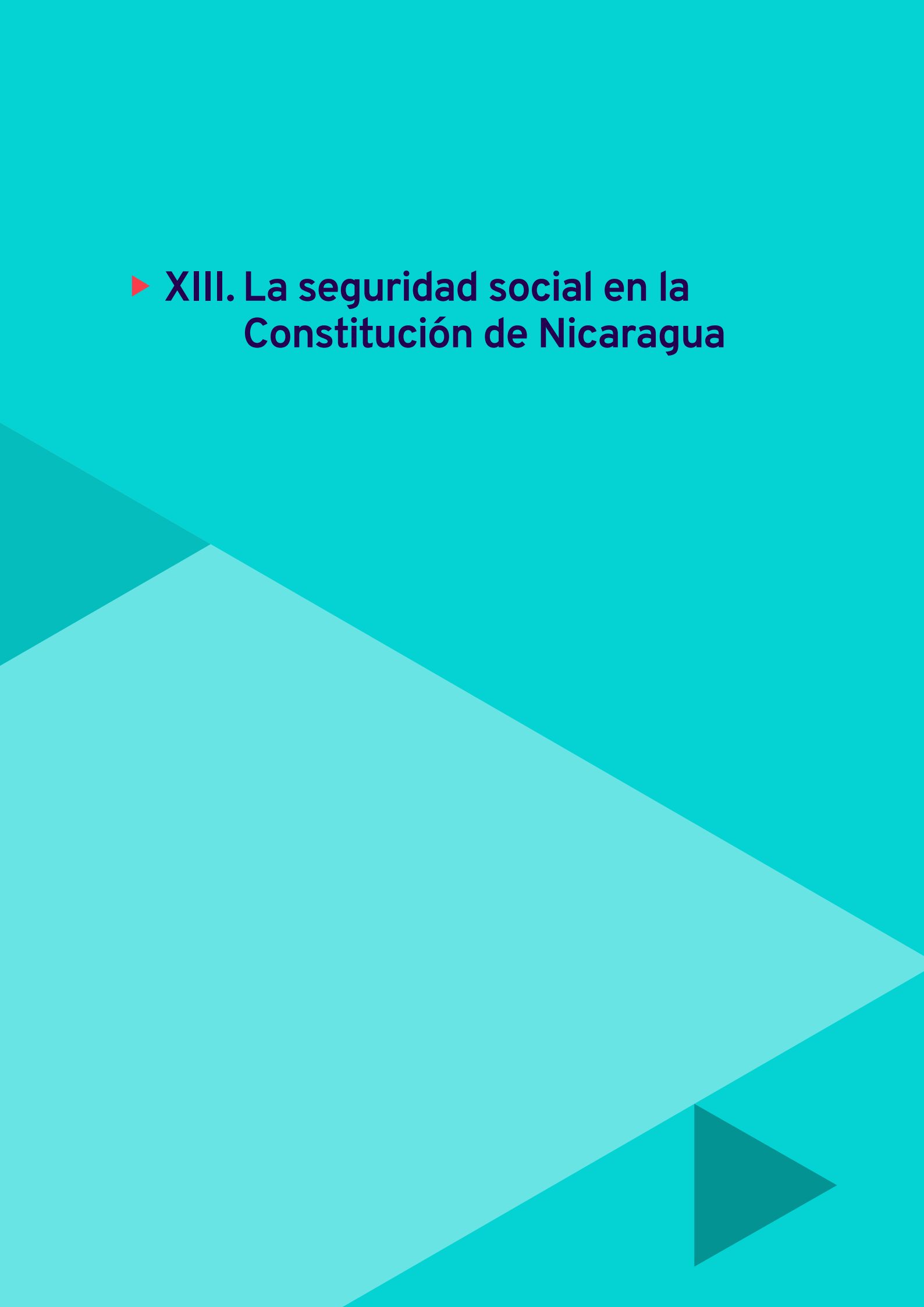
- Bronstein, Arturo. 2010. *Derecho internacional y comparado del trabajo: desafíos actuales*. Madrid: Plaza y Valdés; Ginebra: OIT.
- Carpizo, Jorge. 2011. "Una clasificación de los derechos de la justicia social". En Armin von Bogdandy *et al.*, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*. México: UNAM.
- De la Cueva, Mario. 2003. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 19.^a ed. México D. F.: Porrúa.
- Gamboa Montejano, Claudia y Sandra Valdés Robledo. 2007. "Nueva Ley de ISSSTE. Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes Jurídicos, Cuadro Comparativo con Texto Completo de la Ley Abrogada y Datos Relevantes". Cámara de Diputados, julio de 2007.
- Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona. 2010. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7.^a ed. México D. F.: UNAM.
- Kurczyn Villalobos, Patricia. 2006. "Comentario al artículo 123". En *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo XX. México D. F.: Porrúa.
- Marquet Guerrero, Porfirio. 2012. *Los regímenes de seguridad social en México*. México D. F.: Porrúa.
- Mendieta y Núñez, Lucio. 1980. *Derecho social mexicano*. México: Porrúa, citado en Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7.^a ed. México D. F.: UNAM.
- Molina Martínez, Sergio Javier. 2018. "Un nuevo modelo de justicia en materia laboral. El reto para el Poder Judicial de la Federación". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 46.
- Narro Robles, José. 2011. "Derechos políticos y sociales". En Héctor Fix Zamudio y Diego Valadés, coords., *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sayeg Helú, Jorge. 1965. *El constitucionalismo social mexicano*. México: UNAM.
- Trueba Urbina, Alberto. 1971. *La primera Constitución político-social del mundo*. México: Porrúa.
- . 1978. *Derecho social mexicano*. México: Porrúa





Sentencias analizadas

- Amparo en Revisión 8015/79. Resuelto el 3 de noviembre de 1980 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 1543/94. Resuelto el 26 de febrero de 1996 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 220/2008. Resuelto el 19 de junio de 2008 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo Directo 6/2008. Resuelto el 6 de enero de 2009 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 44/2009. Resuelto el 18 de marzo de 2009 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 58/2011. Resuelto el 12 de noviembre de 2012 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo Directo en Revisión 1832/2012. Resuelto el 8 de agosto de 2012 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 485/2013. Fallado el 29 de enero de 2014 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 305/2014. Resuelto el 22 de octubre de 2014 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo Directo en Revisión 3905/2014. Resuelto el 19 de noviembre de 2014 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 59/2016. Fallado el 29 de junio de 2016 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo Directo 9/2018. Fallado el 5 de diciembre de 2018 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo Directo en Revisión 5368/2018. Resuelto el 6 de febrero de 2019 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo directo 31/2019. Resuelto el 19 de febrero de 2020 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



▶ **XIII. La seguridad social en la
Constitución de Nicaragua**



XIII. La seguridad social en la Constitución de Nicaragua

Ena Nuñez O'Brien¹

Resumen

La Constitución nicaragüense reconoce a la seguridad social como uno de los derechos y garantías consagrados a favor de toda persona bajo la jurisdicción del Estado, y al mismo tiempo como un deber indeclinable por parte de este. A nivel constitucional también se reconoce el principio de progresividad aplicado a la seguridad social, es decir, la mejora y ampliación de los servicios de la seguridad social. No obstante este importante reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social, en la práctica, se verifican ciertos desafíos que impiden o limitan su plena materialización para las personas bajo la jurisdicción del Estado, tales como la deficiente cobertura y problemas relativos a la sostenibilidad financiera.

1. Introducción

El presente artículo es parte de los esfuerzos de la OIT para documentar el progreso del reconocimiento del derecho a la seguridad social en las constituciones de Latinoamérica. Más específicamente, el presente estudio se centra en Nicaragua.

La primera sección inicia presentando la evolución de la seguridad social en el derecho positivo, continuando con el contexto de su desarrollo constitucional actual, así como el estado de ratificaciones de instrumentos internacionales pertinentes a la seguridad social por parte del Estado nicaragüense. En la segunda sección, se relaciona la seguridad social con los conceptos de justicia social y de dignidad, además de explicar el ámbito y alcance del derecho a la seguridad social, incluidos los sujetos de especial protección, los principios constitucionales relacionados con la seguridad social y otros derechos conexos. La justiciabilidad del derecho a la seguridad social en Nicaragua se aborda en la tercera sección del documento, donde se hará referencia a los mecanismos institucionales de tutela del derecho a la seguridad social y el tipo de control de constitucionalidad que opera en Nicaragua.

La cuarta sección aborda los tipos de mecanismos de protección de la seguridad social, tanto preventivos como sancionatorios y de control, así como los mecanismos extraordinarios ante la justicia constitucional. La quinta sección está relacionada con los desafíos y las amenazas que afectan la realización del derecho a la seguridad social en Nicaragua; y finalmente, en la sexta y última sección se presentan las conclusiones derivadas del presente estudio.

¹ Consultora en Asuntos Laborales. Máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad de Castilla-La Mancha. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA).

2. Evolución del derecho a la seguridad social en el derecho positivo

En la presente sección se hace un desarrollo de la legislación infraconstitucional aplicable en materia de seguridad social, incluyendo políticas de Estado, normas secundarias, decretos y reglamentos.

2.1 Evolución a nivel constitucional

La Constitución nicaragüense de 1939 fue la primera en incluir algunos elementos inherentes a la seguridad social: i) la maternidad bajo la protección y asistencia del Estado (arts. 77 y 80); ii) el trabajo, las obras de asistencia y previsión social bajo la protección de la ley (art. 98); y iii) el reconocimiento de la asistencia médica e higiénica al trabajador y a la mujer embarazada, y para ella, además, un periodo de reposo antes y después del parto con goce de salario (art. 100, numeral 9).

Posteriormente, la Constitución de 1948 incorporó elementos adicionales, como la indemnización de los accidentes y riesgos del trabajo en los casos y en la forma prescrita por la ley (art. 83, numeral 5), y la especificación de un reposo prenatal de veinte días y un descanso posnatal de cuarenta días para la mujer embarazada, con pago de salario a cargo del empleador (art. 83, numeral 8). Pero el elemento histórico más significativo en esta ocasión –en la materia que nos ocupa– fue la creación del Instituto Nacional del Seguro Social (INSS), cuyo funcionamiento con participación tripartita –Estado, empleadores y trabajadores– estaría regulado por la ley a efecto de cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación (art. 85).

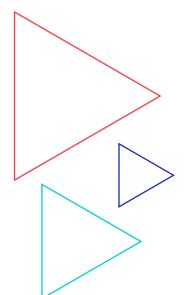
Apenas dos años después, la Constitución de 1950 dio origen a dos nuevas instituciones: la Junta Nacional de Asistencia Social, de carácter centralizado y a cargo del Órgano Ejecutivo, y las Juntas Locales de Asistencia Social, a cargo de las municipalidades (art. 290). La posterior Constitución de 1974 amplió el reconocimiento de los servicios de seguridad social mediante la incorporación de la protección en caso de muerte, viudez y orfandad ². Y aunque el INSS ya no aparece en dicha Constitución, sí lo hacen las Juntas antes mencionadas, con un ligero cambio de designación: aquella a cargo del Ejecutivo pasó a ser la Junta Nacional de Asistencia y Previsión Social, mientras las Juntas a nivel municipal mantuvieron su nombre como Juntas Locales de Asistencia Social.

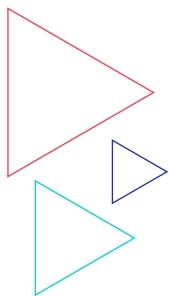
En 1979, con el triunfo de la insurrección sandinista ³, se decretó el Estatuto Fundamental, el cual fungió como una nueva carta magna. Dicho instrumento derogó todas las constituciones anteriores, disolvió las instituciones de los Órganos Legislativo y Judicial que operaban en el anterior régimen y dio paso a una nueva organización del Estado. El Estatuto Fundamental hizo un reconocimiento explícito de los derechos humanos individuales, mas no así en el caso de los derechos sociales; de esta forma, la seguridad social no aparece expresamente mencionada en el Estatuto Fundamental.

No obstante lo anterior, el art. 6 del Estatuto Fundamental disponía que se garantizaba la plena vigencia de los derechos humanos consignados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –entre otros instrumentos de derechos humanos–, lo que

² Aunque dichas prestaciones ya existían en la legislación secundaria que se había desarrollado un par de décadas atrás para regular el funcionamiento del INSS, a partir de su creación constitucional en 1948.

³ En julio de 1979, la Revolución Sandinista, encabezada por la organización guerrillera Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), logró derrocar al régimen dictatorial somocista –denominado así por el responsable de su instauración, Anastasio Somoza–, poniendo fin a más de cuarenta años de dictadura. El FSLN era liderado por Carlos Fonseca Amador, quien, inspirado en las enseñanzas de Augusto C. Sandino, decidió sublevarse contra la oligarquía libero-conservadora que decidía el rumbo de Nicaragua bajo el manto del “somocismo”. Véase López (2022).





constituye un reconocimiento implícito del derecho a la seguridad social (art. 9 del Pacto), así como del resto de derechos consagrados en dicho instrumento. De esta forma, Nicaragua incorporó normas internacionales de protección de derechos humanos a su ordenamiento jurídico, incluidos derechos económicos, sociales y culturales, mediante reconocimiento de rango constitucional. En la siguiente subsección se elabora un desarrollo del contenido de ciertos instrumentos internacionales en materia de seguridad social. Vale la pena mencionar que Nicaragua ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 12 de marzo de 1980.

Fue en la Constitución de 1987 –la que derogó el Estatuto Fundamental (art. 196) y vigente al día de hoy– que se incluyó nuevamente el reconocimiento expreso del derecho a la seguridad social; específicamente, en los términos del art. 61 antes presentados. Lo novedoso en esta ocasión fue la incorporación en la Constitución de programas de beneficios para personas con discapacidad que procuren su rehabilitación física, psicosocial y profesional y su ubicación laboral (art. 62).

La proclamación de la seguridad social como deber indeclinable del Estado, el compromiso de progresividad (ampliación y mejoramiento de los servicios) y la prohibición de enajenar las instalaciones mediante las cuales el Estado presta los servicios de seguridad social fueron aspectos incorporados en la carta magna a través de la reforma constitucional del 1.º de febrero de 1995. Después del Estatuto Fundamental, ni el INSS ni las Juntas Nacional y Municipales de Asistencia Social se volvieron a mencionar a nivel constitucional; de hecho, la Junta Nacional y las Juntas Locales de Asistencia Social desaparecieron, y el INSS se renombró como Instituto Nicaragüense de Seguridad Social⁴, aunque gozando de reconocimiento solamente a nivel de legislación infraconstitucional.

2.2 Evolución a nivel infraconstitucional

En cuanto a la normativa infraconstitucional, fue entre 1955 y 1956 que se decretaron los primeros cuerpos legales que regularían el funcionamiento del incipiente sistema de seguridad social nicaragüense: se trataba de la Ley Orgánica de Seguridad Social⁵ y el Reglamento General de la Ley Orgánica de Seguridad Social⁶. En el caso particular de la Ley Orgánica de Seguridad Social, esta hace una referencia explícita a los artículos 97 y 290 de la Constitución vigente en ese momento (la de 1950), en el sentido de reconocer que el desarrollo de dicha ley obedece al mandato constitucional que exige a las instituciones pertinentes la prestación de las coberturas de seguridad social.

Posteriormente, el Gobierno revolucionario sandinista instituyó un **Sistema Nacional Único de Salud**⁷, que integró en un mismo sistema todas las entidades de salud existentes en el país, las cuales pasaron a ser administrados por el Ministerio de Salud. Esto implicó la incorporación del INSS al Ministerio de Salud y la desaparición de la Junta Nacional de Asistencia Social y de las Juntas Locales de Asistencia Social.

4 No obstante, este se continuará denominando INSS a lo largo de este estudio.

5 Aprobada por el Congreso el 11 de noviembre de 1955, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 1, de 2 de enero de 1956.

6 Decretado por el Presidente el 23 de octubre de 1956, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 257, de 12 de noviembre de 1956.

7 Art. 1 de la Ley del Sistema Nacional de Salud, Decreto Ejecutivo N° 35, de 8 de agosto de 1979, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 4, de 28 de agosto de 1979.

En 1982 el Gobierno emitió una nueva Ley Orgánica de Seguridad Social⁸ y un nuevo Reglamento de dicha ley⁹, derogando los cuerpos normativos anteriores de 1955 y 1956, respectivamente. Para ese entonces, el INSS y el Ministerio de Salud –aquel bajo la subordinación de este último– eran las únicas entidades responsables de prestar de manera directa los servicios de salud y de otras ramas de la seguridad social –como pensiones, para el caso del INSS– requeridos por las personas usuarias.

En 1993, y ante la insostenibilidad del Sistema Nacional Único de Salud, el INSS estableció un “Modelo de Salud Previsional” en virtud del cual se tercerizaron los sistemas de atención en la salud para las personas aseguradas, de modo que dichos servicios comenzaron a ser proporcionados por entidades externas –la mayoría de iniciativa privada– denominadas “Empresas Médicas Previsionales” (Burguess 2011). En la actualidad, estas entidades se denominan “Instituciones Proveedoras de Servicios de Salud” (IPSS), las cuales se rigen por la Ley General de Salud. De conformidad con esta ley, corresponde al Ministerio de Salud definir y supervisar el cumplimiento de los requisitos que las IPSS deben respetar para obtener licencia de funcionamiento y acreditación como prestadoras de servicios al INSS y al mismo Ministerio de Salud (arts. 55 y 56).

Para el caso de las personas no aseguradas, Nicaragua dispone de un régimen no contributivo, el cual es responsable de otorgar prestaciones de manera gratuita a los sectores más vulnerables y, en general, de las acciones de salud pública dirigidas a toda la población (art. 40 de la Ley General de Salud).

En marzo de 2000, la Asamblea Nacional aprobó la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, Ley N° 340¹⁰, la cual retomaba el modelo chileno de seguridad social en cuanto al manejo del sistema previsional. No obstante, dicho modelo nunca fue implementado; el Gobierno de turno en 2004 determinó que este era “inviabile” para el Estado por la falta de liquidez suficiente para costearlo, debido a las altas transferencias que debía hacer a las instituciones financieras. Fue así como, en enero de 2006, se emitió la Ley de Derogación de la Ley N° 340¹¹.

La discusión nacional en torno al rumbo del sistema previsional generó conflictos políticos entre diferentes órganos de Estado: el 12 de mayo de 2005, el bloque de oposición dentro de la Asamblea Nacional aprobó una nueva Ley de Seguridad Social, Ley N° 539¹², la cual fue parcialmente vetada por el Órgano Ejecutivo. Los promotores de dicha ley en el Legislativo se opusieron al veto presidencial y en septiembre de ese año la ley entró en vigencia (López Palacios y Martínez Mora 2012, 17). Al respecto, el profesor universitario e investigador especialista en seguridad social Martínez Rivera manifestó que esta nueva legislación no era un ordenamiento jurídico saludable, en razón de que ampliaba algunos beneficios sin considerar el impacto financiero, además de que el sistema sería manejado bajo los intereses políticos de la Asamblea Nacional (López Palacios y Martínez Mora 2012).

Una vez que la oposición tomó posesión del Órgano Ejecutivo en 2007, y al caer en cuenta de que la implementación de la Ley N° 539 la perjudicaría, promovió un proceso de inconstitucionalidad para repelerla del ordenamiento jurídico¹³. De esta forma, a inicios de 2008 la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) declaró inconstitucional la Ley N° 539 –junto con otras leyes–,

8 Ley Orgánica de Seguridad Social. Decreto N° 974, de 11 de febrero de 1982, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 49, de 1.º de marzo de 1982.

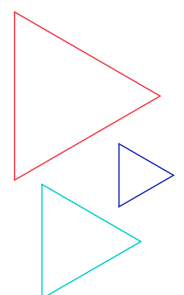
9 Reglamento General de la Ley de Seguridad Social. Decreto N° 975, de 11 de febrero de 1982, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 49, de 1.º de marzo de 1982.

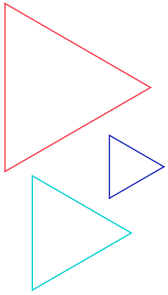
10 Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, Ley N° 340, de 15 de marzo de 2000, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 72 y 73, de 11 y 12 de abril de 2000.

11 Ley N° 568, de 5 de enero de 2006, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 5, de 6 de enero de 2006.

12 Ley N° 539, de 12 de mayo de 2005, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 225, de 20 de noviembre de 2005.

13 Ley N° 539, de 12 de mayo de 2005, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 225, de 20 de noviembre de 2005.





bajo el argumento de que se había omitido el proceso de consulta para su aprobación ¹⁴. De esta manera, la ley y el reglamento emitidos en 1982, relativos al funcionamiento del sistema de seguridad social, volvieron a cobrar vigencia.

Pero los conflictos sociopolíticos en torno a las instituciones de seguridad social no acabarían ahí. A mediados de 2017, y con el propósito de buscar una solución a la inminente crisis financiera del INSS, el Fondo Monetario Internacional (FMI) recomendó al Gobierno nicaragüense aumentar la edad de jubilación (FMI 2017, punto 5). Sin embargo, en abril de 2018, el Gobierno reformó el Reglamento General de la Ley Orgánica de Seguridad Social, no con afán de aumentar la edad de jubilación como lo había sugerido el FMI, sino más bien para aumentar, de manera gradual y progresiva, el porcentaje de aportaciones del Estado, de los empleadores y de los trabajadores afiliados al INSS, además de reducir un 5 por ciento el monto de las pensiones por vejez, invalidez e incapacidad ¹⁵.

Las reacciones de distintos sectores de la sociedad civil no se hicieron esperar: el sector privado expresó su desacuerdo con las reformas y otros sectores sociales –movimientos de oposición, estudiantes, colectivos feministas– promovieron diversas manifestaciones durante cinco días. Ante las presiones, el Gobierno decidió dar marcha atrás con las reformas al sistema de pensiones y se comprometió al diálogo para llegar a un nuevo acuerdo (Robles 2018). No obstante, esta ola inicial de protestas a raíz de las reformas al sistema de pensiones canalizó el descontento generalizado de la población contra el Gobierno y desencadenó un movimiento permanente de oposición que se manifestó durante varias semanas, y que resultó en la pérdida de decenas de vidas de manifestantes (*El País* 2018).

Pese a la generalizada oposición de la población frente a las reformas mencionadas anteriormente, en enero de 2019, parte de estas fueron promulgadas por medio de un decreto presidencial que aumentó el porcentaje de las aportaciones sin ajuste gradual y que eliminó el límite máximo de cotización por mes ¹⁶. Ese límite máximo para la remuneración objeto de cotizaciones obrero-patronales era de 96 841,56 córdobas en enero de 2019.

La legislación secundaria también regula los aspectos relativos a las contingencias cubiertas, sobre las cuales es preciso brindar cierta información. Como se mencionó anteriormente, en Nicaragua existe un Sistema Nacional Único de Salud, el cual es administrado por el Ministerio de Salud, y dentro de este sistema se encuentra adscrito el INSS. El art. 38 de la Ley General de Salud explica en detalle la conformación del sistema de salud en Nicaragua, en el cual se pueden identificar tres regímenes:

- **Régimen contributivo.** Se integra por los beneficios y las prestaciones a las que los usuarios pueden acceder mediante previa contratación con empresas aseguradoras públicas o privadas (las IPSS), o bien mediante el INSS (art. 39 de la Ley General de Salud). En otras palabras, este régimen comprende a las personas directamente aseguradas con el INSS y sus beneficiarios, en la forma establecida por la ley. Por ejemplo, en el caso de los riesgos profesionales, los hijos del beneficiario tienen derecho a pensión hasta los 15 años; y, en el caso de las pensiones de viudez, son beneficiarios los esposos y las esposas o los compañeros o las compañeras de vida (art. 57 de la Ley Orgánica de Seguridad Social). En el caso de muerte de la madre, el subsidio de lactancia se otorga a la persona que tenga a cargo al hijo o a la hija (art. 98).

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 1 de 8 de enero de 2008. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 51, de 12 de marzo de 2008.

¹⁵ Decreto Presidencial N° 03-18, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 72, de 17 de abril de 2018.

¹⁶ Decreto Presidencial N° 06-19, de 31 de enero de 2019, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 21, de 1.º de febrero de 2019.

- **Régimen no contributivo.** Es el conjunto de beneficios y prestaciones otorgadas de manera gratuita con el objeto de brindar salud a los sectores más vulnerables y, en general, de las acciones de salud pública dirigidas a toda la población (art. 40 de la Ley General de Salud).
- **Régimen voluntario.** Se refiere a los beneficios y las prestaciones que las personas beneficiarias financian directamente, sin afectar las obligaciones adquiridas con el régimen contributivo (art. 41 de la Ley General de Salud).

En cuanto al sostenimiento del sistema de salud, el régimen contributivo se financia con los aportes de los empleadores, trabajadores y Estado; mientras que el régimen no contributivo se financia con las asignaciones provenientes del Presupuesto General de la República y de donaciones que provengan de terceros (arts. 42 y 43 de la Ley General de Salud).

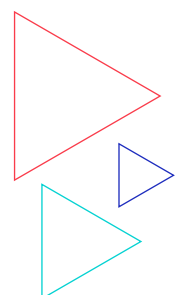
Asimismo, la Ley Orgánica de Seguridad Social “[s]e establece como parte del sistema de la seguridad social de Nicaragua, el Seguro Social Obligatorio, como un servicio público de carácter nacional, cuyo objetivo es la protección de los trabajadores y sus familiares (...)”¹⁷. En virtud de esta ley, el INSS es la entidad a cargo de la organización, ejecución y administración de la seguridad social para las personas inscritas que cotizan en dicho sistema. En cuanto a las personas con potencialidad de convertirse en beneficiarias de las coberturas del INSS, esto dependerá de la categoría en la que se clasifiquen; en virtud de ello, la ley ha establecido dos tipos de regímenes: obligatorio y facultativo.

► **Cuadro XIII. 1. Modalidades de aseguramiento y beneficiarios del sistema contributivo en Nicaragua**

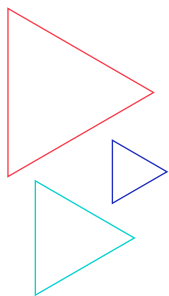
Régimen de aseguramiento obligatorio	Régimen de aseguramiento facultativo
i) Toda persona que tenga una relación laboral, independientemente de si el empleador es persona natural o jurídica, o si es una institución pública o privada.	i) Miembros de asociaciones gremiales de profesionales, ministros de cualquier culto o religión, y los trabajadores independientes que no estén inscritos en el régimen de aseguramiento obligatorio.
ii) Beneficiarios de los programas de Reforma Agraria.	ii) Personas que hayan dejado de estar sujetas al régimen de aseguramiento obligatorio.
iii) Miembros de asociaciones gremiales de profesionales, ministros de cualquier culto o religión y los trabajadores independientes que estén organizados.	iii) Familiares de un empleador que presten sus servicios sin remuneración.
iv) Miembros de cooperativas de producción debidamente reconocidas.	iv) Personas nicaragüenses que presten sus servicios en misiones diplomáticas u organismos internacionales, acreditados en el país, así como los miembros de dichas misiones y organismos.
	v) Los dueños de propiedades agrícolas y demás empleadores que deseen hacerlo.

Fuente: Elaboración propia con base en los arts. 5 y 6 de la Ley Orgánica de Seguridad Social.

Según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Seguridad Social, las contingencias cubiertas por el sistema de seguridad social en Nicaragua son: 1) invalidez; 2) vejez; 3) muerte; 4) riesgos profesionales; 5) subsidios familiares; 6) servicios sociales; 7) prestaciones médicas, y 8) pago de subsidios. Al comparar las contingencias enumeradas en la Constitución con aquellas incluidas en la Ley Orgánica de Seguridad Social, se observa que esta última excede a la Constitución al incorporar los subsidios familiares y los servicios sociales.



¹⁷ Art. 1 de la Ley Orgánica de Seguridad Social.



A continuación, se hará referencia a los instrumentos internacionales ratificados por Nicaragua relacionados con el derecho a la seguridad social.

2.3 Contexto y desarrollo de la Constitución actual

La Constitución vigente en Nicaragua fue promulgada por la Asamblea Nacional con funciones constituyentes en noviembre de 1986¹⁸ y entró en vigencia en 1987 tras su publicación en La Gaceta. Es la decimoquinta Constitución promulgada desde su independencia de España en 1821 y reconoce el principio de independencia de los cuatro poderes del Estado –Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral–, los cuales se deben coordinar armónicamente y subordinar únicamente a los intereses supremos de la nación (art. 129). A partir de su promulgación, la Constitución ha sido objeto de diversas reformas, algunas de las cuales se refieren a la seguridad social, tal y como se explicará más adelante.

El derecho a la seguridad social tiene un importante desarrollo constitucional en Nicaragua. Al respecto, se citan las tres disposiciones de la actual carta magna que fungen como punto de partida para el desarrollo normativo de dicho derecho.

De acuerdo al art. 61: “[e]l Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo, en la forma y condiciones que determine la ley”. Esta provisión constitucional se encuentra en el Capítulo III del Título IV relativo a los derechos sociales.

Por su parte, el numeral 7) del art. 82 –que desarrolla un catálogo de los derechos laborales– dispone que los trabajadores tienen derecho a condiciones de trabajo que les aseguren, *inter alia*, “[s]eguridad social para protección integral y medios de subsistencia en casos de invalidez, vejez, riesgos profesionales, enfermedad y maternidad; y a sus familiares en casos de muerte, en la forma y condiciones que determine la ley”.

Finalmente, el párrafo segundo del art. 105 de la norma suprema, como parte del Título VI relativo a la economía nacional, reconoce que servicios tales como la seguridad social son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, así como también a mejorarlos y a ampliarlos. Dicha disposición establece además que “[l]as instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenados bajo ninguna modalidad”.

Posteriormente se hará referencia al alcance de las disposiciones constitucionales sobre seguridad social aplicables de manera particular a determinados sujetos de especial protección.

El **derecho a la no discriminación** en razón de la nacionalidad en el reconocimiento de los derechos constitucionales –incluida la seguridad social– también goza de reconocimiento constitucional: el art. 27 de la carta magna dispone que “[l]os extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes (...)”.

De lo anterior se colige que el Estado nicaragüense concibe a la seguridad social tanto como un **derecho constitucional** a favor de todos los nicaragüenses y también como un **derecho laboral** a favor de todas las personas trabajadoras; y en este último caso, el art. 82 no establece distinciones sobre la base de la nacionalidad. Sobre este punto, la Sala de lo Constitucional ha establecido que “(...) el régimen del seguro social obligatorio es aplicable exclusivamente a los trabajadores, el sentido, finalidad y alcance del Artículo 82, numeral 7) Cn., es dotar a los que ostentan la calidad de laborantes de un régimen jurídico especial de protección en las categorías

18 Constitución aprobada el 19 de noviembre de 1986 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 5, de 9 de enero de 1987.

indicadas por el texto constitucional, para que gocen de una existencia digna”¹⁹. Precisar la falta de distinción entre personas nicaragüenses y extranjeras en el goce del derecho a la seguridad social es parte del alcance constitucional de dicho derecho, de ahí la pertinencia de traerlo a colación. También es preciso aclarar que la citada jurisprudencia hace referencia únicamente al régimen contributivo, y más específicamente, al sistema del INSS, el cual, a su vez, prevé un régimen facultativo en el cual las personas ocupadas pueden afiliarse aunque no tengan una relación laboral.

Para finalizar este apartado es importante destacar además el rango constitucional del compromiso de **progresividad** en la cobertura de los servicios de seguridad social. Concretamente, el art. 105 dispone que los servicios de educación, salud y seguridad social deben ser prestados sin exclusiones, mejorados y ampliados.

El desarrollo constitucional del derecho a la seguridad social en Nicaragua no es propio de la Constitución actual. Por eso, a continuación, se presenta una breve descripción histórica de la evolución de este derecho constitucional en el ordenamiento jurídico nicaragüense, con especial énfasis en la normativa constitucional.

2.4 Ratificación de tratados internacionales

De acuerdo al art. 46 de la Constitución actual:

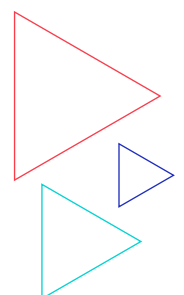
-
- [e]n el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.
-

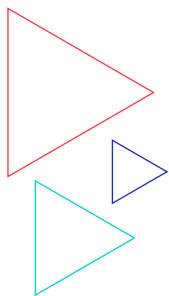
Esta provisión es de suma importancia, puesto que brinda un rango constitucional a los instrumentos internacionales mencionados, al mismo tiempo que los incorpora al sistema legal nicaragüense. Este listado es taxativo, puesto que no se enumeran otros instrumentos internacionales específicos, ni se deja abierta la posibilidad de incorporar otros instrumentos al ordenamiento interno nicaragüense. Esto no altera la posibilidad de que el Estado ratifique libre y soberanamente otros instrumentos internacionales mediante el proceso ordinario de ratificación dispuesto en la Constitución.

Si la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 22) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9) reconocen el derecho humano a la seguridad social, entonces el Estado nicaragüense reafirma el compromiso de respetar y garantizar dicho derecho ante la comunidad internacional –junto con el resto de derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos–.

De manera específica, el art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de los recursos de cada Estado. De igual forma, el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece una obligación muy amplia en materia de seguridad

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia N° 1588. Expediente N° 354-11, de 26 de septiembre de 2012.





social, al disponer que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. Al respecto, la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a la seguridad social, reafirma dicho derecho como un derecho internacional y también como un derecho humano (párrafo 6).

Cabe señalar que, a la fecha, Nicaragua no ha ratificado ninguno de los convenios internacionales de la OIT actualizados en materia de seguridad social, los cuales desarrollan obligaciones mínimas y más específicas en la materia. Pese a lo anterior, es preciso mencionar que Nicaragua ratificó cinco de los quince convenios superados de la OIT en materia de seguridad social²⁰, que son los siguientes: 1) Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (núm. 12); 2) Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 17); 3) Convenio relativo a la indemnización por enfermedades profesionales, 1925 (núm. 18); 4) Convenio relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico, 1927 (núm. 24); y 5) Convenio relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas, 1927 (núm. 25).

En el último reporte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), de 2016, sobre los avances en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado de Nicaragua con la ratificación del Convenio núm. 12, dicho organismo enfatizó la necesidad de extender la cobertura otorgada por el sistema de seguridad social, ya que el número total de personas afiliadas representaba alrededor del 18 por ciento del total de la población para 2008. En ese reporte, la CEACR destacó los logros del Estado nicaragüense en cuanto a la ampliación de la cobertura para trabajadores y aprendices en materia de riesgos ocupacionales, así como diferentes acuerdos destinados a ampliar la cobertura de seguridad social en sectores tales como la cría de ganado, la agricultura y la piscicultura. Otro destacado esfuerzo que vale la pena resaltar fue el diseño del Programa Nacional de Trabajo Decente 2008-2011, que incluyó el compromiso para realizar estudios y reformas basadas en un modelo tripartito con el propósito de extender la cobertura de la seguridad social sobre la base de los principios de solidaridad, equidad y universalidad²¹.

En cuanto al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), Nicaragua firmó dicho instrumento el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 15 de diciembre de 2009. El artículo 9 de dicho tratado consagra el derecho a la seguridad social y exige que como mínimo se proteja a las personas contra las consecuencias de la vejez y la incapacidad que les imposibiliten obtener los medios para llevar una vida digna. En caso de muerte de la persona beneficiaria, se reconoce el derecho de los beneficiarios a gozar de las prestaciones. Para las personas trabajadoras, se reconoce la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional. Finalmente, para las mujeres embarazadas que trabajan, se reconoce el derecho a una licencia remunerada antes y después del parto.

En virtud del numeral 12 del art. 138 de la Constitución nicaragüense, todo tratado internacional aprobado y ratificado por la Asamblea Nacional le confiere efectos legales a dicho instrumento tanto dentro como fuera del Estado. Por tanto, el Protocolo de San Salvador es parte del ordenamiento jurídico nicaragüense. Para finalizar este apartado, es pertinente destacar el contenido del art. 182 de la Constitución nicaragüense: “La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”.

A continuación, se hará una referencia a la relación entre los conceptos de justicia social y de dignidad con la seguridad social a la luz de la Constitución.

20 Que un convenio de la OIT sea “superado” significa que ha dejado de ser pertinente en el contexto actual. Así lo explica la misma OIT en <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:71:0:::q8>

21 Observación (CEACR). Adopción: 2016, Publicación: 106.ª reunión CIT (2017).

3. La justicia social y la dignidad y su relación con el derecho a la seguridad social en la Constitución

3.1 Conceptos de justicia social y de dignidad y su relación con la seguridad social

La primera ocasión en que se introdujo el concepto de “justicia social” a nivel constitucional en Nicaragua fue en 1971, mediante la reforma constitucional del 31 de agosto; aunque en esa ocasión dicho concepto estaba relacionado exclusivamente a la Reforma Agraria. Por su parte, la Constitución de 1974 fue la primera que aludía al concepto de “dignidad”, y de manera específica en lo relativo a los derechos de las personas trabajadoras, al disponer que el Estado procurará que toda persona apta tenga una ocupación remunerada en condiciones que no menoscaben su libertad ni su dignidad (art. 104).

No fue sino hasta más de dos décadas después que nuevas reformas constitucionales retomaron los conceptos de justicia social y de dignidad en los siguientes términos:

Reforma constitucional del 1.º de febrero de 1995

- En el Considerando I se estableció que es necesario el establecimiento de un Estado de derecho para el ejercicio de la plena democracia y la aplicación de la “justicia social”.
- Por su parte, el art. 5 estableció la “justicia” y el “respeto a la dignidad de la persona humana” –entre otros– como principios de la nación nicaragüense.

Reforma constitucional del 3 de julio de 1995

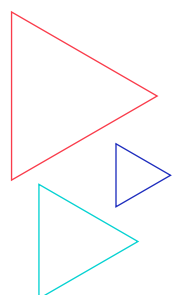
- De acuerdo al art. 8, el orden económico se fundamenta en los principios de eficiencia, equidad y “justicia social”, que posibiliten el mejoramiento del nivel de vida de los nicaragüenses.

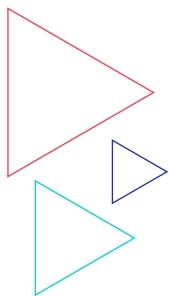
De las anteriores reformas, solamente el art. 5 de la actual Constitución aún reconoce la justicia y el respeto a la dignidad de la persona humana como principios del Estado. Sin embargo, el concepto de justicia social fue eliminado en posteriores reformas constitucionales, así como también la relación de la dignidad con los derechos laborales en general, excepto por el numeral 1 del art. 82, que consagra el derecho de la persona trabajadora a un salario que le asegure “un bienestar compatible con la dignidad humana”.

Por su parte, de acuerdo con el art. 4 de la actual Constitución, el Estado se compromete a promover y garantizar “(...) los avances de carácter social y político para asegurar el bien común, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano, de todos y cada uno de los nicaragüenses (...)”. Así, podría afirmarse que el derecho a la seguridad social en Nicaragua –así como todos los demás derechos humanos– está fundamentado en esta aspiración constitucional de materializar el bien común para todas las personas que habitan la nación. El máximo Tribunal Constitucional de Nicaragua así lo confirma en uno de sus fallos, al pronunciar que “[s]abiendo que la Soberanía, al igual que la Igualdad (...) la Paz Social, el Bien Común, la Justicia (...) constituyen los Principios Constitucionales que informan los Derechos Fundamentales”²².

Una vez establecida la relación entre los conceptos de justicia social y dignidad con la seguridad social, es oportuno explicar cuál es el ámbito y alcance de la seguridad social a la luz de la Constitución nicaragüense.

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia N° 504. Expediente N° 602-09, de 19 de octubre de 2009, Considerando VIII.





3.2 Sujetos de especial protección

Anteriormente se ha hecho referencia al alcance del derecho constitucional a la seguridad social, al enfatizar que la Constitución reconoce los derechos consagrados en ella a todas las personas que se encuentren en su territorio y que estén sujetas a su jurisdicción (con la excepción de los derechos políticos y otros que puedan establecer las leyes). Sin embargo, para algunos sujetos en particular, debido a ciertas condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran, el alcance de la protección goza de un reconocimiento mucho más específico, como en los siguientes casos.

3.2.1 Personas con discapacidad y familiares de caídos y víctimas de guerra

Dentro del capítulo relativo a los derechos sociales, la actual Constitución establece un compromiso a prestar especial atención en todos sus programas a las **personas con discapacidad** y a **familiares de caídos y víctimas de guerra** en general (art. 56). La legislación secundaria da efecto a esta garantía constitucional a través de la Ley N° 119 del 17 de diciembre de 1990, la cual dispone que el INSS concederá todos los beneficios establecidos para quienes sufren accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y que comprenden subsidios, indemnizaciones o pensiones vitalicias, prótesis y servicios de rehabilitación y readaptación profesional. Esto se decretó en beneficio de toda persona nicaragüense que sufra algún tipo de enfermedad, lesión, mutilación o cualquier grado de incapacidad como resultado de su participación en la guerra ²³. Esta protección es una de las pocas prestaciones de seguridad social que actualmente se proporcionan tanto bajo un régimen contributivo como bajo un régimen no contributivo.

Dentro de este grupo, existe un segmento de la población aún más específico con derecho a pensión por vejez bajo un régimen no contributivo: se trata de las personas trabajadoras circenses mayores de 65 años y que hayan ejercido su actividad durante cinco años como mínimo; esto en virtud del Acuerdo N° 3 del Instituto Nicaragüense de Seguridad y Bienestar (INSSBI) ²⁴, de 12 de julio de 1982. Pese a que dicho acuerdo continúa vigente en la actualidad, según la memoria de labores del INSS, hasta diciembre de 2019 no se reportó ningún beneficiario de las pensiones no contributivas en la categoría de trabajadores circenses (INSS 2020, 289, Cuadro V.21), lo cual contrasta con el derecho constitucional antes mencionado respecto a la protección a la que tienen derecho las personas de la tercera edad dentro de la sociedad, la familia y el Estado. Con respecto al número de beneficiarios de prestaciones para las víctimas de guerra, el instituto administraba una planilla de 30 528 personas beneficiarias para esa misma fecha (INSS 2020).

3.2.2 Mujeres embarazadas

El art. 74 de la Constitución dispone que la **mujer** tendrá protección especial durante el **embarazo**, incluyendo una licencia con remuneración de salario y prestaciones adecuadas de seguridad social. También dispone que no se podrá negar empleo a las mujeres en virtud de su estado de embarazo e instituye una garantía de inamovilidad en el empleo, mediante la prohibición de despido durante el embarazo y el periodo posnatal, de conformidad con la ley. Esta garantía de inamovilidad laboral a favor de la mujer embarazada es reforzada en art. 144 del Código del Trabajo, que especifica que “la trabajadora en estado de gravidez o gozando de permiso pre y posnatal, no podrá ser despedida, salvo por causa justificada previamente

²³ Art. 1, Ley que Concede Beneficios a las Víctimas de Guerra. Ley N° 119 de 17 de diciembre de 1990, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 2, de 3 de enero de 1991.

²⁴ En 1982 el gobierno revolucionario sandinista fusionó el INSS y Bienestar Social, creando así el INSSBI, el cual fue disuelto en 1995.

establecida por el Ministerio del trabajo”. En el caso del derecho a la lactancia, este goza de reconocimiento y desarrollo en la legislación secundaria, aunque no en la Constitución.

3.2.3 Adultos mayores

El art. 77 de la Constitución establece que “[l]os **ancianos** tienen derecho a medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado”. Algunas medidas concretas implementadas por el Estado respecto a dicho mandato constitucional son las siguientes: i) pensión por retiro proporcional al tiempo laborado acumulado, aun cuando no se logre acreditar la totalidad del tiempo de trabajo requerido ordinariamente²⁵; ii) concesión de beneficios adicionales a personas jubiladas: pensiones no inferiores a un salario mínimo industrial, servicios médicos preventivos y curativos y de rehabilitación, vivienda usada como habitación exonerada de impuesto sobre bienes inmuebles, reducción del 50 por ciento en la tarifa eléctrica, subsidio del 30 por ciento en el servicio mensual de agua, subsidio del 20 por ciento en la tarifa mensual de servicio telefónico y exoneración del 50 por ciento del costo total por tramitar el pasaporte, entre otros beneficios²⁶.

En el siguiente apartado se presentan algunos principios constitucionales aplicables o relacionados con la seguridad social.

3.3 Principios constitucionales conexos

Dentro de la Constitución nicaragüense pueden encontrarse principios generales del derecho que están relacionados con los derechos humanos constitucionales, incluida la seguridad social. Al respecto es oportuno traer a colación lo dispuesto en el inciso primero del art. 5 de la Constitución: “Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos”. Además, es de vital importancia citar el inciso sexto del mismo artículo, puesto que este reconoce que “Nicaragua se adhiere a los principios que conforman el Derecho Internacional Americano reconocido y ratificado soberanamente”.

Con relación a algunos de los principios constitucionales que se citan en el art. 5 antes presentado, es pertinente hacer referencia nuevamente a la Sentencia N° 504 (Expediente 602-09) de la Sala de lo Constitucional de Nicaragua –citada en la sección anterior–, en la cual se resalta la importancia de principios tales como la justicia, la paz social, el bien común y la igualdad para informar a los derechos fundamentales.

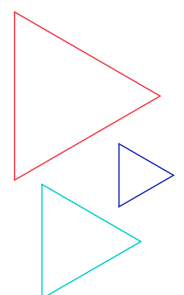
Además del texto constitucional en sí mismo, algunos principios se pueden relacionar con la seguridad social mediante criterios jurisprudenciales emitidos desde los tribunales de justicia. A continuación, se describen algunos de esos principios conexos con la seguridad social.

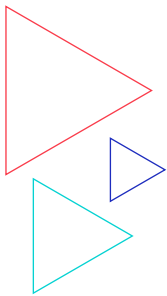
3.3.1 Principio de igualdad y no discriminación

En los sistemas internacionales y regionales de protección de derechos humanos, la igualdad y la no discriminación se han entendido tanto como principios rectores como derechos humanos y como garantías, lo que significa que su trascendencia impacta en todos los demás derechos consagrados en el derecho interno y en el derecho internacional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2019, párr. 29). Si bien no se tiene conocimiento de alguna jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua que relacione el principio de igualdad y no discriminación con el derecho a la seguridad social, de acuerdo al párrafo segundo del art. 105 de

25 Decreto Presidencial N° 12-2015, de 20 de mayo de 2015, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 97, de 27 de mayo de 2015.

26 Ley que Concede Beneficios Adicionales a las Personas Jubiladas, Ley N° 160, de 9 de junio de 1993, publicada en *El Nuevo Diario*, el 9 de julio de 1993.





la Constitución: “los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos **sin exclusiones**, a mejorarlos y ampliarlos” (las negritas me pertenecen). Esto conlleva una explícita interconexión entre el derecho a la igualdad y no discriminación con el derecho a la seguridad social.

En la práctica, es posible encontrar algunas brechas para la materialización del principio de igualdad aplicado a la cobertura de las prestaciones de la seguridad social. Por ejemplo, en el caso de los adultos mayores, quienes representan importantes niveles de pobreza, la situación se agrava porque el gasto en pensiones se concentra en hogares de mayor renta, circunstancia debida en esencia a la escasa cobertura del sistema de pensiones entre la población mayor de 65 años. Además, el número de personas que cotizan al sistema de seguridad social es reducido, fenómeno que está relacionado con la alta proporción de personas ocupadas en el sector informal²⁷.

3.3.2 Principio *pro operario*

Pese a que la Constitución no reconoce expresamente este principio, sí se ha hecho a través de la jurisprudencia del Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones y, de manera más específica, con relación al derecho a la seguridad social. Este principio es un concepto jurídico del derecho laboral, que, en palabras breves, significa “en caso de duda, a favor del trabajador”, y se refiere a dudas que puedan surgir en la aplicación o interpretación de la ley. En su sentencia N° 84, de 8 de marzo de 2012, dicho tribunal manifestó que “El principio protector ‘in dubio pro operario’ orienta sobre cómo interpretar la ley en caso de conflicto o duda sobre su aplicación e interpretación, entendiéndose esto por la limitación del Código del Trabajo y el alcance que tienen las disposiciones de la seguridad social”.

Además de los principios referidos, existen otros derechos humanos que pueden interrelacionarse con el derecho a la seguridad social, los cuales serán abordados a continuación.

3.4 Derechos conexos

Como se explicó al inicio de este documento, el derecho a la seguridad social en la Constitución de Nicaragua tiene un reconocimiento tanto dentro de los derechos sociales como dentro de los derechos laborales. En la realidad se observa que dichas categorizaciones normativas no conllevan diferenciaciones para el otorgamiento de los servicios y las prestaciones de la seguridad social por parte del Estado, ni en el goce de las coberturas de la seguridad social por parte de las personas beneficiarias, y mucho menos para la tutela de dicho derecho a través de los mecanismos institucionales de protección, al menos a nivel constitucional.

No obstante lo anterior, el problema con el acceso a las coberturas de la seguridad social resulta de las regulaciones en la legislación infraconstitucional, donde las personas que no adquieren la categoría de “trabajadora” en los términos establecidos en la ley laboral no gozan de la cobertura de la seguridad social, aunque sean personas ocupadas en alguna actividad económica (como, por ejemplo, quienes laboran con contrato de prestación de servicios profesionales).

En virtud de este principio de interdependencia, es posible establecer una interrelación del derecho humano a la seguridad social con los siguientes derechos humanos reconocidos en la Constitución nicaragüense, tanto de carácter individual como social:

Derecho a la vida (art. 23). A este respecto es necesario traer a colación las dimensiones del derecho humano a la vida, el cual, “[e]n esencia (...) comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le

²⁷ Véase José Ignacio Antón Pérez, “Análisis económico de la reforma de la seguridad social en Nicaragua: una propuesta de pensión no contributiva en Nicaragua”. HAL Open Science, 2006, 16.

impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”²⁸. En tal sentido, la Constitución (art. 82) expresamente menciona que las personas trabajadoras tienen derecho a la “seguridad social para protección integral y medios de subsistencia en caso de invalidez, vejez, riesgos profesionales, enfermedad y maternidad; y a sus familiares en casos de muerte”.

Derecho a la no discriminación (art. 27). Como ya se mencionó, el art. 105 de la Constitución vincula directamente el derecho a la igualdad y no discriminación en el goce y la garantía del derecho a la seguridad social.

Derecho a la salud (art. 59). Indiscutiblemente, la salud es un componente medular dentro de la seguridad social, la cual exige toda una serie de prestaciones, bienes y servicios encaminados a eliminar o reducir las distintas contingencias de la vida o del trabajo. A este respecto, resulta pertinente traer a colación la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha establecido, en un caso específico, que la falta de materialización del derecho a la seguridad social había provocado un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del reclamante, una persona en situación de especial protección por ser adulto mayor con discapacidad²⁹. La falta de pago de la pensión había generado una precariedad económica que había afectado la cobertura de sus necesidades básicas. Esto pone de manifiesto la estrecha relación entre los derechos a la seguridad social, a la salud y a una vida digna.

Derechos reproductivos (art. 74). De acuerdo a la Constitución, el Estado nicaragüense otorga especial protección a la reproducción humana. Esta se manifiesta en una serie de garantías laborales y sanitarias a favor de la mujer embarazada, tanto en su etapa pre- como posnatal, así como a favor de los nacidos y hasta durante ciertas etapas de su vida, como, por ejemplo, el periodo de lactancia.

Derecho al trabajo (arts. 80 y 82). Precisamente, la Constitución en Nicaragua ubica a la seguridad social dentro de los derechos laborales, como un mecanismo de otorgar medios de subsistencia ante las diferentes contingencias que pueden surgir durante el ciclo de vida.

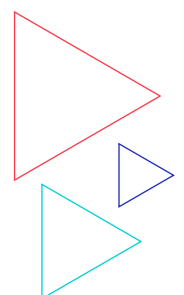
4. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

Los mecanismos de justiciabilidad revisten una vital importancia pues brindan la posibilidad de que un derecho que ha sido restringido o limitado pueda ser restituido. De modo que estos mecanismos pueden contribuir a asegurar el pleno goce y ejercicio del derecho a la seguridad social y corregir y/o remediar sus posibles violaciones.

El ordenamiento jurídico de Nicaragua ofrece diferentes vías de acción, tanto a nivel judicial como administrativo, que buscan tutelar el derecho a la seguridad social. En esta sección se hará una breve mención de los tipos de mecanismos de protección de la seguridad social, tanto preventivos como sancionatorios y de control. Luego se hará un abordaje con especial énfasis en los mecanismos extraordinarios ante la justicia constitucional y se hará referencia a los principales criterios y fallos en relación con el derecho que nos ocupa.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de Fondo, de 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 28: *Derecho a la salud*, 2020, 122.





4.1 Mecanismos extraordinarios ante la jurisdicción constitucional

El hecho de que la seguridad social sea un derecho constitucionalmente reconocido en Nicaragua abre la posibilidad de poder presentar ya sea un recurso de amparo o un recurso de inconstitucionalidad contra actos, disposiciones o resoluciones (amparo), o bien contra cualquier normativa (inconstitucionalidad) que vulnere el pleno goce de tal derecho. Vale aclarar que estos recursos funcionan por lo general contra actos cometidos por agentes estatales; con excepción de aquellos concesionarios de servicios públicos o particulares que ejerzan actos de autoridad delegados por la ley y que violen o traten de violar los derechos y las garantías consagrados en la Constitución. Así lo establece el inciso primero del art. 44 de la relativamente reciente Ley de Justicia Constitucional³⁰. En el caso de los actos o resoluciones emitidas por las instituciones públicas proveedoras de servicios de salud o de seguridad social, estos están sujetos a ser impugnados mediante el recurso de amparo cuando con ellos se vulnere el derecho a la seguridad social –entre otros derechos constitucionales, tales como la vida o la salud, por ejemplo– del justiciable.

4.1.1 Recurso de amparo

El sistema jurídico de Nicaragua garantiza un medio de protección constitucional denominado “recurso de amparo” (arts. 45 y 164 numeral 3 de la Constitución). De acuerdo al art. 188 de la Constitución, dicho recurso puede utilizarse “(...) en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad, o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política”. A continuación, se presentan algunos ejemplos de recursos de amparo que versan sobre aspectos de la seguridad social.

Sentencia N° 1588. El Tribunal dispuso que la finalidad y el alcance de la Ley de Seguridad Social “(...) es dotar a los que ostentan la calidad de laborantes de un régimen jurídico especial de protección en las categorías indicadas por el texto constitucional, para que gocen de una existencia digna. Quedan fuera de estas medidas sociales obligatorias protectoras, las personas que presan un servicio regido por las normas del derecho civil o de otra índole, salvo la laboral”³¹. Es preciso explicar el contexto en el cual la Sala de lo Constitucional emitió este pronunciamiento: para este caso en particular, el INSS multó a una asociación alegando la falta de pago de contribuciones sociales afectando a un grupo de supuestos trabajadores; sin embargo, la asociación alegó que los supuestos trabajadores demandantes eran prestadores de servicios profesionales y, por tanto, no tenían una relación de subordinación con la asociación, en consecuencia, legalmente –en su opinión–, no procedía el pago de tales contribuciones. En su resolución, la Sala de lo Constitucional determinó que el INSS se había extralimitado en sus funciones al exigir un cobro de cotizaciones que no eran legales, y para ello la Sala consideró que el derecho a la seguridad social se debe brindar en la forma en que lo prescribe la ley, es decir, que en este caso no correspondía legalmente exigir el pago de las contribuciones sociales para trabajadores con contratos de servicios profesionales.

Es preciso aclarar que, no obstante la anterior resolución de la Sala de lo Constitucional, las personas trabajadoras que operan bajo contratos de servicios profesionales siempre tienen la opción legal de participar de forma voluntaria en el régimen de aseguramiento facultativo que establece la Ley Orgánica de Seguridad Social.

30 Ley de Justicia Constitucional. Ley N° 983, aprobada el 11 de diciembre de 2018.

31 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia N° 1588. Expediente N° 354-11. Resolución de 26 de septiembre de 2012.

Sentencia N° 145-2008. La Sala de lo Constitucional amparó a la persona demandante ante la denegación de una pensión total y permanente por parte del INSS, decisión que no tomaba en cuenta el estado general de salud del denunciante, que evolucionaba en mayor detrimento y que le hacía acreedor de dicha pensión de invalidez en su condición de asegurado del INSS³². En este caso, por estar involucrados derechos constitucionales, tales como la salud y la seguridad social, la Sala de lo Constitucional procedió a ordenar al INSS que otorgara una pensión total y permanente por invalidez a favor de la persona demandante.

4.1.2 Recurso de inconstitucionalidad

De acuerdo al art. 187, dicho recurso "(...) funciona contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano".

En este punto, es oportuno resaltar la importancia del control de constitucionalidad, y para ello, se cita la siguiente resolución de la Sala de lo Constitucional de la CSJ nicaragüense, en la cual se estableció que un juez o tribunal

-
- (...) al dictar una sentencia o una resolución, debe considerar los efectos económicos y sociales de ésta; por cuanto la sentencia o la resolución es de la sociedad y para la sociedad, no puede desentenderse del individuo con un ser digno, merecedor de respeto, y con derecho a su propio bienestar. Si la sentencia o la resolución atenta contra los derechos fundamentales del hombre o contra sus principios, en vez del acto supremo del juez que tiene en sus manos un poder casi divino, se convierte en lo más peligroso y destructivo de la sociedad en general y del individuo en particular (...).

Es así que en la Justicia Constitucional tiene primacía y arraigo el fondo antes que la forma de la cuestión planteada, para restablecer los derechos, principios y garantías constitucionales y con ello una Tutela Constitucional Efectiva y por tanto de la Verdad Material³³.

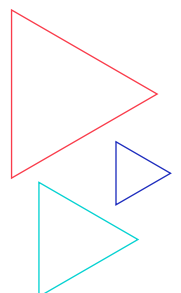
El control de constitucionalidad en Nicaragua lo ejerce la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia (art. 87 de la Constitución); y en el caso del recurso de amparo, la Sala de lo Constitucional –que es parte de la Corte Plena– es la competente para conocer estos recursos, a través de los cuales también se ejerce un control de constitucionalidad. Así se estableció en virtud de la reforma constitucional de febrero de 1995, que dividió la CSJ en cuatro Salas, incluyendo la Constitucional³⁴.

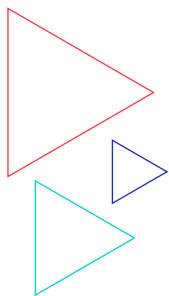
Adicionalmente, el resto de tribunales en Nicaragua tienen la potestad de examinar la constitucionalidad de actos o normativa en la toma de decisiones de las materias que les competen; al respecto se ha dicho que "(...) el modelo de Justicia Constitucional nicaragüense se denomina mixto, porque en él se encuentra la característica principal del modelo difuso, que es la facultad de los jueces (para que) puedan dictaminar la inconstitucionalidad en un caso concreto (...)" (Sánchez González 2017, 20). A este respecto, la misma CSJ ha afirmado, en el Considerando Segundo de la Sentencia N° 48, del 1.º de julio de 2005, que el sistema de

32 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia 145-2008, citada por la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. *Respuestas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua*, 2008, 21. <https://www.cijc.org/es/conferencias/2018-Panama/Respuestas%20al%20Cuestionario/2018.%20Nicaragua.%20respuestas.pdf>

33 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia N° 150-2008, de 19 de junio de 2008, Considerando III.

34 Art. 163 de la Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política, Ley N° 192, de 1.º de febrero de 1995, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 124, de 4 de julio de 1995.





control nicaragüense "(...) se configura como un Sistema de Control Constitucional Mixto, donde coexisten el Control Concentrado o Directo, y el Control Difuso o Indirecto".

Podría afirmarse que la Sentencia N° 1 de la Corte Plena antes mencionada, dictada el 8 de enero de 2008³⁵, y en la que declaró inconstitucional la Ley N° 539 de Seguridad Social, es la resolución histórica más relevante del máximo tribunal de justicia en materia de seguridad social. Esta resolución constituyó la primera experiencia nicaragüense en la que todo un cuerpo legal en materia de seguridad social es declarado contrario a la Constitución –bajo el argumento de que se había omitido el requisito de la consulta para su elaboración– y expulsado del ordenamiento jurídico; aunque, como se mencionó anteriormente, ello parece haber tenido a la base razones de índole política y no una motivación técnico-jurídica que persiga un fin proteccionista de garantía del derecho a la seguridad social.

4.2 Mecanismos ordinarios

Resulta entonces que entre los mecanismos ordinarios se encuentran regulados tres tipos de procesos, a saber: 1) procesos judiciales laborales, 2) proceso penal y 3) proceso contencioso-administrativo.

4.2.1 Procesos judiciales laborales

En Nicaragua, existe la jurisdicción especializada en materia laboral, aunque en algunos casos con competencia mixta (art. 273 del Código del Trabajo). Por tanto, las personas trabajadoras tienen la potestad de iniciar un proceso laboral ante un Juzgado del Trabajo y de la Seguridad Social –o con competencia en dicha materia– por conflictos individuales o colectivos de naturaleza jurídica que surjan entre trabajadores y empleadores, lo que incluye posibles violaciones a la seguridad social. Así lo establece el art. 275 del Código del Trabajo, el cual, además, les brinda a estos jueces la competencia para conocer las denuncias de carácter contencioso-administrativo que ocurran con motivo de la aplicación de la normativa sobre seguridad social.

4.2.2 Proceso penal

El art. 313 del Código Penal³⁶ nicaragüense (que contiene el delito de "fraude a la seguridad social") dispone que el empleador que deduzca y retenga las cuotas laborales de sus trabajadores sin remitirlas a las instituciones correspondientes podría ser sancionado con prisión de cuatro a ocho años. De modo que este tipo de delito se puede perseguir mediante un proceso penal ordinario ante los tribunales con competencia criminal.

4.2.3 Proceso contencioso-administrativo

Se sigue ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ. Con base en los arts. 1, 14, 36 y 120 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (Ley N° 350), la jurisdicción de lo contencioso-administrativo busca velar por el respeto y cumplimiento del principio de legalidad en todos aquellos actos y disposiciones, de aplicación general o individual, que emita la Administración pública provocando un supuesto detrimento de los derechos de los administrados. En estos términos también se ha expresado la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el Considerando II de su Sentencia N° 11/2012³⁷. Así, por ejemplo, este tipo de

35 La certificación oficial de dicha sentencia puede ser consultada en el siguiente enlace <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/bbe90a5bb646d50906257265005d21f8/a24828a7a0cd64e606258363005f5a7f?OpenDocument>

36 Código Penal, Ley N° 641, aprobado el 13 de noviembre de 2007.

37 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 11, Expediente N° 0045-0005-11CA, de 27 de septiembre de 2012.

procedimientos pueden proceder contra actos u omisiones por parte del INSS o los Ministerios de Trabajo o de Salud en lo referente a la seguridad social.

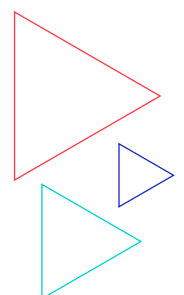
5. Desafíos/amenazas para la realización del derecho a la seguridad social

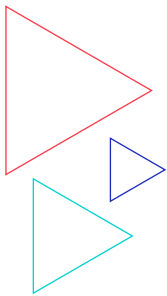
Resulta importante abordar cuáles son las amenazas que enfrenta la plena materialización del derecho a la seguridad social en Nicaragua. No obstante el reconocimiento normativo-constitucional del derecho humano a la seguridad social, en la práctica se han identificado diversos retos para asegurar el pleno goce de este derecho por parte de las personas bajo la circunscripción del Estado. Podría decirse que la amenaza más relevante tiene que ver con la insostenibilidad financiera, que coloca al sistema en un inminente riesgo de quiebra en un periodo relativamente corto (Mesa-Lago *et al.* 2020, 3), sobre todo en lo que concierne en mayor medida al régimen contributivo administrado por el INSS. Esto compromete las aspiraciones constitucionales de realización y materialización del derecho a la seguridad social en Nicaragua.

Diversos factores podrían explicar la iliquidez del sistema de seguridad social en Nicaragua; algunos de los más relevantes son los siguientes:

- En el caso del régimen contributivo, es claro que la base de su financiamiento está directamente relacionada con la cobertura de personas afiliadas. Esto se refiere al segmento de la población económicamente activa (PEA) dentro del sector formal y que contribuye como cotizante del INSS. Sin embargo, como citan García & González (Ramírez, Esquivel y Cruz 2020, 118), el mercado laboral nicaragüense muestra un alto grado de subempleo, de empleados con ingresos laborales por debajo de la línea de la pobreza y de informalidad, porque es uno de los países en América Latina con mayor grado de informalidad laboral. Para 2011, el porcentaje de empleo informal en Nicaragua se calculó en el 75 por ciento del total de la PEA (OIT 2013, 47). Al no cotizar al sistema, la gran mayoría de esta población se encuentra excluida del goce de las diferentes prestaciones, incluidas las distintas modalidades de pensión y las prestaciones económicas de enfermedad y maternidad. Es preciso aclarar que el art. 6 de la Ley Orgánica de Seguridad Social permite a las personas del sector informal afiliarse bajo el régimen facultativo pagando una contribución equivalente al 22,25 por ciento del ingreso declarado³⁸. Según el *Anuario Estadístico* del INSS, para 2019 un total de 17 865 personas se encontraban inscritas bajo el régimen facultativo.
- Otro factor es el significativo aumento en el número de personas adultas mayores que están recibiendo pensión por retiro. De 2007 a 2016, esta cifra aumentó del 17 por ciento al 31 por ciento (Sánchez González 2017, 4). Mientras tanto, el número de personas contribuyentes ha venido descendiendo en los últimos años: según las estadísticas del INSS, en diciembre de 2019 se reportó una disminución del 3,8 por ciento en el número de cotizantes con relación a diciembre de 2018 (INSS 2020, 29). Para noviembre de 2020, el empleo formal sufrió otra caída del 3 por ciento con relación al mismo mes del año anterior, según el Banco Central de Nicaragua (CentralAmericaData 2021).
- Otros factores identificados tienen que ver con: i) la evasión de las obligaciones en materia de seguridad social, entendidas como todas aquellas situaciones en las que los empleadores y/o trabajadores no reportan cotizaciones al INSS, o reportan una cuantía menor a la real; ii) millonarias deudas de alcaldías y de otras entidades del mismo Estado con el INSS; y iii) baja rentabilidad de las inversiones hechas por el INSS en rubros como la venta de viviendas (Sánchez Paniagua 2012, 48-50).

38 <https://inss-princ.inss.gob.ni/index.php/tramites-37/10-afiliaciones/13-regimenes-de-afiliacion>





Además, la crisis social y económica exacerbada a raíz de las protestas sociales iniciadas en marzo de 2018 ha tenido un impacto en el crecimiento económico y en la generación de nuevos empleos. De acuerdo a la Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social (FUNIDES), a inicios de 2019 y tras casi nueve meses de protestas y de represión gubernamental, un total de 417 000 personas habían sido despedidas o suspendidas de sus trabajos durante esos nueve meses, y de las cuales 127 000 se encontraban aún desempleadas (Salinas 2019).

Otro reto que afronta el sistema de seguridad social en Nicaragua es el hecho de que ni la Constitución ni la legislación secundaria han reconocido la protección contra el desempleo, de modo que no existen para el Estado obligaciones normativas relativas a la protección para las personas desempleadas y sus familias.

Finalmente, no pueden soslayarse los efectos de la pandemia de la COVID-19, los que se sumaron al de por sí ya adverso contexto socioeconómico de Nicaragua. En 2018 y 2019, y debido a los disturbios sociales y políticos, la economía se contrajo en un -0,4 por ciento y -3,9 por ciento, respectivamente; y las proyecciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el Banco Mundial y el FMI estimaron valores negativos del -8,3 por ciento, -6,3 por ciento y -6,0 por ciento del PIB para 2020, respectivamente (OIT 2020, 1).

En lo concerniente a la seguridad social, se espera que la pandemia –aún presente– provoque el estancamiento de salarios y el aumento de las primas de riesgo en Nicaragua, puesto que la emergencia sanitaria encontró las finanzas públicas del país en una situación delicada y con el deterioro del sistema de pensiones (OIT 2020, 2).

6. Conclusiones

La historia constitucional de Nicaragua presenta diversos vaivenes en materia de reconocimiento del derecho a la seguridad social. Y aunque es posible identificar algunos retrocesos en materia de reconocimiento constitucional al cotejar el texto actual versus las cartas magnas anteriores –como es el caso de la supresión del compromiso a garantizar condiciones laborales que no menoscaben la dignidad de las personas trabajadoras, o la falta de reconocimiento de la consecución de la justicia social–, también se pueden encontrar elementos positivos en la actual norma suprema. Este sería el caso del otorgamiento de rango constitucional al contenido de importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, de los sistemas universal y regional interamericano –tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconocen a la seguridad social como derecho humano–. También la identificación de ciertos grupos en condición de vulnerabilidad, como los niños, las personas mayores y las personas en situación de discapacidad como sujetos de especial cobertura de los programas de seguridad social.

Pese a que el Estado de Nicaragua no ha ratificado convenios vigentes de la OIT relativos a la seguridad social, en la legislación secundaria se han adoptado sustanciales avances normativos que cubren una importante parte de los diferentes espectros de la seguridad social así como se reflejan en esa norma, tales como la creación del Sistema Nacional Único de Salud, creado mediante la emisión de la Ley General de Salud y la Ley Orgánica de Seguridad Social, dentro del cual se incluyen las distintas coberturas de la seguridad social. Sin embargo, la protección de trabajadores frente al desempleo y otras coberturas tales como la salud para la persona desempleada y sus familiares y otras prestaciones familiares para estos últimos continúan siendo temas pendientes de regulación. Esto es contrario al mandato constitucional consagrado en el inciso segundo del art. 105 que establece que la salud y la seguridad social son deberes indeclinables del Estado, que debe prestarlos sin exclusiones.

Ahora bien, pese al importante reconocimiento normativo, existen varios elementos que, en la práctica, pueden amenazar la materialización del derecho a la seguridad social. En primer lugar, la alta tasa de informalidad en el mercado laboral de Nicaragua implica que muchas personas no tengan acceso a ciertas coberturas de la seguridad social, como pensiones por retiro, asignaciones familiares u otras pensiones frente a contingencias, al no existir un modelo de pensión no contributiva que logre cubrir a toda la población en general. Esto a su vez ha resultado en graves problemas de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social contributivo administrado por el INSS, que es la entidad responsable de administrar y prestar la mayoría de servicios de seguridad social, incluidos los servicios de atención en salud y las prestaciones económicas en caso de vejez, invalidez, muerte, enfermedad, maternidad y accidentes de trabajo a la población general.

La histórica conflictividad entre los diversos actores políticos y la actual crisis generada por el descontento social, aplacado con acciones de represión estatal, también han contribuido tanto al deterioro económico como a la fragilidad histórica del sistema de seguridad social nicaragüense.

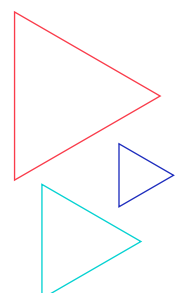
Pese a todas las garantías constitucionales desarrolladas a lo largo de este documento, incluidas las relativas a la progresividad de los servicios de educación, salud y seguridad social, que deben ser prestados sin exclusiones, mejorados y ampliados, puede concluirse que la materialización del derecho a la seguridad social se encuentra lejos de alcanzar los objetivos de universalidad de la protección y accesibilidad de las prestaciones. Así lo prescribe tanto la Constitución como el derecho internacional, mediante los instrumentos internacionales ratificados y aquellos automáticamente incorporados al ordenamiento jurídico por mandato constitucional.

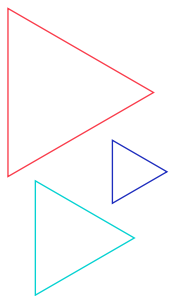
Adicionalmente, los desafíos antes mencionados limitan la capacidad estatal y del sistema de seguridad para dar efecto a las aspiraciones constitucionales en materia de seguridad social, toda vez que la mayoría de la población nicaragüense continúa sin poder acceder a una buena parte de las prestaciones de servicios reconocidos a nivel constitucional e infraconstitucional. Se traen a colación algunos datos de la OIT que ponen de manifiesto estas brechas: por ejemplo, el porcentaje de cobertura efectiva de las pensiones por vejez, es decir, el porcentaje de población activa que cotiza a un plan de pensiones, era menor al 25 por ciento para hombres y menor al 25 por ciento para mujeres en 2017 (OIT 2017). Para el mismo año, el porcentaje de la población por encima de la edad de jubilación legal que estaba recibiendo una pensión por vejez llegaba apenas al 23,7 por ciento (OIT 2017).

7. Bibliografía

Textos en línea

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019. *Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II.171. Doc 31, 12 de febrero de 2019. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. 2018. *Respuestas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua*. <https://www.cijc.org/es/conferencias/2018-Panama/Respuestas%20al%20Cuestionario/2018.%20Nicaragua,%20respuestas.pdf>
- FMI (Fondo Monetario Internacional). 2017. "Nicaragua: Consulta de Artículo IV de 2017: Declaración Final", 5 de mayo de 2017. <https://www.imf.org/es/News/Articles/2017/05/05/ms050517-nicaragua-2017-article-iv-consultation-concluding-statement>
- INSS (Instituto Nicaragüense de Seguridad Social). 2020. *Anuario Estadístico 2019*. División General de Estudios Económicos, febrero de 2020. https://inss-princ.inss.gob.ni/images/anuario_estadistico_2019.pdf





- López, E. 2022. "La Revolución Sandinista". Managua: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.
- Martínez Salgueiro, M. L. 1995. *Derechos económicos, sociales y culturales en las relaciones laborales. OIT. Análisis de la situación en América Latina.*
- Mesa-Lago, C. et al. 2020. *La seguridad social en Nicaragua: Diagnóstico y recomendaciones para su reforma.* Managua: Instituto Nicaragüense de Investigaciones y Estudios Tributarios (INIET). <https://www.iniet.org/wp-content/uploads/2020/03/Nicaragua-Presentacion-en-INIET-9-3-2020..pdf>
- Naciones Unidas. 1993. Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el de 25 de junio de 1993.
- OIT. 2013. *La economía informal en Centroamérica y República Dominicana: Desarrollo subregional y estudios de caso.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_237269.pdf
- . 2017. *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible.* https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_624890/lang--es/index.htm
- . 2020. *COVID-19 y el Mundo del Trabajo: Punto de partida, respuesta y desafíos en Nicaragua.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_755524.pdf
- Ramírez, M. E., M. E. Esquivel y J. L. Cruz. 2020. "Análisis del crecimiento de los negocios informales en Nicaragua". *Revista Humanismo y Cambio Social* 16 (7), julio-diciembre de 2020.
- Sánchez González, F. 2017. *La Justicia Constitucional en Nicaragua.* Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Repositorio Institucional UCA. <http://repositorio.uca.edu.ni/4865/1/UCANI5328.pdf>

Notas periodísticas

- Burguess, A. 2011. "Nicaragua. Seguridad Social: Una historia de latrocinio contra la clase trabajadora". *El Socialista Centroamericano*, 25 de septiembre de 2011. <https://www.elsoca.org/index.php/america-central/nicara/2123-nicaragua-seguridad-social-una-historia-de-latrocinio-contra-la-clase-trabajadora>
- CentralAmericaData. 2021. "Nicaragua: empleo formal cae 3%", 26 de enero de 2021. https://www.centralamericadata.com/es/article/home/Nicaragua_Empleo_formal_cae_3
- El País. 2018. "Nicaragua: tres meses de protestas y más de 300 muertos", 19 de julio de 2018. https://elpais.com/internacional/2018/07/18/america/1531921411_489786.html
- Robles, F. 2018. "Daniel Ortega revoca la reforma a la seguridad social por las protestas". *The New York Times*, 22 de abril de 2018. <https://www.nytimes.com/es/2018/04/22/espanol/nicaragua-protestas-pensiones-daniel-ortega.html>
- Salinas, C. 2019. "La crisis hunde a la economía de Nicaragua tras años de crecimiento". *El País*, 10 de enero de 2019. https://elpais.com/internacional/2019/01/08/america/1546978369_167727.html

Tesis académicas

- López Palacios, N. y P. Martínez Mora. 2012. "Campo de aplicación del seguro social obligatorio como medio de capitalización del sistema". Tesis de Licenciatura, Universidad

Centroamericana. Repositorio Institucional UCA. <http://repositorio.uca.edu.ni/438/1/UCANI3190.PDF>

Sánchez Paniagua, R. 2012. "De la propuesta de reforma al sistema de pensiones de la seguridad social en Nicaragua". Tesis de Licenciatura, Universidad Centroamericana. Repositorio Institucional UCA. <http://repositorio.uca.edu.ni/407/1/UCANI3130.PDF>

Normativa legal

Constitución Política de 1939.

Constitución Política de 1948.

Constitución Política de 1950.

Constitución Política de 1974.

Constitución Política de 1987.

Decreto Presidencial N° 12-2015, de 20 de mayo de 2015.

Decreto Presidencial N° 03-18, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 72, de 17 de abril de 2018.

Decreto Presidencial N° 06-19, de 31 de enero de 2019.

Estatuto Fundamental de 1979.

Ley Orgánica de Seguridad Social, de 11 de noviembre de 1955.

Ley del Sistema Nacional de Salud, Decreto Ejecutivo N° 35, de 8 de agosto de 1979.

Ley Orgánica de Seguridad Social. Decreto N° 974, de 11 de febrero de 1982.

Ley que Concede Beneficios a las Víctimas de Guerra. Ley N° 119, de 17 de diciembre de 1990.

Ley que Concede Beneficios Adicionales a las Personas Jubiladas, Ley N° 160, de 9 de junio de 1993.

Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política, Ley N° 192, de 1.º de febrero de 1995.

Ley Marco de Implementación de las Reformas Constitucionales, Ley N° 199, de 3 de julio de 1995.

Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, Ley N° 340, de 15 de marzo de 2000.

Ley de Seguridad Social, Ley N° 539, de 12 de mayo de 2005.

Ley de Derogación de la Ley N° 340, Ley N° 568, de 5 de enero de 2006.

Ley de Justicia Constitucional, Ley N° 983, de 11 de diciembre de 2018.

Reglamento General de la Ley Orgánica de Seguridad Social, de 23 de octubre de 1956.

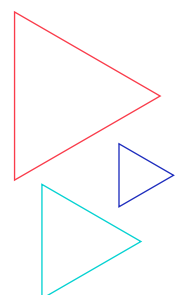
Reglamento General de la Ley de Seguridad Social. Decreto N° 975, de 11 de febrero de 1982.

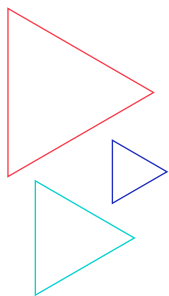
Resoluciones judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 48, de 1.º de julio de 2005.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 1, de 8 de enero de 2008.





Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia N° 150-2008, de 19 de junio de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia N° 504. Expediente N° 602-09, de 19 de octubre de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia N° 1588. Expediente N° 354-11. Resolución de 26 de septiembre de 2012.

Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones. Sentencia N° 84/2012, de 8 de marzo de 2012.

▶ **XIV. El desarrollo del derecho
a la seguridad social en la
Constitución de Panamá**



XIV. El desarrollo del derecho a la seguridad social en la Constitución de Panamá

Vasco Torres De León¹

Resumen

El presente artículo aborda la configuración del derecho constitucional de la seguridad social en el Estado panameño a partir del estudio de la Constitución Política de 1972. Repasa el surgimiento en la normativa panameña de la seguridad social, desde muy temprano con el nacimiento de la República, analiza el surgimiento del primer modelo constitucional sobre seguridad social y concluye exponiendo, muy someramente, la normativa infraconstitucional vigente. También revisa asuntos referidos al contenido y alcance del derecho constitucional de la seguridad social y a la protección o justiciabilidad del derecho.

1. Introducción

El estudio de la seguridad social constituye un poderoso elemento de construcción de las sociedades actuales, en las que el Estado busca lograr mayor nivel de bienestar de su población. En tal sentido, es necesario replantearse a nivel global elementos y concepciones del contenido y alcance de la seguridad social en nuestras sociedades. La transformación de las economías, la reorganización del trabajo, el avance médico, incluso, son elementos que directamente vienen impactando los sistemas de seguridad social tradicional, lo que hace aún más necesario reestructurar y readecuar estos sistemas.

Panamá, al igual que otros muchos países, vive una actualidad caracterizada por una crisis del modelo de seguridad social. Esta crisis es de urgente atención para la sociedad panameña, como lo evidencia el termómetro social que supone la prensa nacional, pero sobre todo la misma sociedad civil y gubernamental que ha tenido que atender, aún de forma muy incompleta, el tema. En tal sentido, en Panamá se ha instalado un diálogo por la seguridad social², el cual estuvo sesionando por algunos meses y entró en una fase de consulta con la Organización Internacional de Trabajo (OIT), con el interés de contar con un estudio más objetivo del estado de situación, cuyos resultados están por verse³.

El presente análisis aporta, tan solo, una aproximación teórica derivada del modelo constitucional de seguridad social en Panamá. El artículo, además de revisar la evolución normativa interna,

- 1 Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo; Profesor Titular III (catedrático) de Derecho del Trabajo en la Universidad de Panamá. Actualmente dirige la Escuela Interamericana de Diálogo Social, Tripartismo y Resolución de Conflictos de la Universidad de Panamá. Ha publicado diversos libros y artículos especializados en el área del derecho del trabajo y las relaciones laborales y ha dictado conferencias en distintos países. También ha contribuido intermitentemente como consultor externo con la OIT.
- 2 Véanse, entre otros: "Instalan la mesa de diálogo nacional por la Caja de Seguro Social" (*La Prensa*, de 18 de enero de 2021); "Gobierno empieza diálogo nacional por la CSS" (*La Estrella de Panamá*, de 19 de enero de 2021).
- 3 "La discusión económica más importante del país, en la que se deben presentar propuestas para reformar la Caja de Seguro Social (CSS), entrará en una especie de parálisis técnica a fin de año. (...) El aplazamiento de la discusión del IVM está ligado con la participación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el diálogo, que se comprometió a hacer un informe que presentará en la plenaria". Véase *La Prensa*, del 7 de noviembre de 2021.

examina las normas internacionales que impactan el sistema en Panamá, así como ciertos criterios jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia ha dictado sobre el tema, y ofrece una descripción y el contexto histórico de la legislación infraconstitucional. También realiza una aproximación a la idea de justicia social derivada del sistema constitucional de seguridad social existente, examina elementos de justiciabilidad del sistema en sus aspectos de tutela constitucional y expone sucintamente las normas actuales que contemplan el modelo de seguridad social desarrollado por la normativa infraconstitucional. Para finalizar, brinda algunas ideas sobre los desafíos y las amenazas presentes en el sistema.

2. Contexto y desarrollo de la Constitución Política actual

La Constitución panameña de 1972, previo a las modificaciones que posteriormente experimentó, contuvo una decidida impronta militarista que ha sido destacada por varios autores panameños, pues se ha afirmado que “es el resultado del proceso de institucionalización del régimen militar, iniciado el 11 de octubre de 1968” (Sánchez González 2019, 537-573). Situación que, sin duda, resulta palmaria al constatarse la existencia de normas introducidas en tal texto constitucional dignas de los tiempos imperiales de la edad antigua al establecer una “mención por nombre y apellido de una persona en una constitución” (Quintero 1991, 731-750). Tal mención es la del militar que, en ese momento, controlaba el poder público en Panamá, producto del golpe de Estado que rompió el orden constitucional preexistente.

La Constitución de 1972 inauguró, además, una era de derechos sociales sin precedentes en Panamá, pues el capítulo III, de derechos sociales, pasó a contener 113 artículos, nueve de ellos dedicados a la seguridad social. Tal regulación contrastó con las normas constitucionales previas, especialmente con las dos primeras constituciones, es decir, la Constitución de 1904 y la Constitución de 1941. Veamos.

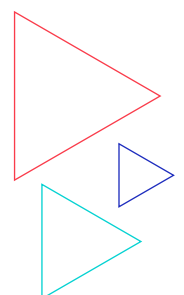
La Constitución de 1904, que dio las bases fundacionales de la recién formada República de Panamá, fue criticada por diversos motivos, entre los cuales figuró la ausencia de derechos sociales. Para esa época, si bien esto no era algo inusual por la preeminencia de las corrientes de pensamiento individualista que todavía permeaban la sociedad, lo cierto es que ya se contemplaban derechos sociales en otras constituciones más avanzadas ⁴. De allí que tal crítica, entre otras varias que se vertieron ⁵, fundamentó un movimiento de presión que, a la postre, permitiría, al amparo de un nuevo movimiento político en el país, la aprobación de la segunda Constitución Política de Panamá, en 1941.

La Constitución de 1941 surgió a la vida política panameña de la mano del movimiento político Acción Comunal, el cual inauguraría la era de los golpes de Estado en Panamá ⁶.

4 “El doctor José Dolores Moscote venía denunciando desde la década del veinte el carácter vetusto de la Constitución de 1904, la que incluso cuando fue promulgada ‘hacia años que el individualismo político y económico había sido sometido en todo el mundo culto a una crítica severa que lo había resquebrajado totalmente’”. Véase José Dolores Moscote, citado por Oscar Vargas Velarde, en “La evolución constitucional en el Panamá republicano” (Panamá: Cultural Portobelo, 2014), 14-15.

5 En tal sentido, para ver con detenimiento las distintas críticas y defensas que se vertieron en distintas décadas y por distintos autores, puede consultarse a Oscar Vargas Velarde en “La evolución constitucional en el Panamá republicano”, 14-47.

6 Una crónica de la época nos deja el contexto del episodio golpista: “Ya lista la hora. Hay un movimiento inusitado en el salón de Acción Comunal... Desde la tribuna Quirós, Junto a Arnulfo Arias, arenga a los revolucionarios. Quirós señala el horario de la lucha. Clement logra dominar el cuartel de las Sabanas mientras Ayala se toma la Policía Central... Comienza el asedio de la Presidencia. De Reuter, desde una esquina del Chase Bank, dispara una ametralladora. Desde el muelle se perforan las paredes de la fachada. Arias, Mora, Quirós, dirigen el ataque por todos los frentes, mientras que en el Palacio Daniel Ballén y Julio Arosemena, con un puñado de bravos logran mantenerse firmes. Pero lentamente va decreciendo la resistencia. Los policías son víctima de la puntería de los revolucionarios... Las primeras claridades de la aurora encuentran vencida la heroica guardia presidencial. El Presidente se niega a renunciar... Se barajan los nombres de Grimaldo, de





Este, irónicamente, pasaría a ser el instrumento favorito utilizado en contra de este mismo movimiento a través de los años.

Quizá los dos elementos principales que cabe destacar en nuestro estudio sobre la Constitución de 1941, aparte de su corta vida, son los siguientes: su sesgo racista y la inauguración de los derechos sociales en las constituciones de la República de Panamá.

El primer elemento supuso una impronta racista fuertemente criticada por sectores progresistas nacionales⁷, que rechazaron la clara discriminación por razón de raza contra algunos extranjeros⁸. En lo relativo al segundo elemento, la Constitución consagró un capítulo denominado “Derechos y deberes individuales y sociales”, siendo relevante, para el tema de seguridad social, el artículo 55, en el que se establece la asistencia social⁹, de la cual, sin ser una norma sobre seguridad social –de esa y otras normas sociales sobre el trabajo–, “se desprenden las bases principistas que, casi de inmediato, dan lugar a la creación de la Caja del Seguro Social” (Murgas Torrazza 2017, 252).

Como se mencionó más arriba, tras la efímera vida de la Constitución de 1941 se adoptó una nueva Constitución Política en 1946. El texto introdujo, ahora sí de forma expresa, la seguridad social en el Título III, Capítulo V, sobre salud pública y asistencia social, en los artículos 92 y 93, centrándose en este último los contenidos clásicos de la seguridad social¹⁰.

La Constitución de 1946 recibió notablemente más elogios que críticas. Así la caracteriza, ejemplificativamente, el insigne constitucionalista panameño César Quintero (1993, 62-63): “La Constitución de 1946 ha sido, sin duda, la más ponderada y democrática que ha tenido Panamá en su llamada era republicana. Es además la única que ha sido adoptada por medios auténticamente legítimos y populares. Fue debatida y aprobada públicamente en un ambiente de completa libertad”.

La Constitución de 1972 surgió en un contexto de afianzamiento del régimen militar que rompió con el orden constitucional fundado en la carta magna de 1946, producto del golpe militar que sufrió el país en 1968, y en ella se sientan las bases definitivas de lo que es hoy la seguridad social en Panamá, como veremos.

Lewis para que lo reemplace. Pero Acción Comunal exige que sea su líder, Harmodio Arias. El Presidente accede y presenta su renuncia ante la Corte Suprema...”. Véase J. B. Sosa, *Cuarenta años de miseria* (obra póstuma) (Panamá: Imprenta Universitaria, 2021), 75-76.

7 Oscar Vargas Velarde nos recuerda la posición del Diputado Fabián Velarde, por el Partido Liberal, quien, en el debate parlamentario correspondiente, “llamó ‘la atención a la Cámara sobre la gravedad de las medidas que se van a adoptar’, pues el precepto ‘si hace una discriminación de razas’”. Véase “La evolución constitucional en el Panamá republicano”, 30.

8 “Artículo 12. Son panameños por nacimiento: (...) b. Los nacidos bajo la jurisdicción de la República, aunque uno de los padres fuere de inmigración prohibida, siempre que el otro sea panameño por nacimiento. Esta disposición no se aplicará cuando el padre que fuere de inmigración prohibida pertenezca a la raza negra cuyo idioma originario no sea el Castellano”. Véase Constitución Política de la República de Panamá de 1941.

9 “Artículo 55. La asistencia social es función del Estado. La Ley determinará la forma como se preste y los casos en que se deba dar”. Véase Constitución Política de la República de Panamá de 1941.

10 “Artículo 93. Todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido. Los servicios de seguro social serán prestados y administrados por entidades autónomas, y cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, subsidios de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y todas las demás contingencias que afecten la capacidad de trabajar y consumir. La Ley proveerá el establecimiento de tales servicios, a medida que las necesidades sociales lo exijan. El Estado creará instituciones de asistencia y de previsión sociales. Son tareas fundamentales de éstas la rehabilitación económica y moral de los sectores dependientes, y la atención de los mentalmente incapaces, los enfermos crónicos y los inválidos carentes de recursos económicos. El Estado fomentará, además, la creación de viviendas baratas para trabajadores”. Véase Constitución Política de la República de Panamá de 1946.

2.1 Evolución del derecho a la seguridad social en el derecho positivo

Si bien, como se ha visto más arriba, las normas constitucionales contemplan, específicamente, la seguridad social a partir de 1941, la normativa legal referida a diversos aspectos de seguridad social empieza pocos años después de creada la República.

La primera ley del trabajo en Panamá fue la Ley 6 de 1914¹¹, que estableció la jornada máxima de las 8 horas en el país, la que sería considerada la primera norma en tal sentido en América¹². Muy pronto se dictó la segunda ley nacional, que sería la Ley 17 de 1916¹³, reformada poco después por Ley 43 de 1916¹⁴, la cual introdujo la responsabilidad por accidentes de trabajo.

-
- ▶ Debe resaltarse la forma temprana en que este tema se aborda en la legislación laboral panameña, si se tiene en cuenta que la ley francesa sobre accidentes de trabajo, que tanta influencia ejerció en su momento, es del año 1898. Sin duda, los accidentes ocurridos a lo largo de la construcción del canal, terminado en 1914, pusieron en evidencia la necesidad de una legislación de esta naturaleza, así como las ideas sembradas en nuestro país por numerosos núcleos de trabajadores extranjeros¹⁵.
-

Al año siguiente se dictó la codificación nacional, la que incluiría el Código de Comercio de 1917, en el que se pueden apreciar algunos elementos de seguridad social. En tal sentido, el artículo 627 establecía que los dependientes del comercio podrían recibir hasta tres (3) meses de salario por accidentes imprevistos o inculpables. En tanto que, en los artículos 1216 y siguientes del código, se contemplaba que el marino herido o contuso en servicio de la nave debería recibir su salario y se debería prever su atención médica; una mutilación podía ser indemnizada y recibir asistencia y curación, y si tal evento ocurría en defensa de la nave, los gastos de curación e indemnización estarían a cargo del buque, el flete y la carga¹⁶.

Valga anotar, tal como nos recuerda Vargas, que, si bien no llegó a aprobarse definitivamente, el proyecto de código de trabajo de 1926, propuesto por el diputado Domingo Turner, contempló beneficios en materia de riesgos profesionales¹⁷. Un poco antes había comenzado una sucesión de leyes que fueron introduciendo elementos de seguridad social, sin la existencia de tal sistema¹⁸.

11 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2142, de 6 de noviembre de 1914.

12 Tal como hemos tenido ocasión de señalarlo antes: "(...) resulta de trascendental significancia que Panamá, en el concierto de las naciones de América, haya sido la primera que acogió la limitación de las 8 horas y el descanso semanal de los domingos de forma general (...) disposición aplicable no solo a toda clase de trabajador, sino con aplicación a todo el territorio nacional". Véase "Presentación", en R. Murgas Torrazza y otros, *100 años de legislación de trabajo en Panamá*, bajo el cuidado de H. Villasmil Prieto y V. Torres De León (Panamá, Imprenta Universitaria, 2014), 6.

13 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2476, de 16 de noviembre de 1916.

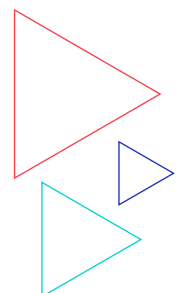
14 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2519, de 9 de enero de 1917.

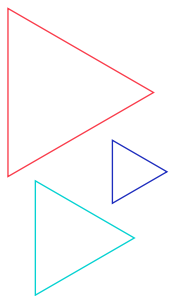
15 Véase R. Murgas Torrazza y otros, *100 años de legislación de trabajo en Panamá*, 52.

16 Véase Código de Comercio de la República de Panamá, de 1917, aprobado por Ley 2, de 22 de agosto de 1916, Gaceta Oficial N° 02418, publicada el 7-9-1916.

17 Véase D. Turner, *Diario de Panamá*, de 30 de noviembre de 1926, citado por Oscar Vargas Velarde, *Derecho de trabajo*, 3.ª ed. (Panamá: FSTRP-IES, 2018), 108-109.

18 En tal sentido: Ley 21, de 14 de diciembre de 1920 (Gaceta Oficial N°3515, publicada el 31-12-1920). Concede sueldo a las enfermeras del Hospital Santo Tomás, que se retiren por enfermedad, mientras estén habilitadas; Ley 9, de 8 de octubre de 1924 (Gaceta Oficial N° 4504, publicada el 18-10-1924). Sobre pensiones de los empleados del telégrafo; Ley 66, de 23 de diciembre de 1924 (Gaceta Oficial N° 4541, publicada el 26-12-1924). Sobre pensiones de los miembros de la policía nacional (arts. 36, 37 y 38. Véase Ley 79 de 1941, art. 183); Ley 65, de 22 de diciembre de 1926 (Gaceta Oficial N° 5022, publicada el 6-1-1927). Sobre jubilación de la Agencia Postal, del Banco Nacional y del Hospital Santo Tomás; Ley 75, de 18 de diciembre de 1928 (Gaceta Oficial





Posteriormente, ya bajo la vigencia de la Constitución de 1941, se dictó la Ley 23 de 21 de marzo de 1941¹⁹, a través de la cual se creó la Caja de Seguro Social, inaugurándose formalmente el sistema de seguridad social en el país. La ley contempló la personería jurídica de la Caja de Seguro Social; los casos en los que procedía el seguro obligatorio y la posibilidad de acogerlo de forma voluntaria; se establecieron los riesgos que cubriría –enfermedad, maternidad, vejez y muerte–; la prima a pagar y el régimen administrativo.

En ese mismo año se dictaría el Decreto Ley 38, de 28 de julio de 1941²⁰, considerado el primer código de trabajo panameño, en sentido material, pues se encargó de organizar la legislación de trabajo existente hasta la fecha, especialmente en temas de la relación individual de trabajo. Tal legislación contempló normas referidas a la licencia de maternidad –arts. 37, 38 y 39–; dedicó el Capítulo X a riesgos, accidentes, responsabilidades e indemnizaciones –arts. 75 y ss.–, y en el Capítulo XI, la acción para reclamar la indemnización –arts. 96 y ss.–.

Muy pronto se dictaría la nueva y primera ley orgánica de la Caja de Seguro Social, por medio de la Ley 134, de 27 de abril de 1943²¹. Tal norma volvería a legislar sobre temas como los riesgos que cubre; la obligatoriedad y voluntariedad de la seguridad social; las normas sobre el riesgo por enfermedad, la maternidad, la invalidez, la pensión de vejez, y riesgo de muerte; la forma de financiar la seguridad social; la integración de la junta directiva. Esta ley fue reformada por la Ley 22, de 22 de mayo de 1947²², en lo relativo al manejo de las reservas y la obtención de préstamos bancarios (Murgas Torrazza 2017, 260).

La Ley 67, de 11 de noviembre de 1947²³, aprobó el primer código de trabajo de la República de Panamá. Tal cuerpo de normas contempló, en su Título Decimoctavo, del Libro I, los riesgos profesionales, bajo la teoría del riesgo profesional, siendo extensiva su normativa tanto a empleados privados como públicos.

Luego se aprobaría el Decreto Ley 14, de 27 de agosto de 1954²⁴, el cual constituiría la segunda ley orgánica de la Caja de Seguro Social. Se contemplaba la autonomía de la institución; la obligatoriedad del seguro social y los casos en que podía ser voluntario; mantuvo el campo de aplicación de la Ley 23/1941 en invalidez, enfermedad, maternidad, vejez y muerte; la integración de la junta directiva; la identificación de recursos para la Caja, así como las prestaciones por riesgo de enfermedad, maternidad, invalidez común, vejez, muerte²⁵.

Mediante el Decreto de Gabinete N° 68, de 31 de marzo de 1970²⁶, se establecería la centralización de la cobertura de los riesgos profesionales en la Caja de Seguro Social. Tal estructura pasaría

N° 5425, publicada el 31-12-1928). Sobre jubilación de empleados del Hospital Santo Tomás, que reforma las leyes 21 de 1920 y 65 de 1926; Ley 23, de 29 de octubre de 1930 (Gaceta Oficial N° 5857, publicada el 5-11-1930). Contiene medidas de protección de la maternidad de las empleadas en industrias, comercio u oficinas públicas, garantizándoles permanencia en el trabajo y la mitad del salario cuando se retiren de ocho semanas antes y después del parto (arts. 1, 2 y 3). También ordena el establecimiento de casas cuna por parte del Estado; Ley 29, de 31 de octubre de 1930 (Gaceta Oficial N° 05869, publicada el 22-11-1930). Sobre asistencia médica en las barriadas obreras; -Ley 78, de 24 de diciembre de 1930 (Gaceta Oficial N° 5907, publicada el 14-1-1931). Sobre jubilación de maestros y aplicación de la Ley 23 de 1930, sobre maternidad; Ley 8, de 11 de febrero de 1931 (Gaceta Oficial N° 6002, publicada el 2-5-1931). Sobre pensión vitalicia a cargo de la empresa; Ley 7, de 5 de enero de 1935 (Gaceta Oficial N° 6972, publicada el 9-1-1935). Sobre jubilaciones de los empleados públicos. Deroga todas las leyes anteriores sobre pensiones y jubilaciones.

19 Véase Ley 23, de 21 de marzo de 1941. Gaceta Oficial N° 08481, publicada el 31-3-1941.

20 Véase Decreto Ley 38, de 28 de julio de 1941. Gaceta Oficial N° 08576, publicada el 8-8-1941.

21 Véase Ley 134, de 27 de abril de 1943. Gaceta Oficial N° 09099, publicada el 14-5-1943.

22 Véase Ley 22, de 22 de mayo de 1947. Gaceta Oficial N° 10306, publicada el 28-5-1947.

23 Véase Ley 67, de 11 de noviembre de 1947. Gaceta Oficial N° 10459, publicada el 26-11-1947.

24 Véase Decreto Ley 14, de 27 de agosto de 1954. Gaceta Oficial N° 12467, publicada el 10-9-1954.

25 Murgas Torrazza da cuenta de una serie de normas que se dictaron a lo largo de los años, hasta su abrogación por Ley 51/2005. Véase “La historia de la seguridad social...”, 263.

26 Véase Decreto de Gabinete N° 68, de 31 de marzo de 1970. Gaceta Oficial N° 16576, publicada el 3-4-1970.

al Decreto de Gabinete N° 252, de 30 de diciembre de 1971²⁷, que aprobó el Código de Trabajo de 1972, que, en su Libro II, estableció los riesgos profesionales, bajo la teoría de los riesgos profesionales, y se complementaría con el Decreto de Gabinete 68/1970.

Luego le tocaría el turno a la Ley 15, de 31 de marzo de 1975²⁸, por medio de la cual se amplió la cobertura del seguro social. Sin modificar lo establecido en el Decreto Ley 14/1954, referido a los riesgos cubiertos, se regularían aspectos relativos a la cobertura obligatoria de la seguridad social; los recursos del seguro social; la extensión de los beneficios por enfermedad; el monto de las pensiones de invalidez, vejez, pensión anticipada y otros elementos relativos a estos beneficios, y se creó un fondo complementario para servidores públicos.

Este último sistema de retiro anticipado tendría distintas normas que lo transformaría de su original diseño por la Ley 15/1975. En tal sentido, la Ley 16, de 31 de marzo de 1975²⁹, establecería una reglamentación de dicho fondo complementario; la Ley 8, de 6 de febrero de 1997³⁰, establecería el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP). A su vez, esta última norma tendría modificaciones integrando normas de transición (Ley 24, de 27 de junio de 2000³¹) y la creación de un plan de retiro anticipado autofinanciable para funcionarios del área de la educación, bomberos y la policía (Ley 54, de 27 de diciembre de 2000³²). Otras normas que modificarían la Ley 8/1997 serían la Ley 29, de 3 de julio de 2001 (modificó varios artículos); la Ley 76, de 28 de diciembre de 2001 (modificó varios artículos); la Ley 4, de 16 de enero de 2004 (sobre normas de transición), y la Ley 60, de 11 de octubre de 2010 (modificó el régimen del SIACAP).

Con las leyes descritas arriba se completa, en esencia, el régimen histórico de la seguridad social en Panamá³³. En la actualidad, el sistema se rige, como ya veremos, por una nueva ley del 2005, que es la que se presenta someramente en este estudio.

2.2 Concepto de la justicia social y la dignidad, su relación con la Constitución y en particular el derecho a la seguridad social

La idea de *justicia social* alude a la igualdad de oportunidades y al reconocimiento de los derechos humanos, más allá del concepto tradicional de justicia legal. Está basada en la equidad y es imprescindible para que cada persona pueda desarrollar su máximo potencial y para lograr una sociedad y una convivencia pacíficas³⁴.

Existen algunas alusiones directas a la justicia social en la Constitución Política panameña vigente. La primera de ellas aparece en el preámbulo constitucional, que declara, entre sus fines, la promoción de la justicia social³⁵. Luego, ya en el articulado constitucional, se hace otra mención en el Título III, Capítulo 3º, sobre el trabajo, en el que se establece que la legislación

27 Véase Decreto de Gabinete N° 252, de 30 de diciembre de 1971. Gaceta Oficial N° 17040, publicada el 18-2-1972.

28 Véase Ley 15, de 31 de marzo de 1975. Gaceta Oficial N° 17830, publicada el 30-4-1975.

29 Véase Ley 16, de 31 de marzo de 1975. Gaceta Oficial N° 17830, publicada el 30-4-1975.

30 Véase Ley 8, de 6 de febrero de 1997. Gaceta Oficial N° 26641-A, publicada el 13-10-2010.

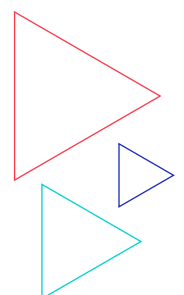
31 Véase Ley 24, de 27 de junio de 2000. Gaceta Oficial N° 24085, publicada el 29-6-2000.

32 Véase Ley 54, de 27 de diciembre de 2000. Gaceta Oficial N° 24209, publicada el 28-12-2000.

33 El recuento en detalles de todas las normas sobre seguridad social en Panamá puede verse en el estudio de R. Murgas Torrazza, ya citado: "La historia de la seguridad social en Panamá".

34 Ref. en <https://www.unicef.es/educa/dias-mundiales/dia-mundial-de-la-justicia-social#:~:text=La%20justicia%20social%20se%20basa,para%20una%20sociedad%20en%20paz>. En sentido similar, véase Encíclica *Quadragesimo anno*, citada en J. Sousa Lennox, *Introducción al derecho* (Panamá: Imprenta Universitaria, 1993), 43.

35 "Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, **promover la justicia social**, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá" (las negritas me pertenecen).





laboral debe basarse en la justicia social ³⁶ y, más adelante, en el Título X, sobre la economía nacional, se alude a la facultad de intervención del Estado en las empresas para lograr justicia social ³⁷.

Como veremos más adelante, no solo la Constitución Política panameña sitúa el derecho de la seguridad social en el Título III, sobre derechos y deberes individuales y sociales, sino que la propia Corte Suprema de Justicia (CSJ) panameña ha venido sosteniendo el carácter de derecho fundamental de la seguridad social, algo que, además, también tiene eco en la Corte Interamericana de Justicia. Se trata de una categoría de derecho que la doctrina relaciona con un elemento constitutivo de la dignidad de la persona humana.

2.3 Ratificación de tratados internacionales y su efecto en la materialización de los derechos constitucionales

De acuerdo al artículo 17 de la Constitución Política panameña: “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”. Este postulado reconoce un cúmulo mínimo de derechos fundamentales, tal cual los enumera la Constitución, pero los amplía, abriéndose paso la tesis de que “los derechos humanos previstos en tratados de derechos humanos tienen rango constitucional e, incluso, pueden ser tenidos como derechos fundamentales”, lo que a juicio de Jerónimo Mejía:

-
- pone fin a la discusión sobre el valor jerárquico de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos en Panamá y reafirma la obligación que tienen los operadores de justicia y demás autoridades del Estado de aplicar directamente las normas sobre derechos humanos, por ser normas autoaplicativas (*self executing*), así como la obligación que tienen los particulares de ajustar su conducta a los preceptos de derechos humanos.
-

De forma tal que –remata el autor–:

-
- El segundo párrafo del artículo 17 y el artículo 4° de la Constitución constituyen las normas de interacción e integración recíprocas del derecho internacional de los derechos humanos (universal o regional) y la Constitución, todo lo cual conforma un sistema de derechos debidamente tutelados, en el plano interno y en el internacional, y un bloque de constitucionalidad de derechos (Mejía 2013, 476).
-

Panamá ha ratificado una considerable cantidad de convenios de la OIT, sin embargo, en el tema de seguridad social, no ha sido el caso. Se trata de 80 convenios y un protocolo, de los cuales son convenios fundamentales: 8 sobre 8; convenios de gobernanza (prioritarios): 4 sobre 4; convenios técnicos: 68 sobre 178. De los 78 convenios y un protocolo ratificados por Panamá, 54 están en vigor, 13 han sido denunciados, 12 instrumentos han sido abrogados y 2 han sido

36 “ARTÍCULO 78. La Ley regulará las relaciones entre el capital y el trabajo, **colocándolas sobre una base de justicia social** y fijando una especial protección estatal en beneficio de los trabajadores” (las negritas me pertenecen).

37 “ARTÍCULO 284. El Estado intervendrá en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que establezca la Ley, **para hacer efectiva la justicia social** a que se refiere la presente Constitución y, en especial, para los siguientes fines: (...)” (las negritas me pertenecen).

ratificados en los últimos doce meses: el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129) y el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)³⁸.

El país ha ratificado cinco convenios sobre seguridad social, a saber: Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (núm. 12)³⁹; Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 17)⁴⁰; Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19)⁴¹; Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934 (núm. 42)⁴². Muy recientemente Panamá ha ratificado el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), el cual ya fue depositado en la OIT y entrará en vigor en marzo de 2023⁴³. Con la ratificación de este último convenio, Panamá ha actualizado uno de los aspectos sobre seguridad social de mucha relevancia en el país, aunque, valga mencionar, la mayoría de las normas que contiene tal convenio vienen reconocidas desde hace cincuenta años en el Código de Trabajo de 1972⁴⁴. No obstante, como veremos más adelante, es notable la incompleta perspectiva sobre la seguridad social exhibida por la Corte Suprema de Justicia panameña⁴⁵.

En materia de normas internacionales, la Constitución panameña establece en su artículo 4 que “La República de Panamá acata las normas del Derecho internacional”. Panamá ha suscrito la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁶, la cual establece la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. Así, declara su art. 26 que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Panamá, por acción y consecuencia de la Convención de Viena, ha consagrado la tesis que fundamenta la existencia y validez del derecho internacional en la voluntad unilateral del Estado, siguiendo la teoría de la autolimitación o autobligación del Estado (en atención al art. 4 constitucional, por el que se declara el acatamiento de la normativa internacional), lo que hace que el Estado “al obligarse a sí mismo por su propio sistema normativo, no puede impunemente violarla” (Camargo 1983, 80-81) –la norma internacional–. En consecuencia, la norma internacional no podrá ser desconocida por el derecho interno y tendrá prevalencia sobre este.

La Corte Suprema de Justicia panameña (en adelante CSJ o la Corte) ha tenido posiciones contradictorias sobre los convenios internacionales en el sistema de fuentes del derecho panameño. En tal sentido, en ocasiones la Corte ha expresado que en “un conflicto entre dos leyes, prevalece la ley que contiene un convenio internacional, ya que Panamá está obligada a acatar las normas del derecho internacional, tal como lo establece el artículo 4° de nuestra

38 Fuente: www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102792

39 Aprobado por medio de Ley 41, de 2 de febrero de 1967. Gaceta Oficial N° 15816, publicada el 3-3-1967.

40 Aprobado por medio de Ley 42, de 2 de febrero de 1967. Gaceta Oficial N° 15817, publicada el 6-3-1967.

41 Aprobado por medio de Decreto de Gabinete No 164, de 4 de junio de 1970. Gaceta Oficial N° 16622, publicada el 10-6-1970.

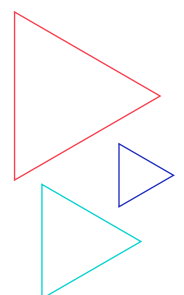
42 Aprobado por medio de Ley 57, de 15 de diciembre de 1958. Gaceta Oficial N°13737, publicada el 16-1-1959.

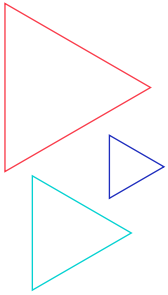
43 Aprobado por Ley 267, de 23 de diciembre de 2021. Publicada en Gaceta Oficial N° 29440C, de 23 de diciembre de 2021.

44 Estos son los convenios sobre seguridad social no ratificados por Panamá: Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), que cubre las nueve ramas de la seguridad social y establece normas mínimas para cada rama; Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130); Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168); Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128); Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121); Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118); Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157).

45 Panamá ratificó el Convenio núm. 167, sobre seguridad y salud en la construcción, de 1988, que en su art. 34 refiere a que “La legislación nacional deberá estipular que los accidentes y enfermedades profesionales se declaren a la autoridad competente dentro de un plazo”. Véase Ley N° 6, de 4 de enero de 2008. Gaceta Oficial N° 25955, publicada el 10-1-2008.

46 Véase Ley 17, de 31 de octubre de 1979. Gaceta Oficial N° 19.106, publicada el 7-7-1980.





Constitución”⁴⁷. Sin embargo, tal criterio jurisprudencial se ha visto desatendido, pues, a raíz de la sentencia de la CSJ de 25 de diciembre 1990, la Corte sostuvo que las normas de convenios internacionales, como los de la OIT, no son normas cuyo carácter o jerarquía jurídica sea especial, “porque dichos pactos formalmente solo tienen valor de Ley; carecen, pues, de jerarquía constitucional”⁴⁸. Valga adelantar que estas posiciones han sido superadas a raíz de la modificación del artículo 17 constitucional y el desarrollo o consolidación de la tesis sobre el control de la constitucionalidad que ha venido desarrollando la Corte, aunque de forma aún poco acabada. El tema se revisa más adelante (apartado 4.2).

Para que la norma internacional se entronque debidamente en el ordenamiento jurídico panameño, debe ser presentada a la Asamblea Legislativa, que solo podrá aprobar o desaprobado el convenio internacional en su totalidad, no permitiéndosele ningún tipo de modificación. El procedimiento que se debe cumplir, según el texto constitucional, para la aprobación de un convenio internacional, incluidos aquellos emanados de la OIT, es el siguiente: de acuerdo con el art. 159.3 constitucional, la Asamblea Legislativa es la facultada para aprobar o desaprobado los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo, quien las discutirá de acuerdo con la calidad de estos. En el caso de tratados internacionales, son normas de tipo orgánicas, según lo establecen los arts. 164 y 165 constitucionales. Luego de la aprobación en tres debates por la Asamblea Legislativa –art. 166 constitucional–, la ley se remite al Ejecutivo para su sanción y promulgación –arts. 168 y 169 constitucionales–; sanción y promulgación que, en defecto de lo anterior, podrá otorgar el presidente de la Asamblea Legislativa.

3. La justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución del país

Al examinar la idea de justicia social ya citada (apartado 2.2), podemos apreciar que, en tal sentido, la seguridad social es un componente casi imprescindible para el logro de tal justicia social. Veamos entonces, ahora, los distintos elementos de los que está compuesto el derecho constitucional a la seguridad social en Panamá y cómo este se articula con otros derechos conexos que, a la postre, van encaminados a la búsqueda de mayor justicia social.

3.1 Ámbito y alcance del derecho a la seguridad social en la Constitución

La Constitución panameña contempla los derechos relativos a la seguridad social en el Título III, de los derechos individuales y sociales, Capítulo 6º, sobre salud, seguridad social y asistencia social, lo que los sitúa dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Es posible identificar al menos cuatro elementos complejos que conforman el sistema constitucional de salud, seguridad y asistencia social en Panamá, en adición a lo que se refiere específicamente a la seguridad social, sobre lo cual es posible identificar sus elementos y principios informadores. Veremos el conjunto de tales elementos complejos, de acuerdo con el diseño constitucional y, además y de forma separada, los elementos y principios del sistema de seguridad social.

47 Véase SCSJ, de 7 de diciembre de 1990.

48 “Si bien es cierto que los Convenios N° 87 y N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Panamá pueden ser aplicables a los empleados públicos en materia de libertad sindical, no es menos cierto que aún si, en gracia de discusión, se admitiera que la Ley 25 de 1990 se opone a ello la consecuencia jurídica que seguiría no sería la inconstitucionalidad de la Ley 25 sino la obligación del Gobierno de Panamá de adecuar su legislación interna a lo dispuesto en dichos convenios internacionales, tal como los señalan éstos”. Criterio seguido en varias sentencias. Por todas, véase SCSJ, Pleno, 30 de diciembre de 1993; 25 de octubre de 1996; 3 de diciembre de 2008.

3.1.1 Principios constitucionales del sistema de seguridad social

Los principios de la seguridad social tienden a ser comunes a grupos de sistemas jurídicos institucionales. Quizás las diferencias entre sistemas comunes se sitúan en el nivel en que tales principios son consagrados, es decir, si se consagran en vía constitucional, legal, reglamentaria u otra. Es común encontrar como principios de la seguridad social clásica los principios de solidaridad, universalidad, integralidad, subsidiariedad e inmediatez⁴⁹. Veamos qué principios de estos son identificables en el *sistema constitucional* panameño.

El principio más claramente identificable en el derecho constitucional panameño lo constituye la **universalidad** del sistema, pues establece que “todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido”. También cuando enumera la cantidad de servicios, esto es, que “cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, invalidez, subsidios de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y las demás contingencias que puedan ser objeto de previsión y seguridad sociales”, establece claramente la universalidad tanto subjetiva (todos los sujetos) como objetiva (todas las prestaciones).

También es dable identificar la **integralidad** del sistema constitucional de seguridad social panameño, pues la propia norma se encarga de mencionar las consecuencias (necesidades) que puede cubrir el sistema, como son “enfermedad, maternidad, invalidez, subsidios de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y las demás contingencias...”. También contempla la norma la creación de “establecimientos de asistencia y previsión sociales” para brindar “rehabilitación económica y social de los sectores dependientes o carentes de recursos y la atención de los mentalmente incapaces, los enfermos crónicos, los inválidos indigentes y de los grupos que no hayan sido incorporados al sistema de seguridad social”⁵⁰.

Si bien los principios de **solidaridad**, central en el sistema de seguridad panameño, **subsidiariedad** e **inmediatez** no figuran de forma explícita en el texto constitucional, tales principios, y otros más, vienen contemplados en la ley orgánica que regula la seguridad social en Panamá⁵¹.

3.1.2 Elementos constitutivos del sistema constitucional de seguridad social

En adición a los principios constitucionales, es dable identificar los *elementos constitucionales* centrales que componen el sistema de seguridad social panameño. En tal sentido, en el sistema jurídico constitucional panameño es posible encontrar los elementos que se describen a continuación.

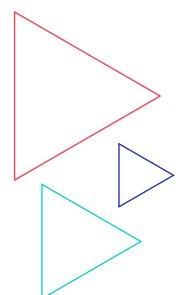
Se trata de un **derecho constitucional** que deviene en **fundamental**, básicamente, por el desarrollo jurisprudencial, lo que supone un valor tutelable a través de la vía de las instituciones de garantía, como el amparo de derechos constitucionales⁵², lo cual se ha declarado aplicando el

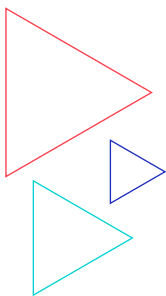
49 Véase una breve exposición de estos en Román Navarro Fallas, “El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en seguridad social”, *Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social* (10) 1 (2002): 13-18.

50 Confróntese el texto del artículo 113 constitucional, de forma completa.

51 En efecto, la Ley 51/2005, Orgánica del Seguro Social, establece en su artículo 3 una docena de principios que, de acuerdo a su propia declaración, deben regir la seguridad social en Panamá.

52 En tal sentido puede verse: Acción de amparo de garantías constitucionales, CSJ, Pleno, Resolución de 16 de septiembre de 2010. Ponente: Mag. Harley J. Mitchell D.





principio *favor libertatis*⁵³ o *in dubio pro libertate*⁵⁴, consagrado en el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución⁵⁵. Pero, además, por vía doctrinal, se reconoce el carácter indispensable de su contenido para el desarrollo pleno del ser humano.

Se perfila como un derecho de **todo individuo**, lo que alude a la *persona humana* y su connotación de miembro de la familia humana, por tanto, inherente a su dignidad, a su valor de persona⁵⁶. En otro sentido, en el texto constitucional también se reconoce la **universalidad** del derecho porque pertenece a toda persona humana, en condiciones de igualdad y no discriminación de ningún tipo.

Se trata de un **derecho subjetivo** y no programático, que puede ser exigido jurídicamente y cuyo bien jurídico tutelado corresponde a la **seguridad individual**; en otras palabras –tal como establece la norma–: “Todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos”. Y tal derecho es de orden **prestacional**, pues la seguridad social no supone atender la contingencia en sí misma –sin excluirla–, sino la necesidad económica que ella produce⁵⁷, de forma tal que sea satisfecha una necesidad, momentánea o permanente, que garantice una vida digna.

El derecho a la seguridad social se configura como un **derecho complejo**, integrado por diversos elementos, prestaciones, contingencias⁵⁸, que serán atendidas de forma **progresiva**⁵⁹ y **complementaria**⁶⁰ por el **Estado**, en el cual reside la exigibilidad de este derecho.

3.2 Principios constitucionales conexos

Existen algunos principios constitucionales que, por ser de general aplicación, también pueden ser esgrimidos en el sistema de seguridad social, como a continuación veremos; sin embargo, también pueden identificarse otros principios constitucionales cuya conexión en el sistema de relaciones laborales permite vincularlos con el sistema de seguridad social.

Los principios de general aplicación en el sistema jurídico, aplicables al sistema de seguridad social, son los principios de **igualdad de trato** y la **no discriminación**, que incluye la prohibición de otorgar fueros o privilegios. La igualdad de trato implica, como se sabe, otorgar trato igual

53 “Este principio en realidad supera la aplicación de una interpretación constitucional estrictamente literal o gramatical del texto o norma fundamental por parte del juez constitucional, especialmente cuando se trata de derechos y garantías, para ubicarlo, al juez, en una esfera interpretativa amplia, extensiva y expansiva; una esfera *pro homine*”. Véase Heriberto Araúz Sánchez, “El *favor libertatis* como regla de interpretación constitucional”, *Revista Ratio Legis* (1) 1 (2021): 15-39.

54 Este principio consiste “en que el juez debe aplicar de manera preferente la norma más favorable a la persona, aplicando el principio de favorabilidad”. Tanto el *favor libertatis* como el *in dubio pro libertate* son un desdoblamiento del principio *pro homine*. Véase Heriberto Araúz Sánchez, “El *favor libertatis* como regla de interpretación constitucional”.

55 Véase Acción de amparo de garantías constitucionales, CSJ, Pleno, Sentencia de 24 de febrero de 2010. Ponente: Mag. Alejandro Moncada Luna.

56 Texto parcial del artículo 113 constitucional: “Todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido”.

57 Texto parcial del artículo 113 constitucional: “(...) Los servicios de seguridad social serán prestados o administrados por entidades autónomas y cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, invalidez, subsidios de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y las demás contingencias que puedan ser objeto de previsión y seguridad sociales”.

58 Texto parcial del artículo 113 constitucional: “(...) El Estado creará establecimientos de asistencia y previsión sociales. Son tareas fundamentales de éstos la rehabilitación económica y social de los sectores dependientes o carentes de recursos y la atención de los mentalmente incapaces, los enfermos crónicos, los inválidos indigentes y de los grupos que no hayan sido incorporados al sistema de seguridad social”.

59 Texto parcial del artículo 113 constitucional: “(...) La Ley proveerá la implantación de tales servicios a medida que las necesidades lo exijan”.

60 Texto parcial del artículo 114 constitucional: “El Estado podrá crear fondos complementarios con el aporte y participación de los trabajadores de las empresas públicas y privadas a fin de mejorar los servicios de seguridad social en materia de jubilaciones”.

a quien tiene iguales condiciones, pero trato desigual a quien tiene condiciones desiguales. Es el artículo 20 constitucional ⁶¹ el que establece dicho principio en el ordenamiento nacional, el cual contempla los casos en que se podrá otorgar trato desigual e, incluso, la aplicación de la diferencia de trato a extranjeros. Este principio de igualdad de trato tiene su norma espejo en el sistema de relaciones laborales en el artículo 67 constitucional al consagrar el principio de igualdad salarial ⁶². Sin embargo, el principio de igualdad de trato del artículo constitucional puede ser desatendido en caso de contratación de extranjeros, tal cual lo dispone el artículo 76 constitucional ⁶³.

En cuanto a la prohibición de fueros, de privilegios y la no discriminación, es el artículo 19 de la Constitución Política nacional el que lo establece ⁶⁴. En todo caso, debe tenerse presente que el artículo 76 constitucional supone una limitación con posibles tintes discriminatorios con el trabajador extranjero; tema, sin embargo, sujeto a debate.

Existen otros tres principios laborales que pueden conectarse con los principios constitucionales de la seguridad social. Uno es la clásica **libertad de ejercer una profesión u oficio** ⁶⁵, que contempla la posibilidad de regular, entre otros, en temas de seguridad social. Otro es la libertad de trabajo, que se conecta con el **derecho y deber al trabajo** como condición necesaria de vida decorosa. En tal sentido, el artículo 64 constitucional impone la obligación de elaborar políticas económicas que produzcan condiciones para una existencia decorosa de los individuos ⁶⁶. Finalmente, es posible considerar que el sistema normativo laboral se ha concebido, de acuerdo al artículo 78 constitucional ⁶⁷, sobre la base de lograr la **justicia social y la protección especial hacia los trabajadores**. Este sistema se conecta con la seguridad social, especialmente en lo referido a la salud y seguridad de los trabajadores, tal como lo contempla el Título II, sobre riesgos profesionales –responsabilidad en materia de riesgos profesionales y prestaciones–, del Código de Trabajo de Panamá.

Por último, conviene señalar que en algunos sectores doctrinales se ha propuesto que ciertos principios del derecho del trabajo, como el principio tuitivo o de protección –con sus tres reglas de aplicación–, se consideren principios conexos a la seguridad social. Esto, en nuestra opinión, supone la aplicación de tal principio a relaciones a extramuros del derecho a la seguridad social e, incluso, del derecho de la seguridad social en cuanto derecho subjetivo y/o institución jurídica.

61 Texto del artículo 20 constitucional: “Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales”.

62 Texto del artículo 67 constitucional: “A trabajo igual en idénticas condiciones, corresponde siempre igual salario o sueldo, cualesquiera que sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, raza, clase social, ideas políticas o religiosas”.

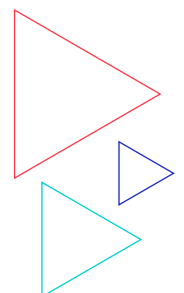
63 Texto del artículo 73 constitucional: “Se prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros que puedan rebajar las condiciones de trabajo o las normas de vida del trabajador nacional. La Ley regulará la contratación de Gerentes, Directores Administrativos y Ejecutivos, técnicos y profesionales extranjeros para servicios públicos y privados, asegurando siempre los derechos de los panameños y de acuerdo con el interés nacional”.

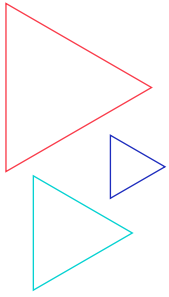
64 Texto del artículo 19 constitucional: “No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas”.

65 Texto del artículo 40 constitucional: “Toda persona es libre de ejercer cualquier profesión u oficio sujeta a los reglamentos que establezca la Ley en lo relativo a idoneidad, moralidad, previsión y seguridad sociales, colegiación, salud pública, sindicación y cotizaciones obligatorias. No se establecerá impuesto o contribución para el ejercicio de las profesiones liberales y de los oficios y las artes”.

66 Texto del artículo 64 constitucional: “El trabajo es un derecho y un deber del individuo, y por lo tanto es una obligación del Estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa”.

67 Texto del artículo 78 constitucional: “La Ley regulará las relaciones entre el capital y el trabajo, colocándolas sobre una base de justicia social y fijando una especial protección estatal en beneficio de los trabajadores”.





3.3 Derechos conexos a la seguridad social

En este apartado se revisan los derechos que se articulan, ya sea de manera directa o indirecta, tanto con el sistema de seguridad social constitucional como con el sistema e instituciones sociales del país que guardan conexión, directa o indirecta, con la seguridad social en Panamá. La Constitución, tal como se ha visto, trata dos derechos adicionales en conjunto con el derecho a la seguridad social. Estos derechos desarrollan materias que se conectan directamente con el sistema amplio de seguridad social del país.

3.3.1 Derechos constitucionales conexos directamente con la seguridad social

Es posible identificar los derechos constitucionales conexos directamente con el sistema de seguridad panameño en el Capítulo 6º, del Título III, constitucional, y se trata de materias que se desarrollan por medio de instituciones que se conectan directamente con el sistema amplio de seguridad social del país. Revisemos.

3.3.1.1 Política estatal de salud pública

La salud pública contiene un amplio articulado en la Constitución panameña. Consta de cuatro elementos centrales: se trata de una función estatal; son derechos reconocidos al individuo, lo que alude a ese carácter de persona humana con sus consecuencias; son reconocidos como derechos concretos y complejos y no como algo programático, y tienden al mantenimiento del bienestar, tanto físico como mental y social, lo que alude a la vida digna que busca la seguridad social ⁶⁸. También apela a la responsabilidad deber-derecho de la población de participar en la planificación, ejecución y evaluación de los programas de salud ⁶⁹.

La Constitución refuerza la función estatal de proveer salud, tanto preventiva como curativa y de rehabilitación, a la población, para lo cual debe encargarse de: establecer una política nacional de alimentación y nutrición; promover conocimiento sobre deberes y derechos en materia de salud y ambiente; garantizar con carácter de obligatorio la salud de la madre, la lactancia y la niñez, y combatir las enfermedades transmisibles. Asimismo, deberá crear establecimientos de salud integral y dispensa de medicamentos y ocuparse de la regulación y vigilancia de las condiciones de salud y la seguridad en los lugares de trabajo ⁷⁰.

68 Texto del artículo 109 constitucional: “Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social”.

69 Texto del artículo 116 constitucional: “Las comunidades tienen el deber y el derecho de participar en la planificación, ejecución y evaluación de los distintos programas de salud”.

70 Texto del artículo 110 constitucional: “En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:

1. Desarrollar una política nacional de alimentación y nutrición que asegure un óptimo estado nutricional para toda la población, al promover la disponibilidad, el consumo y el aprovechamiento biológico de los alimentos adecuados.
2. Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental.
3. Proteger la salud de la madre, del niño y del adolescente, garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia.
4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectiva o individualmente, a toda la población.

3.3.1.2 Política estatal sobre medicamentos, poblacional y de vivienda

Otro elemento íntimamente conectado con la seguridad social en Panamá es el referido a la obligación que tiene el Estado de crear una política de medicamentos que permita su acceso a toda la población. Tal política gubernamental debe contener lo referido a la producción, disponibilidad, accesibilidad, calidad y control de los medicamentos ⁷¹. Un segundo elemento es la política poblacional, enfocada en el desarrollo social y económico del país ⁷², con la responsabilidad de la Contraloría General de la República de elaborar el Censo Nacional y los estudios de población, los cuales sirven, al menos teóricamente, al Ministerio de Economía y Finanzas para tomar sus decisiones y desarrollar sus políticas. Hay también un tercer elemento referido a la política nacional de vivienda, la cual, si bien es de tipo general para toda la población, debe responder especialmente a los sectores de menor ingreso ⁷³. Esta política está a cargo del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, que es el competente para llevar a cabo tanto la dirección de los asuntos de vivienda como las políticas públicas sobre el tema.

3.3.2 Derechos constitucionales conexos indirectamente con la seguridad social

Vistos los derechos directamente conectados con la seguridad social, corresponde revisar los derechos que, a nuestro juicio, se complementan con el sistema de seguridad social panameño. Se trata de una serie de derechos constitucionales que, siendo de naturaleza distinta a la seguridad social, encuentran articulación y complementariedad con esta y están encaminados a lograr una mejor calidad de vida de los trabajadores y sus familias. De ellos se excluyen, por considerarse como parte integral del sistema de seguridad social, los derechos antes descritos (apartado 3.3.1).

3.3.2.1 Derecho al salario

El derecho al salario viene consagrado, en el artículo 65 constitucional, por medio de la institución del salario mínimo ⁷⁴. Tal institución persigue el lograr que el trabajador pueda satisfacer las necesidades normales de él y de su familia, de forma tal que pueda mejorar su nivel de vida. Tal institución propone, incluso, la metodología que se debe utilizar y dicta otras normas protectoras del salario, como la inembargabilidad de una parte –el mínimo– del salario ⁷⁵. Sin duda, el garantizar un salario mínimo para los trabajadores es una forma de asegurar unas

5. Crear, de acuerdo con las necesidades de cada región, establecimientos en los cuales se presten servicios de salud integral y suministren medicamentos a toda la población. Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos.

6. Regular y vigilar el cumplimiento de las condiciones de salud y la seguridad que deban reunir los lugares de trabajo, estableciendo una política nacional de medicina e higiene industrial y laboral”.

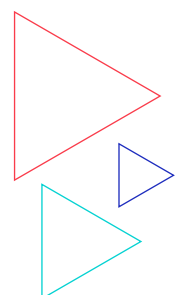
71 Texto del artículo 111 constitucional: “El Estado deberá desarrollar una política nacional de medicamentos que promueva la producción, disponibilidad, accesibilidad, calidad y control de los medicamentos para toda la población del país”.

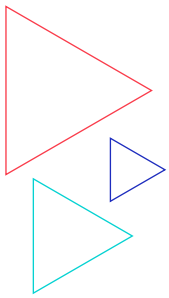
72 Texto del artículo 112 constitucional: “Es deber del Estado establecer una política de población que responda a las necesidades del desarrollo social y económico del país”.

73 Texto del artículo 117 constitucional: “El Estado establecerá una política nacional de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso”.

74 Texto del artículo 65 constitucional: “A todo trabajador al servicio del Estado o de empresas públicas o privadas o de individuos particulares se le garantiza su salario o sueldo mínimo”.

75 Texto del artículo 66 constitucional: “La Ley establecerá la manera de ajustar periódicamente el salario o sueldo mínimo del trabajador, con el fin de cubrir las necesidades normales de su familia, mejorar su nivel de vida, según las condiciones particulares de cada región y de cada actividad económica; podrá determinar asimismo el método para fijar salarios o sueldos mínimos por profesión u oficio. En los trabajos por tarea o pieza, es obligatorio que quede asegurado el salario mínimo por pieza o jornada. El mínimo de todo salario o sueldo es inembargable, salvo las obligaciones alimenticias en la forma que establezca la Ley. Son también inembargables los instrumentos de labor de los trabajadores”.





condiciones básicas de bienestar para el trabajador y su familia, lo que conecta con el título constitucional sobre el derecho a la salud, la seguridad y la asistencia sociales. El salario, como se sabe, es un presupuesto para realizar el cálculo del monto de las prestaciones de la seguridad social, entre ellas, la de retiro o pensión por vejez.

3.3.2.2 Protección de la maternidad

La normativa constitucional panameña ha consagrado, en el artículo 72, el conocido fuero de maternidad, además de la licencia por maternidad, tanto para el sector público como para el sector privado ⁷⁶. La figura contempla la duración del fuero contra despido injustificado por el tiempo del embarazo y hasta por un año después del parto, además de que la trabajadora goza del derecho a reintegro sin afectación de derechos. El pago de la licencia por maternidad se carga a la seguridad social, que, en el caso panameño, implica el pago del salario íntegro de la mujer trabajadora por espacio de 14 semanas.

3.3.2.3 Protección de la familia

Otro valor fuertemente resguardado por la Constitución Política panameña es el relativo a la protección de la familia y las instituciones vinculadas a ella, como el matrimonio y la maternidad. En tal sentido, el mandato constitucional no solo protege por medio de las instituciones mencionadas, sino que además obliga al Estado a desarrollar una protección para los menores, a quienes debe garantizar su derecho a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión social, además de proveer de protección a los ancianos, enfermos y desvalidos ⁷⁷. Este mandato se complementa con el artículo 62 constitucional, que contempla el mejoramiento social y económico de la familia y la protección del patrimonio familiar ⁷⁸. También con el artículo 63 constitucional, que contempla la creación de un organismo que proteja a la familia y que deberá promover la paternidad y maternidad responsables, brindar educación a los párvulos, así como proteger a menores, ancianos y personas en situación de riesgo social ⁷⁹.

76 Texto del artículo 72 constitucional: “Se protege la maternidad de la mujer trabajadora. La que esté en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo público o particular por esta causa. Durante un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho que le siguen, gozará de descanso forzoso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato. Al reincorporarse la madre trabajadora a su empleo no podrá ser despedida por el término de un año, salvo en casos especiales previstos en la Ley, la cual reglamentará, además, las condiciones especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez”.

77 Texto del artículo 56 constitucional: “El Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. La Ley determinará lo relativo al estado civil. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales. Igualmente tendrán derecho a esta protección los ancianos y enfermos desvalidos”.

78 Texto del artículo 62 constitucional: “El Estado velará por el mejoramiento social y económico de la familia y organizará el patrimonio familiar determinando la naturaleza y cuantía de los bienes que deban constituirlo, sobre la base de que es inalienable e inembargable”.

79 Texto del artículo 63 constitucional: “El Estado creará un organismo destinado a proteger la familia con el fin de:

1. Promover la paternidad y la maternidad responsables mediante la educación familiar.
2. Institucionalizar la educación de los párvulos en centros especializados para atender aquellos cuyos padres o tutores así lo soliciten.
3. Proteger a los menores y ancianos, y custodiar y readaptar socialmente a los abandonados, desamparados, en peligro moral o con desajustes de conducta.

La Ley organizará y determinará el funcionamiento de la jurisdicción especial de menores, la cual, entre otras funciones, conocerá sobre la investigación de la paternidad, el abandono de familia y los problemas de conducta juvenil”.

3.3.2.4 Derecho a la vida

Existen dos mandatos constitucionales que se encargan de ordenar la protección de la vida, la honra y los bienes de las personas. Por un lado, el artículo 17 constitucional se encarga de ordenar la protección de la persona y, como se ha expuesto arriba, conecta con el cúmulo de derechos fundamentales que el Estado panameño reconoce por medio de los convenios y pactos internacionales de derechos humanos que ha ratificado. Por otro lado, el artículo 30 constitucional consagra el respeto a la vida, aboliendo la existencia de la pena de muerte en el país ⁸⁰.

4. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

En lo relativo a la justiciabilidad de los derechos sobre seguridad social, Panamá ha dado competencia judicial, tanto laboral como administrativa, a las reclamaciones de esta naturaleza. De acuerdo con el art. 460-L del Código Judicial de Panamá, los juzgados seccionales de trabajo tienen competencia, en primera instancia, para conocer de “los procesos por riesgo profesionales establecidos en el Título II del Libro II del Código de Trabajo”. En tanto que, en materia administrativa, luego de que la autoridad administrativa resuelva los asuntos sometidos a su competencia, será la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral la que tendrá competencia para administrar justicia en asuntos sobre seguridad social.

4.1 Mecanismos de justiciabilidad

Tal como ya se ha señalado, “[e]s indudable que la existencia de organismos y de procedimientos judiciales, así como su accesibilidad a los potenciales demandantes constituyen garantías esenciales del respeto de los derechos reconocidos a los beneficiarios de prestaciones y a los cotizantes” (Voirin 1991, 14).

Los recursos utilizables para tutelar los derechos de la seguridad social son tanto de carácter ordinario como extraordinario. Resultan recursos ordinarios los establecidos tanto para la judicatura de trabajo, por medio de la demanda que establece el art. 553 del Código de Trabajo, como por el recurso de apelación de acuerdo con el art. 914 del Código de Trabajo; como, también, la vía gubernativa con el recurso de reconsideración y apelación, que contempla el art. 166 de la Ley de procedimiento administrativo de 2000 ⁸¹. Resultan recursos extraordinarios en la judicatura del trabajo tanto el de reconsideración –art. 911 del Código de Trabajo– como el de hecho –art. 932 del Código de Trabajo–. Resultan recursos extraordinarios en la vía gubernativa, por su parte, el recurso de hecho y el recurso de revisión administrativa –art. 166 de Ley 38/2000–.

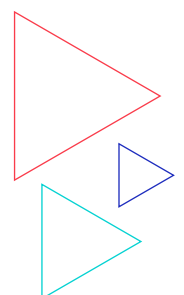
En la jurisdicción laboral de la Corte Suprema, puede utilizarse, como recurso extraordinario en la vía laboral, el de casación laboral, de acuerdo con el art. 926 del Código de Trabajo ⁸². En tanto que, en la vía contencioso-administrativa, son recursos ordinarios los de nulidad y de plena jurisdicción ⁸³.

80 Texto del artículo 30 constitucional: “No hay pena de muerte, de expatriación, ni de confiscación de bienes”.

81 Véase Ley 38, de 31 de julio de 2000. Gaceta Oficial N° 24109, publicada el 2-8-2000.

82 Para mayor detenimiento de los recursos en la vía laboral, véase Vasco Torres De León, *Curso de derecho procesal del trabajo* (Panamá: Papeles Laborales 6, s/e, 2003), especialmente cap. 9, 307 y ss.

83 Véanse arts. 26 (recurso de nulidad) y 27 (recurso de plena jurisdicción), de acuerdo a la Ley 33, de 11 de septiembre de 1946 (Gaceta Oficial N° 10113, publicada el 2-10-1946), que reformó la Ley 135, de 30 de abril de 1943 (Gaceta Oficial N° 9097, publicada el 12-5-1943).





Resulta interesante resaltar el criterio de la jurisprudencia constitucional panameña que ha dispuesto que, en virtud del principio *favor libertatis*, la seguridad social es un derecho humano de segunda generación, tutelable a través de la acción de amparo de garantías constitucionales. En tal sentido se ha pronunciado la Corte:

-
- En ese mismo sentido, el Pleno reconoce como prioritaria y urgente la aplicación del principio de precaución en aquellos casos en los que la salud pública y el ambiente se encuentren amenazados, y estima que, en efecto, los derechos humanos de segunda generación consagrados en el Capítulo VI (Salud, Seguridad Social y Asistencia Social), así como los de tercera generación consagrados en el Capítulo VII (Régimen Ecológico) del Título III (Derechos y Deberes Individuales y Sociales) de la Constitución, son susceptibles de tutela por vía de amparo, en virtud del ya mencionado principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertate*, consagrado en el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución ⁸⁴.
-

4.2 Control de constitucionalidad y jurisprudencia relevante de las autoridades judiciales

Tal como se adelantó más arriba, de forma más reciente, la Corte Suprema de Justicia panameña ha comenzado a desarrollar y aplicar la teoría del bloque de la constitucionalidad. Así pues, en dicha Corte se ha venido gestando y desarrollando una cada vez más fuerte posición que, siguiendo y amparándose en la modificación del artículo 17 constitucional (en 2004) ⁸⁵, los fallos y las posiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, ha concluido con la tesis del control de la convencionalidad en nuestro medio. Dicho control se realiza ya sea por medio de los tribunales ordinarios (control difuso) o por la propia Corte Suprema (tanto en la Sala de lo Contencioso Administrativo como en el Pleno).

4.2.1 Control constitucional de convenios internacionales de la OIT

De acuerdo con las opiniones vertidas por la CSJ panameña, las normas emanadas de la OIT no tienen la virtualidad de la *autoejecutividad*, de allí que sea necesario que tales normas internacionales sean introducidas en nuestro sistema jurídico a partir de una ley ⁸⁶. Un tanto de esto ha sucedido mediante el reconocimiento legal de algunos preceptos convencionales en las normas de trabajo, especialmente en el Código de Trabajo de 1972. En tal sentido, es posible seguir el hilo desarrollado por el legislador en varias instituciones de derecho colectivo e individual, así como en asuntos referidos a la inspección de trabajo ⁸⁷.

Visto el tema con mayor detalle, se evidencia cierta ambivalencia de la Corte en el tema analizado, es decir, aplicación indirecta o aplicación directa. Sin embargo, a mi juicio, es más importante, si se quiere, lo relativo a la aplicación de estas posiciones jurisprudenciales a las normas

⁸⁴ Véase Acción de amparo de garantías constitucionales, CSJ, Pleno, Sentencia de 24 de febrero, de 2010. Ponente: Mag. Alejandro Moncada Luna.

⁸⁵ Tal como se mencionó antes, con el cambio constitucional de 2004, se agregó un párrafo al artículo 17 constitucional referido a la calidad de aplicación directa de las normas internacionales. Véase J. Mejía, "Control de constitucionalidad y convencionalidad en Panamá", *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*, año XIX (Bogotá, 2013), 476.

⁸⁶ Por todas, véanse SCSJ, Pleno, de 23 de mayo de 1991; SCSJ, de 30 diciembre de 1993; SCSJ, de 3 de diciembre de 2008.

⁸⁷ Para una relación o un estudio de la influencia de distintos convenios de la OIT en la normativa interna, consúltese "Derecho internacional del trabajo. Una aproximación desde la normativa panameña", en H. Villasmil Prieto y otros, *Estudios de derecho internacional del trabajo. En homenaje al Prof. Dr. D. Rolando Murgas Torrazza* (Panamá: Universal Books, 2012): 519-598, esp. 527 y ss.

internacionales de fuente de la OIT. Esto debido al funcionamiento mismo de los mecanismos de control de normas de la OIT, y en especial la posición que las instancias que realizan tal control asumen, que nos llevan por otra senda, la cual pone en duda, no la pertinencia del más reciente desarrollo jurisprudencial en ese punto, sino la solidez del desarrollo jurisprudencial doctrinal. Veamos.

4.2.1.1 Bloque de constitucionalidad en lo laboral, en referencia a la posición de la CSJ con relación a los Convenios núms. 89 y 98

En años recientes la Corte ha venido endosando las normas internacionales del trabajo, de fuente de la OIT, al bloque de la constitucionalidad. Tal labor la inició en 2015 y la completó en 2017, con sendas sentencias que pasamos a examinar.

El primer pronunciamiento fue la Sentencia de Corte Suprema de Justicia (SCSJ), Pleno, de 30 de diciembre de 2015, en acción de inconstitucionalidad. Esta incluye de forma precisa el Convenio núm. 87, sobre el derecho de libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, de la OIT, al bloque de la constitucionalidad de Panamá.

Si bien por razones de espacio no se presenta la sentencia, vale la pena resaltar cuatro elementos que esta esgrime: 1) se trata de una norma internacional que contiene, o cuya naturaleza se refiere a, un derecho humano; 2) alienta la aplicación de las normas fundamentales laborales por los tribunales ordinarios; 3) supone una obligación compleja para el Estado; 4) fundamenta jurídicamente en los artículos 4, 17 y 79 constitucional tal doctrina, es decir, utiliza tanto la obligación constitucional de acatamiento del derecho internacional como la tesis de los derechos fundamentales innominados (o “abiertos” en lenguaje de la sentencia), tanto como por lo establecido en el artículo 17 (*novus*) como en el tradicional artículo 74 (ambos constitucionales) que establece el carácter de derecho mínimo de la normativa laboral⁸⁸.

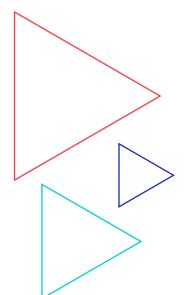
El segundo pronunciamiento fue la Sentencia de Corte Suprema de Justicia, Pleno, de 30 de agosto de 2017, en acción de amparo de garantías constitucionales, la cual incluye tanto el Convenio núm. 87 sobre el derecho de libertad sindical y protección del derecho de sindicación, así como el Convenio núm. 98 sobre derecho de sindicalización y negociación colectiva, de la OIT, al bloque de la constitucionalidad de Panamá.

Si bien la segunda sentencia es mucho más escueta, es posible resaltar los siguientes elementos:

1. Utilización indiferenciada entre la fundamentalidad del derecho y la cualidad de derecho humano (algunos autores diferencian los derechos fundamentales de los derechos humanos; en tanto que otros utilizan tales términos de forma indiferenciada, como hace la sentencia)⁸⁹. Quizá el resultado de esta distinción pueda generar un efecto de orden

88 La sentencia refuerza tal característica en una de sus partes, que dice así: “Igualmente, el artículo 79 constituye una cláusula abierta a favor de los derechos humanos de los trabajadores panameños al establecer de forma diáfana que ‘los derechos y garantías establecidos en este Capítulo serán considerados como mínimos a favor de los trabajadores’ abriendo la puerta para que instrumentos jurídicos de rango supranacional, aprobados por la República de Panamá, que establezcan garantías fundamentales a favor de los trabajadores resulten vinculantes a las luz del derecho interno panameño”.

89 No es materia de este escrito ahondar en este tema, si bien vale la pena consultar algunas consideraciones de la doctrina, aunque de forma muy sintética o resumida. Así: “Dicho de otro modo, tal como se examinará a continuación, la doctrina constitucional, particularmente en América Latina, distingue entre derechos fundamentales y derechos humanos, sosteniendo, en términos generales –como se verá–, que no todos los derechos humanos son derechos fundamentales, sólo son derechos fundamentales los que la Constitución considera como tal” (Véase G. Aguilar Cavallo, “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (43) 127, enero-abril de 2010; “La distinción que acabamos de hacer hunde sus raíces en la doctrina alemana que recoge Eduardo Aldunate [Eduardo Aldunate Lizana, *Derechos fundamentales* (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008): 47]: La identificación entre derechos fundamentales con derechos consagrados positivamente en la Constitución corresponde precisamente a la Ley Fundamental de Bonn: los *Grundrechte* (literalmente, derechos fundamentales) son, precisamente, los derechos garantizados por dicha Ley Fundamental. Esto facilita las cosas a la doctrina alemana ya que, para el tratamiento del tema sólo recurre, en general, a dos categorías: derechos humanos (*Menschenrechte*) y





práctico nada despreciable, pues la tutela de un derecho fundamental es mayor que la de otro derecho “no fundamental”⁹⁰. En todo caso, como se anotó unos párrafos arriba, la Corte panameña parece asumir la utilización indiferenciada de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, aunque, y a pesar de que, como anota Aguilar Cavallo:

-
- De las posiciones doctrinales precedentes, en términos generales y salvo algunos autores, la tendencia es considerar que los derechos fundamentales tienen como fuente formal de producción y garantía la Constitución o, al menos, son aquellos que gozan de recepción positiva y garantía en la Constitución, a diferencia de los derechos humanos, los cuales tendrían como fuente de producción el derecho internacional, con la consecuente diversa fuerza vinculante al interior del Estado, o bien, los cuales representan meros valores morales o aspiraciones éticas consensuadas por la comunidad internacional (Aguilar Cavallo 2010)⁹¹.
-

2. Los derechos reconocidos son susceptibles de regularse. Se establece que es dable establecer una regulación tendente al cumplimiento de ciertas formalidades para su uso y disfrute respeto al orden público y la tutela judicial del derecho, incluido el derecho al debido proceso.

4.2.1.2 La posición de la Corte sobre convenios sobre seguridad social

La Corte panameña no ha utilizado convenios internacionales sobre seguridad social para valorar la constitucionalidad de normas y actuaciones de autoridades nacionales en lo relativo a esta materia. Sin embargo, sí ha tenido ocasión de citar instrumentos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales como fundamento de una tutela judicial de la salud de las personas. En tal sentido, la Corte ha expresado: “(...) el Estado tiene la obligación de garantizarle a toda persona un nivel de vida adecuado, entiéndase, con acceso a las condiciones necesarias para tener una vida con el más alto bienestar posible de disfrute de salud física y mental, tal como lo disponen los artículos 11.1 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante Ley 13 de 27 de octubre de 1976, que expresan (...)”⁹².

derechos fundamentales (*Grundrechte*). A partir del texto de la Constitución de 1978 (título I, ‘De los derechos y deberes fundamentales’), la doctrina española ha acogido este mismo sentido para la expresión”. Véase <https://lpderecho.pe/diferencia-derechos-humanos-derechos-fundamentales/>.

90 Fíjese, por ejemplo, con lo que puede ser considerado a propósito del derecho de negociación colectiva que reconoce el Convenio núm. 98 de la OIT, pero que no lo establece el texto constitucional panameño y, por el otro lado, el derecho de huelga, que no lo establecen los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT, pero que sí se consagran en el texto constitucional panameño. Si asimilamos derecho humano con derecho fundamental, los tres derechos estarían protegidos; en cambio, si hacemos la diferencia entre derecho humano y derecho fundamental, resultarían protegidos el derecho de libertad sindical y de huelga, mas no el derecho de negociación colectiva. En consecuencia, un amparo de garantías constitucionales sería oponible frente a los dos o tres derechos, dependiendo del criterio aceptado.

91 Valga anotar que el autor citado no comparte esta posición al sostener: “En este contexto, nosotros plantearemos que, desde la perspectiva interna de los Estados, debería ponerse fin a esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, con el objetivo de adoptar una visión integradora de estos derechos. En primer lugar, porque –como ha señalado recientemente el profesor Gros Espiell en el seminario internacional ‘Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina’–, todos los derechos humanos son derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, porque esta distinción contribuye a generar más perjuicios que beneficios para el cumplimiento de los objetivos de valor constitucional como es la salvaguarda de la integralidad de la persona humana, individual y colectivamente considerada”. Véase G. Aguilar Cavallo, “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, especialmente II.2.

92 Véase Acción de amparo de garantías constitucionales, CSJ, Pleno, Sentencia de 29 de diciembre de 2020. Ponente: Mag. Angela Russo de Cedeño.

En adición a lo anterior, algo mucho más llamativo ha venido realizando la Corte panameña consistente en –so pretexto de proteger el derecho constitucional al trabajo– ignorar el texto tanto del artículo 26.3 del Convenio núm. 102, sobre la seguridad social, de 1952, como el art. 31, del Convenio núm. 128, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967, en lo relativo a la articulación del derecho al trabajo con las prestaciones de vejez que ha dictado la OIT.

Como se podrá apreciar al revisar la jurisprudencia sobre el tema⁹³, la CSJ panameña no funda el derecho a la pensión por vejez como una extensión del derecho al trabajo, sino como un “derecho adquirido” que le permite al interesado acceder al derecho a la pensión y seguir trabajando. Algo que no parecería demasiado impensable si no se tratara de dos sueldos que debe proporcionar el Estado en el caso de los funcionarios del sector público. Pero lo más relevante de la sentencia es que no solo no aplica las normas internacionales sobre seguridad social, que serían las naturalmente aplicables, sino que, además, aplica normas internacionales no aplicables a la figura que contiene la situación de hecho; figura que es ampliamente entendida y asimilada en los sistemas de relaciones laborales del mundo⁹⁴.

Valga traer a colación lo señalado por la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, en conclusiones de uno de sus eventos académicos, en el sentido de que:

-
- ▶ En el proceso de Constitucionalización de la Seguridad Social, los jueces continúan desempeñando un papel fundamental en la identificación, el desarrollo y reconocimiento de los derechos sociales. Este proceso no solo viene determinado por las disposiciones de las constituciones formales de los países iberoamericanos, sino que provienen de la garantía material de los derechos fundamentales que son incorporados a la par de los derechos y garantías expresamente reconocidos, conformando el bloque de constitucionalidad⁹⁵.
-

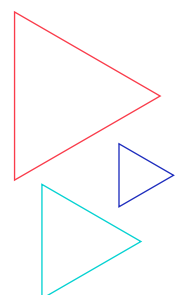
4.2.2 Criterios jurisprudenciales constitucionales más relevantes

De la jurisprudencia constitucional en materia de seguridad social, resultan algunos criterios que, a continuación, detallamos, sin perjuicio de la existencia de otro cúmulo de criterios jurisprudenciales de tipo contencioso-administrativo e, incluso, de origen judicial internacional, que dan cuenta de lo más relevante referido al derecho de la seguridad social. Es posible identificar cuatro áreas en las que la jurisprudencia nacional se ha manifestado y destacar, también, algunos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que complementan tales criterios y otro más. Veamos.

93 Véase Advertencia de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, sentencia de 27 de marzo de 2002 con relación a SCSJ, Pleno, de 25 de noviembre de 2021.

94 Y es que en los regímenes laborales alrededor del mundo “[t]radicionalmente la jubilación ha sido un acto voluntario del trabajador, pero es más frecuente, por razones conectadas con la **política de empleo** y la gestión de los recursos humanos, que mediante convenio colectivo se establezca jubilación forzosa a cierta edad, que es la regla en la función pública”. De allí que se ensayen figuras como la jubilación parcial que es la “[R]edución gradual de las horas de trabajo como vía previa a la **jubilación** completa u ordinaria. Facilita al trabajador la transición desde la vida activa a la vida de retirado (jubilación gradual) y al mismo tiempo permite la inserción laboral de nuevos trabajadores, especialmente jóvenes” (las negritas pertenecen al original). Véase A. Martín Valverde y J. García Murcia, *Glosario de Empleo y Relaciones Laborales* (Madrid: Oficina de publicaciones oficiales de la Unión Europea, Ediciones Mundi-Prensa, 1998): 150-151.

95 Véase Conclusiones del III Seminario Iberoamericano sobre la Constitucionalización de la Seguridad Social, realizado los días 13 y 14 de mayo de 2019, en Santo Domingo, República Dominicana.





4.2.2.1 Sobre igualdad de derechos y proscripción de discriminación por razón de sexo

En términos generales, la jurisprudencia constitucional panameña ha declarado el derecho a trato igualitario por razón de sexo, en el caso específico de reconocer las prestaciones de la seguridad social a convivientes del asegurado, sin importar el sexo del asegurado y del beneficiario.

Además, la Corte Interamericana de Justicia ha dictado criterios más allá del trato igualitario, en cuanto al aspecto de la proscripción de trato discriminatorio por motivos de sexo, específicamente en cuanto a la orientación, preferencia e identidad sexual. Veamos el significado de las sentencias citadas:

- **Dependientes. Igualdad de derechos para cónyuges y convivientes.** La Corte declara que las frases contenidas en el numeral 1 y último párrafo, del artículo 138, de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social permiten un trato desigual y discriminatorio en contra del sexo masculino, creando fueros y privilegios en favor de las mujeres. En tal sentido, se reconoce que los cónyuges varones pueden ser beneficiarios de las prestaciones médicas que concede la Caja de Seguro Social (C.S.S.), tanto los cónyuges como los convivientes en unión libre de los asegurados y las aseguradas por igual, sin importar el sexo de estos (ver la Acción de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, Sentencia de 28 de mayo, de 2014. Ponente: Mag. Oydén Ortega Durán).

La Corte Interamericana de Justicia ha dado un paso adicional en materia de igualdad de trato (y su correlato, la no discriminación) y no discriminación por razón de sexo, estableciendo que no puede haber diferencia de trato o discriminación entre personas del mismo sexo. Veamos:

- **Pensión, derecho a la. No discriminación por orientación/preferencia/identidad sexual.** La Corte establece que el derecho a pensión (viudez) no puede ser afectado por la orientación sexual, preferencia sexual o identidad de género de la persona, pues, de lo contrario, se violaría el derecho a no discriminación (ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Duque VS. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Mag. Presidente: Roberto F. Caldas).

Posición que la Corte Interamericana ha reiterado, incluso declarando como práctica discriminatoria la existencia de normativa que viole el trato igual en esta materia, así:

- **Seguridad social. Proscripción de discriminación por orientación sexual de la persona.** La Convención Americana sobre Derechos Humanos proscribe toda disminución, discriminación, restricción y/o negación de acceso a los derechos establecidos en ella, entre ellos el acceso al régimen de seguridad social con motivo de las preferencias sexuales de las personas (ver sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Duque VS. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Mag. Presidente: Roberto F. Caldas).

4.2.2.2 Sobre la finalidad, objetivos, función, naturaleza y temas afines de la seguridad social

Un segundo elemento abordado, muy ampliamente, por la Corte Suprema de Justicia panameña es lo relativo a lo que entiende por la finalidad, objetivos, función y naturaleza de la seguridad social en Panamá, a la luz de lo establecido en la norma legal y constitucional.

En este tema, también es posible citar criterios vertidos por la Corte Interamericana de Justicia, al hablar de los elementos constitutivos de la seguridad social. Veamos:

- **Seguridad social. Finalidad del papel en la sociedad.** La finalidad de la seguridad social es la satisfacción de necesidades sociales derivadas de las contingencias o riesgos

que pueden sufrir los individuos que componen la sociedad en general (ver Acción de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, Sentencia de 28 de junio de 2019. Ponente: Mag. Harry Alberto Díaz González).

- ▶ **Seguridad social. Naturaleza jurídica de las cotizaciones.** Los aportes en concepto de seguridad social constituyen contribuciones especiales como una modalidad de tributo, cuya obligación tiene, como hecho generador, beneficios nacidos de la ejecución de obras públicas o de actividades estatales (ver sentencia de advertencia de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, Sentencia de 10 de marzo de 2009. Ponente: Mag. Oydén Ortega Durán).
- ▶ **Seguridad social. Rol y finalidad.** La seguridad social en Panamá está concebida como un instrumento de satisfacción de necesidades sociales de los individuos, cuyo carácter es contributivo (ver sentencia de Acción de plena jurisdicción, CSJ, Sala 3ª, Sentencia de 14 de agosto de 2009. Ponente: Mag. Hipólito Gill Suazo).
- ▶ **Seguridad social. Objeto y propósito de la.** La seguridad social tiene como objetivo garantizar los medios económicos de subsistencia y su propósito es la elevación del nivel de salud y calidad de vida de la población asegurada (ver sentencia de Acción de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, Sentencia de 28 de mayo de 2014. Ponente: Mag. Oydén Ortega Durán).
- ▶ **Seguridad social. Entendimiento, finalidad y objetivo de la.** La seguridad social es un instrumento tendente a la satisfacción de las necesidades de los individuos, que redistribuye riqueza y brinda protección básica ante riesgos y contingencias sociales (ver sentencia de Advertencia de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, de 14 de mayo de 2018. Ponente: Mag. Abel Augusto Zamorano).
- ▶ **Seguridad social. Función de la.** La seguridad social es un mecanismo que busca garantizar y asegurar los medios económicos para la subsistencia del asegurado (ver sentencia de Acción de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, de 5 de abril de 2004. Ponente: Mag. Winston Spafadora Franco).

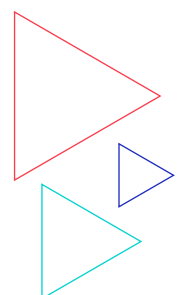
Por su parte, la Corte Interamericana de Justicia se ha pronunciado de cara a identificar los elementos constitutivos de la seguridad social e incluso adoptó la definición que de esta ha establecido la propia OIT.

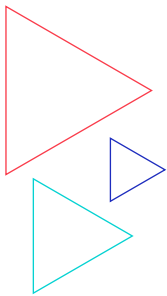
- ▶ **Seguridad social, derecho a la. Elementos constitutivos // Definición dada por la OIT.** La seguridad social debe ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso, y busca proteger al individuo de contingencias futuras. La definición adoptada por la OIT permite a la Corte desentrañar el contenido y las obligaciones del derecho (ver sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Muelle Flores VS. Perú. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Mag. Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot).

4.2.2.3 Sobre la seguridad social como un derecho humano o fundamental

Uno de los elementos centrales que ha asumido la Corte Suprema de Justicia panameña es la asimilación del derecho a la seguridad social como un derecho fundamental. Algo que, por lo demás, viene también revalidado por la Corte Interamericana de Justicia. Veamos:

- ▶ **Seguridad social. Derecho fundamental.** El derecho a la salud, la seguridad social y la asistencia social son considerados derechos fundamentales susceptibles de tutela constitucional mediante la acción de amparo de garantías constitucionales (ver sentencia de Acción de amparo de garantías constitucionales, CSJ, Pleno, Resolución de 16 de septiembre de 2010. Ponente: Mag. Harley J. Mitchell D; ver, también, Acción de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, Sentencia de 28 de mayo de 2014. Ponente: Mag. Oydén Ortega Durán).





- ▶ **Seguridad social. Derecho humano de segunda generación.** La seguridad social es un derecho humano de segunda generación tutelable a través de la acción de amparo de garantías constitucionales, en virtud del principio *favor libertatis* (ver sentencia de Acción de amparo de garantías constitucionales, CSJ, Pleno, Sentencia de 24 de febrero de 2010. Ponente: Mag. Alejandro Moncada Luna).
- ▶ **Seguridad social. Garantía fundamental.** La seguridad social es una garantía fundamental que impone al Estado panameño garantizar salud, seguridad y asistencia social a los asegurados, a través del sistema de servicios de salud que brinda la Caja de Seguro Social (ver sentencia de Acción de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, Sentencia de 28 de mayo de 2014. Ponente: Mag. Oydén Ortega Durán).

Valga traer a colación lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la naturaleza fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales y la forma progresiva en que los Estados pueden implementarlos. Afirmar la Corte:

- ▶ **Derechos económicos sociales y culturales. Calidad de derechos fundamentales y progresividad en su implementación.** La Corte Interamericana declara la naturaleza fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, y que los Estados los podrán reconocer de forma progresiva, de acuerdo con sus condiciones económicas y financieras (ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Sentencia de 1.º de julio de 2009. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Mag. Presidente: Cecilia Medina Quiroga)⁹⁶.

4.2.2.4 Sobre el derecho al pago de pensión por vejez

En Panamá se ha discutido bastante la configuración y el reconocimiento del derecho a la pensión por vejez o retiro laboral. Tal discusión ha venido determinada por la existencia de normas legales o estatutarias que establecieron, en distintas ocasiones, que las personas que tenían edad de retiro, para poder acogerse a la pensión de vejez, debían separarse de su puesto de trabajo. Incluso, en circunstancias relacionadas, se ha declarado que aplicar una edad para retirar a profesores universitarios, ya jubilados, resultaba contrario al derecho al trabajo, al trato igualitario y al principio de no discriminación.

- ▶ **Seguridad social. Elementos que determinan el derecho al pago de pensión de vejez.** La pensión por vejez se reconoce al alcanzarse tanto el número determinado de aportaciones, así como la edad establecida en la ley de seguridad social y no exige el cese de labores (ver sentencia de Acción de plena jurisdicción, CSJ, Sala 3.ª, de 23 de octubre de 2015. Ponente: Mag. Abel Augusto Zamorano).
- ▶ **Retiro por jubilación. El retiro por jubilación no es causal de terminación de la relación de trabajo.** En un giro de la jurisprudencia, esta declara que retirar a un funcionario

⁹⁶ Valga traer a colación la observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas respecto al tema: “El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo” (Naciones Unidas, CDESC, Observación General N° 3. E/1991/23, 14 de diciembre de 1990).

administrativo por acogerse a su derecho a jubilación es violatorio del derecho constitucional al trabajo, pues este es un derecho adquirido (ver sentencia de inconstitucionalidad, del Pleno, de 6 de diciembre de 2019. Ponente: Olmedo Arrocha).

- ▶ **Retiro por 75 años. No es viable la terminación de la relación de trabajo por cumplir una edad determinada.** De acuerdo con la Corte, el retiro del profesor universitario, por haber cumplido 75 años, es violatorio de los derechos constitucionales al trabajo, el principio de igualdad de trato y el principio de no discriminación (ver sentencia de inconstitucionalidad, Pleno, de 25 de noviembre de 2021. Ponente: Carlos Vásquez).

Valga traer a colación lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al conocer sobre el derecho de seguridad social y, específicamente, sobre la pensión por vejez. Afirma la Corte:

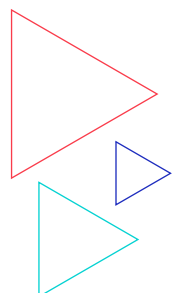
- ▶ **Pensión por vejez. Naturaleza, finalidad y contenido.** La pensión por vejez está basada en contribuciones del trabajador, cuya finalidad es satisfacer las necesidades económicas para quien ha dejado de trabajar siendo, en tal sentido, una especie de salario diferido o derecho adquirido derivado de tales contribuciones (ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Muelle Flores vs. Perú. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Mag. Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot).

4.2.2.5 Sobre el contenido normativo del derecho a la seguridad social, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Vale la pena exponer un extracto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que, asumiendo los criterios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), ha establecido lo que contiene el derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

Seguridad social, derecho a la. Elementos normativos fundamentales del. El corpus desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) ha establecido el contenido esencial normativo de la seguridad social:

-
- ▶ 187. De igual forma, la Observación General No. 19 del Comité DESC ha establecido el contenido normativo del derecho a la seguridad social y destacó que incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales. En cuanto a sus elementos fundamentales destacó los siguientes:
 - a. *Disponibilidad:* el derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, con independencia de que esté compuesto de uno o varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate (...).
 - b. *Riesgos e imprevistos sociales:* debe abarcar nueve ramas principales, a saber: i) atención en salud; ii) enfermedad; iii) vejez; iv) desempleo; v) accidentes laborales; vi) prestaciones familiares; vii) maternidad; viii) discapacidad, y ix) sobrevivientes y huérfanos (...).
 - c. *Nivel suficiente:* las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud (...).





d. *Accesibilidad*: la cual a su vez incluye: i) cobertura (...) ii) condiciones (...) iii) asequibilidad (...) iv) participación e información (...) y v) acceso físico (...).

e. *Relación con otros derechos*: el derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos económicos, sociales y culturales. (Extracto de sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Muelle Flores vs. Perú. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Mag. Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot).

5. Legislación infraconstitucional (o políticas públicas) para la concreción del derecho a la seguridad social y la materialización de la justicia social

Como se ha visto, el fundamento constitucional de la seguridad social en Panamá se encuentra en el artículo 113 de la Constitución Política, siendo el ente regulador de la seguridad social pública, concordantemente, la Caja de Seguro Social. Esta fue creada mediante Ley 23, de 21 de marzo de 1941, “como un organismo de previsión social”, a cuyo cargo estará “el seguro social en favor de los contribuyentes”, tal cual se dispuso en sus artículos 4 y 1, respectivamente. Esta ley –que nació durante el primer tercio de la Segunda Guerra Mundial– entró en vigor el mismo día de su publicación en la Gaceta Oficial N° 8461, es decir, el 31 de marzo de 1941, razón por la cual en esa fecha se celebra en Panamá el día de la seguridad social.

La legislación actual de la seguridad social corresponde a la Ley 51, de 27 de diciembre de 2005⁹⁷, que tuvo un origen muy accidentado, pues previamente se había aprobado la Ley 17, de 1.º de junio de 2005. Esta había provocado un enardecido rechazo popular y tuvo que suspenderse su aplicación, lo que sucedió mediante la Ley 23, de 30 de junio de 2005; estremeciendo, incluso, la permanencia misma del gobierno que impulsó la norma⁹⁸. Adicionalmente, el sistema de seguridad social panameño contempla una serie de normas que brindan una protección complementaria a diversos sectores de la población que no califica para los subsidios de jubilación o retiro. Veamos.

5.1 Ley 51/2005 de seguridad social y sus modificaciones

En su momento, la propia CSJ se hizo eco del accidentado proceso de aprobación de la normativa actual de la seguridad social, afirmando que

- (...) no está demás (sic) recordar que las disposiciones que han regido la seguridad social sufrieron, en estos últimos años, una serie de modificaciones y suspensión de sus efectos, entre otros fenómenos jurídicos. Conviene recordar que la evolución de estas normas, nacen principalmente con el Decreto Ley N° 14 de 1954, posteriormente y de manera más reciente, esta normativa fue subrogada en atención a lo estipulado en el artículo 187 de la Ley 17 de 2005 que entraría a regir el 2 de junio de 2005, no obstante ello, se dictó la Ley 23 de 30 de junio de 2005, la cual entró en vigencia el día 5 de julio de dicho año, pero que en otro de sus articulados suspendió la Ley 17/2005 desde el día en que

⁹⁷ Véase Ley 51, de 27 de diciembre de 2005. Gaceta Oficial N° 28183, publicada el 22-12-2010.

⁹⁸ “El presidente de Panamá, Martín Torrijos, se enfrenta a las mayores protestas de su mandato por el proyecto de reforma de la seguridad social, rechazado por los sindicatos, la oposición y los empresarios, que convocaron una manifestación el miércoles en Ciudad de Panamá (en la imagen). La marcha acabó con enfrentamientos entre la policía y los manifestantes, que se saldaron con 27 heridos y 200 detenidos”. Véase *El País*, edición digital del 26 de mayo de 2005.

entraría en vigencia, y dejaba subsistente el Decreto Ley N° 14 de 1954. Posteriormente los efectos de la Ley 23/2005, fueron extendidos hasta el 31 de diciembre de 2005, por medio de la Ley 32 de ese mismo año, luego de lo cual entraría a regir desde enero del 2006, la nueva Ley 51 de 2005 ⁹⁹.

En adición a la Ley 51/2005, hubo reformas con la Ley 2, de 8 de enero de 2007, referida a aumento de pensiones, incluso por incapacidad absoluta producto de riesgos profesionales y, además, regula el establecimiento de un subsistema mixto ¹⁰⁰. Luego se dictó la Ley 12, de 8 de enero de 2012, sobre irrenunciabilidad e inembargabilidad de los subsidios y las pensiones, y, finalmente, la Ley 70, de 6 de septiembre de 2011, que aumentó los montos de las pensiones por vejez.

En adición a lo señalado arriba, es necesario precisar que la Ley 51/2005 ha sido afectada por los tres poderes del Estado. En tal sentido se han dictado normas reformativas, controles constitucionales y reglamentaciones, así: (i) declaratorias de inconstitucionalidades –por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (Poder Judicial)–; (ii) modificaciones propiamente tales y adiciones –por conducto de leyes formales expedidas por la Asamblea Nacional (Poder Legislativo)–, y (iii) reglamentaciones específicas para su mejor cumplimiento –mediante decretos ejecutivos dictados por el Órgano Ejecutivo–. En ese sentido, y a falta de un texto único oficial (que contemple de manera ordenada y con numeración corrida todo su articulado), su versión actualizada comprende lo declarado en las Sentencias de 23 de mayo de 2006, de 28 de mayo de 2014 (ambas de naturaleza reformativa) y la de 25 de marzo de 2015; las modificaciones impetradas por la Ley 2 de 2007 y la Ley 70 de 2011, así como las adiciones formuladas por la Ley 45 de 2017; y la reglamentación del Decreto Ejecutivo 117 de 2008.

5.1.1 Los principios consagrados en la Ley 51/2005 de seguridad social

Como mencionamos arriba, la propia Ley 51/2005 dicta una serie de principios sobre los cuales se desarrolla la seguridad social en Panamá. Tales principios están contemplados en el art. 3 de dicha ley y son: 1) carácter público de la institución; 2) solidaridad; 3) universalidad; 4) unidad; 5) integralidad; 6) equidad; 7) obligatoriedad; 8) participación; 9) equilibrio financiero; 10) subsidiariedad; 11) eficiencia; 12) transparencia. Estos principios son conceptualizados en la propia ley.

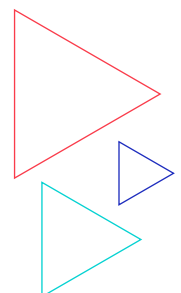
5.1.2 Estructura de contenidos de la Ley 51/2005 sobre seguridad social

La Ley 51, en su texto íntegro, comprende 251 artículos repartidos en 4 títulos, de los cuales el primero se denomina “Disposiciones generales”; el segundo, “Riesgos”; el tercero, “Fondo fiduciario a favor de la Caja de Seguro Social”; y el último, “Disposiciones transitorias y finales”. Veamos los principales enunciados de tales títulos.

El Título I sobre “Disposiciones generales”. Establece un glosario de términos y señala la naturaleza jurídica y los fines del ya mencionado ente regulador de la seguridad social pública

99 Véase Acción de inconstitucionalidad, CSJ, Pleno, Sentencia de 23 de mayo de 2006. Ponente: Mag. Alberto Cigarruista Cortez.

100 De acuerdo con el art. 154 de la Ley 51/2005, existe un régimen compuesto de dos subsistemas: a. un régimen de beneficio definido, bajo régimen financiero actuarial de reparto de capitales de cobertura, y; b. un subsistema mixto, con un componente de beneficio definido, bajo régimen financiero actuarial de reparto de capitales de cobertura, para los ingresos hasta 500 dólares de los Estados Unidos mensuales y un componente de ahorro personal, bajo régimen financiero de cuenta individual, sobre los ingresos que excedan los 500 dólares de los Estados Unidos mensuales. La pertenencia a uno u otro sistema lo establece el art. 155 de la misma ley y hace recaer la diferencia en la entrada en vigor de la norma y la edad, así: el régimen de beneficio definido será para los que al 1.º de enero de 2006 tengan más de 35 años –esencialmente– y el régimen mixto será para los que al 1.º de enero de 2006 tengan 35 o menos y opten por entrar a este y los que entren por primera vez al régimen de seguridad social a partir de esa fecha.





en Panamá y recalca su condición de **institución de derecho público**. Pero más importante aún es que le confiere un valor esencial para su desenvolvimiento en el aparato estatal, es decir, **goza de autonomía** tanto en lo administrativo, funcional, económico y financiero, con personería jurídica y patrimonio propio, lo que le permite administrar su propia hacienda y mantenerla independiente a la del Gobierno central; establece su **carácter público**, además de contener los principios ya mencionados antes. Otros aspectos resaltan la facultad de **jurisdicción coactiva** para el cobro de todas las sumas que deban ingresarle por cualquier concepto y, finalmente, **prohíbe explícitamente a la Caja externalizar los servicios** que, de manera usual, esta se provee a sí misma y a sus asegurados, salvo circunstancias excepcionales que la imposibiliten para ello.

El Título II sobre “Riesgos”. Define el término “riesgo” cubriendo dos grupos: el relativo al riesgo de enfermedad y maternidad, y el atinente al régimen de invalidez, vejez y muerte, o “TVM”. De este Título II cabe señalar que la Caja de Seguro Social, a través de su sistema de servicios de salud, **brindará atención de salud** a los jubilados, pensionados, asegurados y dependientes cubiertos por el riesgo de enfermedad y maternidad, así como a los trabajadores cubiertos por riesgos profesionales, en forma integral, con dos componentes fundamentales, a saber: **las prestaciones en salud y las prestaciones económicas**. Establece la **condición de invalidez**, en cuanto al riesgo de vejez, establece que las **mujeres**, para jubilarse, deberán haber alcanzado la edad de **57 años**, y los **hombres, sesenta y dos (62) años**, con una **cotización mínima de ciento ochenta (180) cuotas**, independientemente del sexo.

El Título III sobre “Fondo fiduciario a favor de la Caja de Seguro Social”. Establece los componentes técnico-financieros de la ley, lo cual se reglamenta por medio del Decreto Ejecutivo 117, de 18 de diciembre de 2008: “Por el cual se Reglamentan las Operaciones e Inversiones del Fondo constituido por la Ley N° 51 de 2005 en beneficio del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte gestionado por la Caja de Seguro Social”, modificado mediante los Decretos Ejecutivos 129 y 369, ambos del año 2017. En lo medular, el fondo del **fideicomiso** en referencia estará compuesto por los aportes líquidos anuales que haga el Estado, mediante el Ministerio de Economía y Finanzas, para la sostenibilidad de dicho riesgo. Además, el fiduciario será el Banco Nacional de Panamá.

El Título IV sobre “Disposiciones transitorias y finales”. Contiene cuestiones de carácter técnico, por un lado, y meramente modificatorias de otras leyes, por el otro. Sin embargo, es importante señalar que en este apartado es en donde se le da el **carácter de orden público y de interés social** a esta ley, de eminente corte social.

5.2 Normas de protección social complementaria

Panamá ha dictado una legislación de protección social no contributiva que complementa la normativa existente sobre seguridad social, incluyendo con ella dos grupos especialmente vulnerables, quienes no han accedido, por diversas razones, al sistema de seguridad social formal ¹⁰¹. En tal sentido se han dictado normas para brindar protección a personas denominadas “adultos mayores” –personas de 70 años o más–, por medio de la Ley 44, de 4 de agosto de 2009 ¹⁰², que “crea el programa especial de asistencia económica para adultos mayores de setenta años o más sin jubilación ni pensión” –posteriormente modificada–. También se ha dictado una norma para beneficiar a personas con discapacidad, por medio de la Ley 39, de 14 de junio de 2012, “que crea un programa especial de asistencia económica para personas

¹⁰¹ Tal asunto parece ser un desarrollo de lo contemplado en el art. 113 constitucional, segundo párrafo, que prevé que “El Estado creará establecimientos de asistencia y previsión sociales. Son tareas fundamentales de éstos la rehabilitación económica y social de los sectores dependientes o carentes de recursos y la atención de los mentalmente incapaces, los enfermos crónicos, los inválidos indigentes y de los grupos que no hayan sido incorporados al sistema de seguridad social”.

¹⁰² Véase Ley 44, de 4 de agosto de 2009. Gaceta Oficial N° 26338-A, publicada el 4-8-2009.

con discapacidad severa en condición de dependencia y pobreza extrema”¹⁰³; pero, además, se ha dictado la Ley 134, de 31 de diciembre de 2013, “que establece equiparación económica para las personas con discapacidad”¹⁰⁴. Veamos.

5.2.1 Programa 120 a los 65

Originalmente, la Ley 44/2009 creó el programa de subsidio a las personas de 70 años o más mediante el pago de cien (100) dólares mensuales. Posteriormente, la norma tuvo una modificación por medio de la Ley 86 de 2010¹⁰⁵ y otra por medio de la Ley N° 117, del 11 de diciembre de 2013¹⁰⁶, que contempló el aumento del monto de la transferencia a 120 balboas para adultos mayores de 70 años. Más tarde, mediante Ley N°15, de 1.º de septiembre de 2014¹⁰⁷, se volvió a modificar con el fin de rebajar la edad para recibir el beneficio y subir el monto del subsidio. La norma en vigencia establece el pago de 120 dólares de los Estados Unidos a las personas de nacionalidad panameña con 65 años, o más, que estén en pobreza o pobreza extrema y que no tengan jubilación. Sus objetivos son: mejorar la calidad de vida de esas personas, rescatar de la pobreza extrema a los beneficiarios, proporcionarles asistencia económica, promover la reintegración del adulto mayor al núcleo familiar y su desarrollo personal y autoestima.

La ley contempla el establecimiento de un registro oficial para identificar debidamente a los beneficiarios del programa, quienes deben ser de nacionalidad panameña, mandando al Ministerio de Desarrollo Social para llevar a cabo tal censo. Se establece la forma en que se realizarán los desembolsos monetarios y las causales de cancelación del beneficio, disponiendo causas para su suspensión y extinción. Finaliza la norma con el establecimiento de la fuente de financiamiento del programa y la fiscalización de este.

5.2.2 Programa Ángel Guardián

Mediante la Ley 39, de 14 de junio de 2012, se estableció el programa denominado Ángel Guardián, concebido para las personas con discapacidad severa en condición de dependencia y pobreza extrema.

Se establecen la forma de registro y el ingreso al programa que alude a la precondition de discapacidad severa en condición de dependencia y pobreza extrema. Se contempla toda una tramitología para realizar la inscripción en el programa, incluyendo las incompatibilidades y compatibilidades con otros programas estatales. También se contemplan las normas de financiamiento y administración del programa, así como la vía de pagos (sea directa o a personas que ejercen la patria potestad). Finalmente, se han establecido normas que contemplan causales para suspender y extinguir el beneficio del programa, de acuerdo a la Resolución N° 377, del 11 de agosto de 2015.

5.2.3 Equiparación económica de discapacitados

El Estado panameño también ha dictado la Ley 134, de 31 de diciembre de 2013, destinada a realizar una equiparación económica entre los beneficiarios de la ley que establece descuentos para los jubilados y pensionados del sistema de seguridad social, así como a las personas

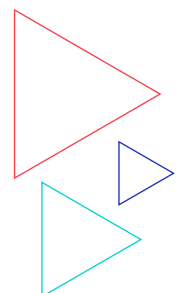
103 Véase Ley 39, de 14 de junio de 2012. Gaceta Oficial N° 27058-B, publicada el 18-6-2012.

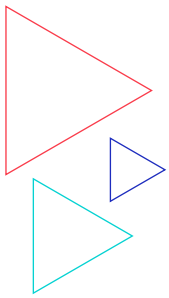
104 Véase Ley 134, de 31 de diciembre de 2013. Gaceta Oficial N° 27450, publicada el 10-1-2014.

105 Véase Ley N° 86, de 18 de noviembre de 2010. Gaceta Oficial N° 26663-E (reglamentada mediante Decreto Ejecutivo N° 11 de 15 de febrero de 2013).

106 Véase Ley N° 117, del 11 de diciembre de 2013, publicada en Gaceta Oficial N° 27432.

107 Véase Ley N° 15, de 1.º de septiembre de 2014, publicada en Gaceta Oficial N° 27611 (Dictándose la Resolución N° 377 del 11 de agosto de 2015, se adoptó la Ficha Única de Protección Social, que evalúa la entrada y permanencia de los beneficiarios en el programa).





consideradas de tercera edad (55 años para mujeres y 60 años para varones), con las personas con discapacidad, quienes también gozarán de una serie de descuentos en bienes y servicios en general de forma similar a aquellos. Se trata de servicios como hospedaje, alimentación, transporte, medicinas, servicios de salud, hospitalización y otros, entretenimiento, servicios de luz, agua, electricidad, internet, gastos mortuorios, así como también becas para distinto tipo de programas formativos y educativos.

La ley faculta a la Autoridad de Defensa del Consumidor para verificar el cumplimiento de esta norma y sancionar su incumplimiento. Adicionalmente, introduce una norma para permitir que los familiares de personas con discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la ley, puedan hacer uso de permisos laborales para acompañar al discapacitado en la atención y los tratamientos médicos.

6. Conclusiones

- La seguridad social en Panamá ha sido una institución que surgió de forma fragmentada a lo largo de la vida republicana del país. Tal fragmentación es de tipo legislativa y se evidencia en la pluralidad de normas que se dictaron para reconocer, generalmente, jubilaciones y pensiones para empleados públicos y privados. No fue sino hasta 1941 cuando la institución, como tal, apareció de forma completa y formal mediante la Ley 23/1941, que vendría directamente determinada por la Constitución de ese mismo año, la cual inauguró la era de los derechos sociales en Panamá. En tal sentido, la Constitución de 1941, si bien no supondrá la primera medida normativa tomada por el Estado para establecer un sistema de seguridad social en el país, indudablemente marcó su posterior desarrollo y determinó, grandemente, el sentido que esta adoptaría en lo sucesivo.

Posteriormente, y luego de que se dictara una ley orgánica que organizó la seguridad social y la institución que la regentó –en 1943–, se sucedieron nuevas reformas sustantivas a dichas normas, como en 1954, cuando se dictó la segunda ley orgánica de la Caja de Seguro Social. Luego, en las décadas de los años setenta, ochenta y noventa, se dictaron nuevas regulaciones que fueron perfilando el estado actual de la seguridad social en Panamá. Tal proceso legislativo tendría su cenit en 2005, con la actual ley de la Caja de Seguro Social, que, sin embargo, no supone el final de la evolución legislativa de la seguridad social en Panamá, pues luego de ella se han dictado otras normas que modifican y complementan el modelo actual de seguridad social panameño. Se trata, entonces, de un dilatado y bastante prolijo proceso normativo y de consagración institucional de la seguridad social a lo largo de estos más de cien años de vida republicana.

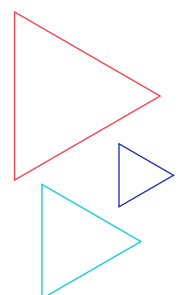
- El contenido constitucional del derecho a la seguridad social en Panamá supone no solo unos derechos consagrados de forma específica, entre los que se contempla la universalidad y la integralidad del sistema, sino que permite la articulación con la norma legal en la que se consagran, adicionalmente, otros principios constitutivos, como la solidaridad, la subsidiariedad y la inmediatez, que vienen contemplados en la ley orgánica de la seguridad social panameña. Adicionalmente, el sistema constitucional de seguridad social, en su conjunto, permite identificar ciertos principios presentes en este, tales como la naturaleza fundamental del derecho, su titularidad de individual, su subjetividad y su exigibilidad jurídica, que tienden a la seguridad individual por la vía prestacional. Se trata, además, de un derecho complejo, que apela a la progresividad y complementariedad en su reconocimiento por parte del Estado.
- Un aspecto llamativo del sistema de seguridad social panameño es lo referido al ámbito justiciable del derecho. Por una parte, el desarrollo de la tesis del control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad en el sistema de administración de justicia constitucional

panameño presenta algunos vacíos en materia laboral y, aún más, en materia de seguridad social. En esencia, la Corte sigue de forma general el desarrollo de criterios jurisprudenciales utilizados en otros países, sin demasiado detenimiento en elementos nacionales y, sobre todo, en el impacto de las normas internacionales en el sistema jurídico panameño. De allí que es poco acabada la perspectiva de la aplicación de normas internacionales fundamentales en las relaciones laborales y casi inexistente tal perspectiva en materia de seguridad social. Por otro lado, vale destacar que el presente artículo expone algunos criterios de la Corte Suprema de Justicia panameña sobre temas de la seguridad social, los cuales resultan en análisis –a nuestro juicio– muy superficiales y, a veces, claramente desacertados, por interpretación errónea de la norma internacional. La perspectiva mostrada en el trabajo incluye, también, algunos criterios de la Corte Interamericana de Justicia sobre los temas tratados por la jurisprudencia panameña.

- ▶ Como se anunció en la introducción del presente trabajo, se expone una perspectiva más subjetiva referida a los desafíos y las amenazas que presenta el sistema de seguridad social en el país. De allí que se hayan destacado cuatro elementos que impactan el sistema de seguridad social, sobre los que la sociedad panameña se ve en la necesidad de abordar si quiere recuperar la salud del sistema de seguridad social del país. En tal sentido, la magnitud del trabajo informal y su impacto en las finanzas de la seguridad social es, sin duda, un desafío muy profundo; el problema puntual de evasión de cuotas patronales, más por su concepción que por los números como tales, también precisa corrección; la crisis que supone la aplicación de los elementos centrales del modelo tradicional de seguridad social y lo que societariamente podrá significar su reconceptualización; y, por último, las consecuencias de la pandemia de la COVID-19 en la seguridad social, a través del impacto en el empleo, especialmente. Tales elementos deben ser abordados por la sociedad panameña para buscar alternativas que resuelvan los males crónicos que ellos representan en el sistema. Sin duda, hoy día uno de los problemas nacionales más profundos, sino el mayor, es el replanteamiento y saneamiento del sistema de seguridad social, lo que determinará el futuro inmediato de la prosperidad en Panamá.

7. Bibliografía

- Aguilar Cavallo, G. 2010. "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 43 (127), enero-abril de 2010.
- Camargo, P. 1983. *Tratado de derecho internacional*, tomo I. Bogotá: Temis.
- Mejía, J. 2013. "Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá.
- Murgas Torrazza, R. 2017. "La historia de la seguridad social en Panamá". En *Historia de la seguridad social en Latinoamérica*. Colombia: Universidad de Medellín, Xpress Estudio Grafico y Digital.
- Quintero, C. 1991. "Tendencias Contemporáneas del Derecho Constitucional en Panamá". En J. Fábrega P., *Ensayos sobre historia constitucional de Panamá*. Panamá: Editora Jurídica Panameña.
- . 1993. *Evolución constitucional de Panamá*, 2.^a ed. Panamá: Centro de Investigación Jurídica, Universidad de Panamá.
- Sánchez González, S. 2019. *Historia constitucional de Panamá*. Tirant Lo Blanch.
- Voirin, M. 1991. *Organización administrativa de la seguridad social: Un reto social y político*. Madrid: OIT.



▶ **XV. Derecho constitucional de la
seguridad social en Paraguay
(1870-1992)**



XV. Derecho constitucional de la seguridad social en Paraguay (1870-1992)

Mónica Recalde De Giacomi¹

Ignacio González Bozzolasco²

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo explicar la evolución de la seguridad social en el ámbito constitucional a partir de la incorporación de los derechos humanos fundamentales establecidos en el derecho internacional y las garantías consagradas para el usufructo del derecho. Comienza describiendo la evolución histórica de la seguridad social, para luego analizar el precepto actual establecido en el artículo 95 en la carta magna de 1992, identificando los principios, los sujetos y el modelo de financiamiento sobre los cuales se establecen, su integración en las normas del derecho positivo y los avances respecto a las políticas de asistencia social en la era democrática. Asimismo, se explica el funcionamiento de las garantías constitucionales para la exigibilidad del derecho ante el órgano jurisdiccional y, por último, se hace referencia a los fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre el acceso a las prestaciones de la seguridad social.

1. Antecedentes constitucionales de la seguridad social

La historia constitucional del Paraguay tiene sus inicios en el siglo XIX y se desarrolla a través de varias etapas, hasta alcanzar el modelo o régimen político de Estado social de derecho. Para el análisis de todo ese proceso deben considerarse los diferentes escenarios políticos, sociales e ideológicos, así como los principios y las declaraciones que emergen del derecho internacional y que otorgan a la seguridad social la categoría de un derecho humano fundamental.

La protección social en general y la seguridad social en particular fueron evolucionando dentro del marco constitucional, que se consolida con derechos, deberes y garantías con la Constitución de 1992 y colocan a la persona como eje principal de las políticas, establecen preceptos para el mejoramiento de su calidad de vida, apuntan a contrarrestar las inequidades y promueven un crecimiento económico sustentable a largo plazo, donde el Estado cumple un rol fundamental como articulador para su consecución.

Las garantías consagradas para el ejercicio del derecho y el fortalecimiento del órgano jurisdiccional representan un avance significativo en la materialización y en la tutela del catálogo de derechos humanos establecido en la Constitución Nacional.

1 Magíster en Dirección y Gestión de Sistemas de Seguridad Social por la Universidad de Alcalá de Henares; abogada por la Universidad Nacional de Asunción (UNA). En la actualidad se desempeña como Directora General de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) del Paraguay.

2 Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA); magíster en Historia por la Universidad Nacional de Asunción (UNA); especialista en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); licenciado en Sociología por la Universidad Católica de Asunción (UCA). Es investigador categorizado Nivel 1 por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología del Paraguay (CONACYT). En la actualidad se desempeña como docente y Director de Posgrado de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNA (FLACSO-UNA).

El análisis de las principales características del derecho de la seguridad social requiere abordar brevemente la evolución histórica de su consolidación en los diferentes periodos constitucionales hasta la actualidad, para finalmente examinar los elementos que constituyen los fundamentos de este derecho, su materialización y las garantías para su cumplimiento.

1.1 La Constitución de 1870

El panorama que dejó la Guerra de la Triple Alianza (1864-1870) ³ constituyó el inicio de un proceso de transformaciones económicas, políticas, sociales, demográficas y territoriales para la reconstrucción de una nueva república de la posguerra (Lezcano Claude 2012). Apenas finalizada la guerra y bajo ocupación militar brasileña y argentina, fue promulgada una nueva Constitución Nacional que respiraba las ideas liberales de la época (Rivarola 1993; Chartrain 2013; Campos 2010; González Bozzolasco 2019). En su preámbulo, la carta magna definió que “(...) sus principales objetivos son promover el bienestar general y hacer duraderos los beneficios de la libertad para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que lleguen a habitar el suelo paraguayo” (Constitución Nacional de 1870).

La construcción de los derechos y las garantías en la parte dogmática del cuerpo constitucional asentaba la idea del desarrollo social y económico en la explotación de la tierra, el desarrollo de la industria, la inviolabilidad de la propiedad privada y la generación de empleo a partir de la captación de capital y mano de obra extranjera. La intervención estatal estaba acotada, principalmente, a la defensa nacional, a la promulgación de leyes o al mantenimiento del orden público.

Las relaciones laborales eran reguladas en el marco de lo establecido en el Código Civil promulgado siete años después de la constitución, cuyo espíritu y texto literal fue adoptado del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield. Los contratos eran ley para las partes y estaban destinados a la regulación de las relaciones que de ella se desprendieren, incluidas las de índole laboral (Rivarola 1993) ⁴.

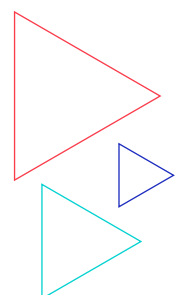
En este contexto, fueron surgiendo organizaciones privadas de caridad y sociedades obreras basadas en el espíritu de ayuda mutua, instaladas por los inmigrantes europeos para paliar la limitada intervención estatal de ayuda a los pobres, viudas, huérfanos, enfermos, minusválidos y desempleados ⁵. A mediados de la primera década del siglo XX, se creó la Comisión Nacional de Asistencia Pública y Beneficencia Social por Ley N° 112/1915, bajo la dependencia del Ministerio del Interior. En el año 1919 se estableció el servicio médico asistencial para los trabajadores y se dispuso la obligatoriedad de que las empresas industriales del interior del país contaran con un servicio asistencial (Ramírez de Rojas 2019a). La Comisión Nacional de Asistencia Pública funcionó hasta el año 1936, periodo en el cual fue creado por Ley N° 2000/1936 el Ministerio de Salud Pública y Previsión Social, el cual absorbió las funciones que realizaba la Comisión.

En el año 1902, los funcionarios públicos fueron beneficiados con la primera Ley de Jubilaciones y Pensiones. Esta normativa fue modificada posteriormente por la Ley de Organización

3 También conocida como la “Guerra Grande”, esta contienda bélica enfrentó al Paraguay contra Brasil, Argentina y Uruguay. Las consecuencias de esta guerra fueron devastadoras para el pueblo paraguayo y su impacto marcó su historia.

4 El artículo 1137 del Código Civil establecía: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración común de voluntad destinada a reglar sus derechos”.

5 Con dichas motivaciones, los inmigrantes impulsaron la creación de Sociedades de Socorro Mutuo en el Paraguay. Los portugueses, italianos y españoles fueron los primeros en establecer estos esquemas. En el año 1869, se fundaron la Sociedad de Beneficencia Don Fernando II y la Asociación Extranjera de Protección Mutua. En el año 1871, se creó la Società Italiana di Mutuo Soccorso y, en el año 1874, la Sociedad Española de Socorros Mutuos. Estas organizaciones tenían como finalidad la protección de sus miembros en casos de accidentes de trabajo y de enfermedades que les impidieran trabajar. Una década después, los fines de estas sociedades sirvieron de inspiración a las organizaciones de obreros paraguayos para constituir sus propias sociedades y asociaciones de protección mutua para la asistencia a los trabajadores (Rivarola 1993).





Administrativa del Estado del año 1909. En su capítulo XIV se introdujeron los nuevos criterios para el otorgamiento de las jubilaciones, se establecieron nuevas reglas paramétricas respecto a la suficiencia del beneficio y se ajustaron las disposiciones sobre el acceso al derecho jubilatorio. Por ejemplo, la Ley de Jubilaciones de 1909 excluyó expresamente como sujetos de derecho al presidente y vicepresidente de la República, los ministros del Poder Ejecutivo, los senadores y diputados y los magistrados judiciales. Además, incorporó la figura de la devolución de los aportes a los empleados despedidos sin causa justificada, con un interés del 3 por ciento anual. Con la implementación de la nueva ley, la jubilación se tramitaba ante el Ministerio de Hacienda, al igual que en la actualidad ⁶.

Los gremios de trabajadores organizados tuvieron una labor importante en la lucha por obtener los derechos de la seguridad social. Fue así como uno de los sectores más fuertes de la época, el del ferrocarril, logró en el año 1924 la promulgación de la Ley N° 641/1924 de la Caja de Seguros Social de Empleados y Obreros Ferroviarios (Barba 1997). Esta ley tenía el objetivo de otorgar prestaciones de largo plazo a los trabajadores del rubro. Posteriormente, dicha normativa sufrió varias modificaciones a partir de los Decretos Leyes N° 1550 y N° 10.047 de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Ferroviarios, modificados más tarde por la Ley N° 238/1954.

A partir de mediados de la segunda década del siglo XX se promulgaron regulaciones laborales que constituyen antecedentes importantes para la promulgación del primer Código del Trabajo y de la instauración de un régimen de seguros sociales para el sector privado. Respecto a salud y seguridad ocupacional, la Ordenanza Municipal N° 1651/1926 dictó normas regulatorias relativas a establecimientos industriales “peligrosos, insalubres e incómodos” y se promulgó la Ley N° 926/1926 sobre accidentes de trabajo que establecía el pago de un salario durante tres años en caso de muerte o inhabilidad total del trabajador. Se destacan además en dicho periodo la creación del Departamento Nacional del Trabajo (DNT) por Decreto Ley N° 2303/1936, bajo la dependencia del Ministerio del Interior, así como el pago de una bonificación familiar para los trabajadores. También la obligatoriedad de los permisos de maternidad de sesenta días para las mujeres trabajadoras estatales y particulares, con goce de sueldo dispuesto por el Decreto N° 2448 de 1937 (Rivarola 1993; González Bozzolasco 2020).

1.2 La Constitución de 1940

El nacimiento de los seguros sociales en América Latina se encuentra estrechamente vinculado a la influencia que ejerció la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en las décadas de 1920 y 1930 en torno a las discusiones que se suscitaron en los países sobre la configuración del derecho de la seguridad social. Uno de los eventos relevantes para los Estados latinoamericanos sobre la instauración de los regímenes de seguros sociales fue la Primera Conferencia Regional Americana del Trabajo en enero de 1936 ⁷. Esta marcó “una nueva etapa en la evolución de los seguros sociales en América” (Arellano 2019, 166), dando lugar al inicio del proceso de configuración progresiva del derecho de la seguridad social en América Latina, considerándose a esta como “una de las regiones en donde los seguros sociales tienen un origen temprano” (Arellano 2019, 167).

⁶ Hasta la fecha se encuentran vigentes algunos de los artículos de la Ley de 1909, ya que no fueron derogados expresamente por leyes posteriores; por lo tanto, pueden ser invocados por los recurrentes para el reclamo de algún derecho no contemplado en las legislaciones actuales.

⁷ Este evento, realizado en Santiago de Chile, contó con la participación de 19 Estados de los 21 vinculados a la OIT, entre los cuales se encontraba el Paraguay. Uno de los puntos tratados por la Conferencia fue la ratificación y aplicación de los convenios y las recomendaciones de trabajo, especialmente, los atinentes a los seguros sociales de trabajo de las mujeres y de los niños (Arellano 2019).

En lo que respecta al ámbito nacional, el contexto se hallaba signado por la finalización de la Guerra del Chaco (1932-1935), así como con el resurgimiento de inquietudes políticas y sociales de la posguerra que derivaron en la Revolución de Febrero de 1936⁸. Las agitaciones políticas y sociales de esos años fomentaron la idea generalizada de normalizar la vida del país, reconstruyendo sus instituciones para satisfacer las necesidades populares (Cardozo 1996). Las declaraciones del preámbulo constitucional de 1940 resultan compatibles con la idea de una democracia transformadora y nacionalista, que propugnaba el involucramiento estatal para alcanzar la justicia social, orientar la economía y sistematizar el trabajo.

El modelo de Estado promovido por la nueva carta fundamental podría asemejarse a la doctrina económica de Luigi Taparelli, en la cual primaba el respeto a la persona, la caridad de los que más poseen y la prevalencia de un Estado protector del orden social (Pérez-Garzón 2019, 79). La Constitución paraguaya de 1940 conservó los derechos y garantías establecidos en la carta magna de 1870; sin embargo, incorporó preceptos para el “cuidado de la salud de la población y la asistencia social, así como la educación moral, espiritual y física de la juventud, como deberes fundamentales del Estado”, y declara al Estado católico, apostólico y romano. Uno de los artículos que refleja la esencia de la idea de la justicia social señala que “queda proscripta la explotación del hombre por el hombre” y “[...] para asegurar a todo trabajador un nivel de vida compatible con la dignidad humana, el régimen de los contratos de trabajo y de los seguros sociales y las condiciones de seguridad e higiene de los establecimientos, estarán bajo la vigilancia y fiscalización del Estado” (Constitución Nacional de 1940, art. 14).

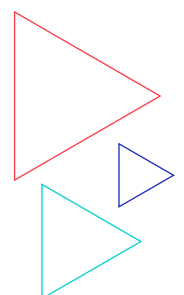
Bajo este precepto, el Estado asumía un rol de regulador de las necesidades sociales derivadas de las relaciones obrero-patronales. El énfasis estaba dado en la protección del trabajador ante el menoscabo o la explotación a niveles degradables, comparables con la esclavitud. Para ello, actuaría a través de la instauración de mecanismos que equilibrasen la relación capital y trabajo, estableciendo medidas de contingencia ante los riesgos derivados del mundo laboral a través de los seguros sociales y el control de salubridad de los establecimientos productivos.

Entre los primeros antecedentes de la instauración del seguro social en el país, se destaca la realizada por el presidente Higinio Morínigo en su mensaje de diciembre de 1942, cuando anunció el estudio de un marco jurídico de seguros sociales en el país:

-
- ▶ Se está estudiando, de acuerdo a una recomendación de la X Conferencia Sanitaria Panamericana y a la promesa formulada en mi Plan Trienal, la implantación del Seguro Social, es decir, una ley que involucre el seguro contra las enfermedades, accidentes, y de amparo a la vejez o sea de defensa sanitaria colectiva. Creemos sinceramente que, con la implantación de la Ley del Seguro Social, se resolverían muchos problemas de salud pública tal como ocurre en otros países. Prevenir y tratar las enfermedades que afectan la economía vital de un pueblo, acudiendo en ayuda del individuo desde su estado pre-natal hasta la senectud, contribuyéndose así, además, a robustecer la felicidad de la familia y por ende la vigorización de nuestra raza, factores preponderantes de la grandeza económica y social de una Nación (Morínigo 1942, 111).
-

De acuerdo con Ramírez de Rojas (2019b), en el año 1942 se iniciaron las primeras gestiones para la asistencia de la salud de los trabajadores, maternidad y accidentes de trabajo, así como las prestaciones de largo plazo que incluían las jubilaciones y pensiones. Tales medidas estaban estrechamente ligadas con el surgimiento de las ideas latinoamericanas de instauración de los seguros sociales para los trabajadores privados de la década de 1930. Fue así avanzando la idea

8 La Guerra de Chaco fue la resultante de un histórico conflicto entre el Paraguay y Bolivia en torno al reclamo del territorio chaqueño por ambos países. Este derivó en una contienda bélica que se extendió a lo largo de tres años.





de separar a la previsión social del campo de acción del Ministerio de Salud, tomando como referencia el modelo chileno. Bajo esa inspiración, fue creado el Instituto de Previsión Social (IPS), el 18 de febrero de 1943, a través del Decreto N° 17.071, estableciendo de esta forma la obligatoriedad del seguro social en el país (Ramírez de Rojas 2019b).

Resulta relevante transcribir el Considerando del Decreto Ley N° 17.071, por el cual se establecían los principios sobre el cual se asentaba la creación del IPS:

-
- Que es función propia del Estado asegurar al ciudadano los medios que le pongan a cubierto de los azares de la vida, en los que respecta a enfermedad, maternidad, invalidez, accidentes del trabajo, etc.;

Que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales de que son víctimas los asalariados dejan a esas víctimas o a sus familiares en situación económicamente angustiada, que la colectividad debe tender a atenuar mediante la implantación de un seguro con carácter social, cuyas cotizaciones sean pagadas por los respectivos patrones o empleadores;

Que tal seguro debe ser obligatorio, a fin de que en todo caso exista una entidad sólida que haga frente a la responsabilidad que es consecuencia de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales;

Que el Seguro de Accidentes, creado por Ley N° 926 no ha dado los resultados que era de esperar;

Que es justo y humano que el Estado y el patrón cuiden de la salud de los Empleados, Obreros, Padres, etc., que constituyen factores preponderantes de la prosperidad de la Nación;

Que cuidar de la Maternidad, es función fundamental de toda Sociedad civilizada;

Que para gozar plenamente de las libertades fundamentales, todo varón y mujer debe estar biológica y económicamente protegidos frente a los riesgos sociales y profesionales, en función de una solidaridad organizada;

Que la aspiración común es el mejoramiento constante del bienestar material y espiritual de la familia;

Que el dinero invertido en la atención de la Salud de las personas debe ser anotado en el crédito de la Nación y no en el débito, por razones que huelgan mencionarse;

Que el Seguro de Previsión Social amparará al beneficiario y a su familia en los casos previstos en este Decreto - Ley;

Que con el funcionamiento del Instituto de Previsión Social, se lograrán el mejoramiento de las casas de Salud y una atención médico - social más amplia para la población;

Que mejorando la higiene y cuidando la salud de las personas, disminuirán las defunciones con lo que aumentarán la vitalidad de la Nación, y su progreso será más rápido.

El fundamento de la creación del seguro social formulado en el año 1943 se mantiene hasta la actualidad, sin que haya sufrido modificaciones sustanciales en su espíritu. Basándose en el modelo alemán de seguros sociales de Otto von Bismarck, la normativa establece la obligatoriedad del seguro social, la cobertura de carácter profesional o laboral, la repartición de la carga financiera de las contribuciones y la autonomía administrativa.

Desde sus inicios, el seguro social buscó garantizar que el Estado cumpliera con su deber de velar por la salud de los trabajadores y sus familias, con la solidaridad como la base para el goce de las libertades fundamentales (Decreto Ley N° 17.071 de 1943). La protección otorgada se basó en el cuidado económico y biológico, tanto del hombre como de la mujer. Al momento de su creación se resaltaba además que la salud de las personas no debía verse como un gasto para el Estado sino como una inversión, bajo la premisa de que el trabajo constituye la principal fuente de prosperidad del país.

Luego de ocho años de funcionamiento del IPS, en el año 1951 se creó la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines, a través de la Ley N° 105/1951. La entidad fue creada, inicialmente, a fin de dar cobertura de largo plazo a los empleados administrativos y de servicios, asesores de los bancos oficiales, nacionales y extranjeros mayores de edad, así como a los empleados de la caja, jubilados, pensionados y exempleados bancarios que se encontraban excluidos de la cobertura brindada por el IPS (Caja Bancaria 2020).

Uno de los últimos hitos de este periodo constitucional fue la promulgación del Código del Trabajo y el Código Procesal del Trabajo en el año 1961. Ambas legislaciones representan un valor importante en la sistematización e institucionalización de las relaciones laborales, que anteriormente “se habían regido por marcos normativos extremadamente desordenados, con disposiciones dispersas e incoherentes, además de doctrinalmente divergentes” y que marcaron un precedente importante para la integración de los derechos laborales en los siguientes marcos constitucionales (González Bozzolasco 2020, 188).

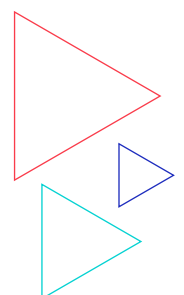
1.3 La Constitución de 1967

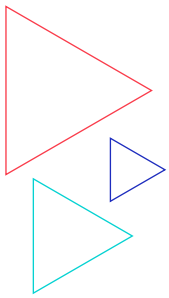
La reforma de la Constitución de 1940 se efectuó con el fin de establecer un nuevo marco jurídico, político e institucional para la permanencia en el poder del entonces presidente Alfredo Stroessner. Cumplidos ya los dos periodos de mandato que permitía la Constitución de 1940 (1968-1973), se requería “declarar obsoleto” el sistema, para dar lugar nuevamente a una reelección. En 1977, mediante una nueva reforma de la Constitución, se dispuso la reelección indefinida del mandato presidencial, hasta su modificación en el año 1992 (Silvero 2004, 6).

En cuanto a los derechos individuales y políticos que consagraba su antecesora, la Constitución de 1967 estableció una extensión de sus preceptos enmarcándose en lo que se denomina “constitucionalismo social”, que incorpora “los derechos de segunda generación” (Lezcano Claude 2012, 175). Este movimiento se asocia con el reconocimiento de los derechos del trabajo y la previsión social, que vienen a ampliar aquellos derechos de primera generación sobre los cuales se construyeron las regulaciones constitucionales de las décadas anteriores (Salgado Pesantes 2017).

Esta corriente política reconoce los derechos y las garantías de “la organización profesional, a la huelga, a la contratación colectiva, al acceso a la riqueza y los principios de equidad en las relaciones jurídicas y económicas” (Valadés 2009, 33). Además, dispone la conformación de los tribunales laborales y la defensa de las jornadas de trabajo y salario mínimo, pero también manifiesta las obligaciones a las cuales está sujeto el Estado relativas a la educación, salud, vivienda y abasto (Valadés 2009).

La Constitución de 1967 estableció las bases de la participación del Estado en todos los procesos económicos para asegurar las condiciones básicas de bienestar. En efecto, los derechos económicos y sociales enunciados en la carta fundamental no podrían materializarse sin el rol activo del Estado, que se erige en un planificador socioeconómico y político para que los derechos no estén consagrados simplemente como enunciados programáticos, sino ejerciendo presión para la efectiva modernización de las instituciones estatales para dichos fines (Salgado Pesantes 2017).





En la misma línea, se puede inferir que esta Constitución ya no tenía como único objetivo afianzar las libertades de las personas, sino establecer los mecanismos para contrarrestar las inequidades sociales que se habían generado en décadas pasadas a causa del modelo sobre el cual se asentaba la economía, al menos en el aspecto formal.

En la Constitución de 1967, los enunciados que contemplan los derechos económicos, sociales y de los trabajadores se encuentran contenidos en el Capítulo V, divididos en las siguientes secciones: 1. Derechos Individuales (arts. 48-80); 2. Derechos Sociales, que contemplan: a) Familia (arts. 81-88), b) Educación y Cultura (arts. 89-92) y c) Salud (art. 93); 3. Derechos Económicos (arts. 94-103), y 4. Derechos de los Trabajadores (arts. 104-110).

Como se mencionó anteriormente, si bien los preceptos constitucionales mantienen el contenido sustancial de la Constitución de 1940, en ciertos aspectos amplían algunos derechos sociales. Por ejemplo, el artículo 105 establece:

-
- La duración de la jornada de trabajo, los descansos semanales obligatorios, las vacaciones anuales pagas, las bases para la determinación de un salario mínimo vital, las bonificaciones familiares, la estabilidad del trabajador en merito a su antigüedad en el servicio y el amparo en casos de cesantía o paro forzoso, serán previsiones fundamentales de la ley, que también favorecerá las soluciones conciliatorias de los conflictos del trabajo. Son irrenunciables por el trabajador las normas legales establecidas para beneficiarlo o protegerlo.
-

De esta forma, la Constitución Nacional de 1967 reafirma los derechos que ya están contemplados en el Código del Trabajo, otorgándoles rango constitucional sin modificarlos de forma sustancial.

Las reivindicaciones consagradas en el artículo 105 están vinculadas con el artículo 88 sobre la promoción del desarrollo económico para la creación de fuentes de trabajo y el aseguramiento del bienestar general, sobre la base de “programas globales que aseguren una existencia compatible con la dignidad humana”. Además, se estableció por primera vez la denominación “régimen de seguridad social” en reemplazo del término “seguros sociales” de la constitución derogada. El artículo 88 dispone que “el Estado instituirá, en la medida de las posibilidades, un régimen de seguridad social integral para toda la población del país. Sus beneficios alcanzarán aun a aquellas personas cuyo aporte económico a la sociedad sea nulo por razones no imputables a su voluntad” (Constitución Nacional de 1967).

La norma constitucional dispone que para materializar el derecho la condición es que se encuentre en la medida de sus posibilidades, es decir, que el Estado cuente con recursos económicos para otorgar a la población las medidas necesarias de cobertura y protección que dispone el enunciado⁹.

El artículo 108 señala que “la ley establecerá para los trabajadores dependientes, de cualquier ramo que fueren, y su familia, el régimen general de la seguridad social, y regulará su campo de aplicación, su extensión y los beneficios comprendidos. Determinará igualmente el régimen de la asistencia social y el de jubilaciones y pensiones para los mismos”. El precepto efectúa una ampliación de su ámbito de aplicación, constituyendo como sujeto de derecho no solamente al trabajador dependiente de cualquier ocupación, sino que también extiende dicha protección a

⁹ Los artículos 17 inc. d) y 22 del Decreto Ley 1860/50 aprobado por Ley 375/56 prevén en el origen mismo de la creación del IPS el aporte del Estado del 1,5 por ciento sobre la nómina y establecen que será de manera trimestral, en dinero y de fuentes presupuestarias, lo cual sigue vigente. Hasta la actualidad, el Estado no ha realizado los aportes que lo obliga esta norma y la Constitución de 1992 ha obviado la participación económica del Estado en el financiamiento de la seguridad social.

su familia, disponiendo que los beneficios, la extensión de la cobertura y el campo de aplicación serán regulados por ley.

Además, el artículo 55 determinaba que por ley se establecerían los derechos y las obligaciones de los funcionarios de la administración pública y se definirían “los requisitos para que puedan acogerse a los beneficios sociales, incluso referente a jubilaciones y pensiones” (Constitución Nacional de 1967)¹⁰.

La naturaleza de la relación laboral era –y continúa siendo– la variable principal para definir la entidad responsable y el tipo de prestaciones de seguridad social que corresponde al funcionario público y al trabajador asalariado privado. Fue así que el surgimiento de otros colectivos de trabajadores –como los de las municipalidades o los sujetos con cargos electivos del Parlamento nacional, que no estaban vinculados jurídicamente dentro del alcance de cobertura legal del IPS o del funcionario estatal– dio origen a la creación de sus propias entidades a través de Cajas de Jubilaciones y Pensiones con el esquema similar de reparto que tenía el IPS.

Durante la vigencia de la Constitución de 1967 se crearon: la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Administración Nacional de Electricidad, por Ley N° 71/1968; la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Municipalidad de Asunción, por Ley N° 740/1978; el Fondo de Jubilaciones y Pensiones para miembros del Poder Legislativo de la Nación, por Ley N° 842/1980; y la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional, por Ley N° 1361/1988.

Con el derrocamiento de Alfredo Stroessner en el año 1989, se inició un proceso de transición a la democracia que impulsó un rediseño institucional a gran escala, lo cual estimuló la promoción de los derechos económicos y sociales establecidos en la nueva constitución.

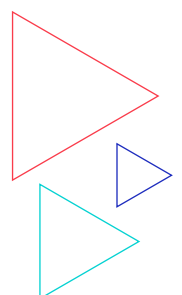
2. La consolidación del Estado social de derecho

2.1 La Constitución de 1992

Hasta los inicios de la transición a la democracia en 1989, el Paraguay no había atravesado por experiencias democráticas en términos generales –con participación política amplia, competencia electoral real, libertad de expresión, etc.–, con la prevalencia de dos partidos políticos que se alternaron en el poder por largos periodos. Fue recién con la caída del régimen encabezado por Stroessner que se inició un largo proceso de rediseño y readecuación de las instituciones en sintonía con los nuevos fundamentos del Estado social de derecho (González Bozzolasco 2013). En ese sentido, la Constitución de 1992 representa un punto de inflexión con respecto a las épocas pasadas, estableciendo derechos fundamentales asociados a las exigencias sociales contemporáneas, que generaron un ambiente propicio para constituir un nuevo pacto social.

En esta nueva etapa el espíritu de reconstrucción que prevalecía giraba en torno a la erradicación de expresiones autoritarias de las normas. La discusión sobre el Estado social de derecho pasó desapercibida para los ciudadanos, ya sea por desconocimiento constitucional o por apatía, y el éxito de la campaña electoral para la elección de la Asamblea Constituyente se dio principalmente por el eslogan “trabajo en primer lugar” (Benítez 1997, 17). Contrario a la escasa opinión pública al respecto, los constituyentes debatieron ampliamente el modelo de Estado sobre los preceptos de que sea participativo, que abogue por la libertad, que garantice

¹⁰ Este precepto ya dejaba claro la separación de regímenes que corresponderían al trabajador asalariado privado y al empleado público, proponiendo esquemas de administración separados o desintegrados. Esto dio lugar a la determinación posterior de los parámetros que ya existían en leyes precedentes, así como también a la limitación de las prestaciones que corresponderían a cada uno de ellos.





los derechos individuales y colectivos de las personas, que aspire a la equidad, la justicia y la igualdad de oportunidades (Benítez 1997).

El espíritu que acompañaba las ideas de los constituyentes de 1992 está reflejado en el preámbulo de la Constitución, que reconoce "(...) la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia", estableciendo los derechos y garantías necesarios a todos los ciudadanos de la República. Conforme a dicha dignidad, se garantizaba también un trato justo e igualitario ante las instituciones (Constitución Nacional de 1992).

La determinación del tipo de Estado queda plasmada en el primer artículo de la carta fundamental: "La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana".

Sobre la configuración de un Estado social de derecho, Mendonça refiere que:

► (...) representa un intento por impedir la intervención del Estado en determinados espacios personales, entendidos como manifestaciones particulares de la libertad. Con el Estado social, en cambio, lo que pretende conseguirse es la realización de una cierta idea de igualdad mediante la asignación de mínimos materiales a favor de determinados grupos sociales. El Estado social de derecho resultaría ser así un modelo basado en dos valores fundamentales: la libertad y la igualdad (Mendonça 2012, 298).

Villalba (2018), por su parte, señala que la Constitución de 1992 se asienta sobre los derechos humanos fundamentales y estos se aplican transversalmente en todos los preceptos establecidos en la carta magna, sobre todo en su parte dogmática, donde se encuentran incluidos los derechos sociales, económicos y culturales. Pero también en la parte orgánica, donde las atribuciones otorgadas a las instituciones son establecidas para garantizar el disfrute de todos los derechos consagrados. Refiere la autora que "este principio de funcionamiento de la República basada en derechos es conocido como el principio pro-persona" (Villalba 2018, 8), en el que los sujetos son visibilizados y protegidos desde el enfoque de derechos.

La Constitución de 1992 establece un catálogo más amplio de derechos comparados con la constitución anterior, mantiene la mayoría de sus preceptos e introduce nuevos derechos no consagrados anteriormente que han sido ordenados en la Parte II, Título II de los derechos, deberes y garantías (Benítez 1997).

En el Capítulo I (arts. 4-6) se declara el derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte y el derecho a un ambiente saludable (arts. 7 y 8). En el Capítulo III de la igualdad (arts. 46-48), se establece la igualdad de las personas, sus garantías y la igualdad entre el hombre y la mujer respecto a los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. En el Capítulo IV de los derechos de familia (arts. 49-61), se dispone la protección de la familia, del matrimonio y de los hijos, la protección al niño, a la maternidad y paternidad, a la juventud y a la tercera edad y a las personas excepcionales¹¹. El Capítulo V (arts. 62-67) consagra los derechos y las garantías de los pueblos indígenas. El Capítulo VI (arts. 68-72) establece el derecho a la salud, la promoción del sistema nacional de salud, el régimen de bienestar social, el combate al narcotráfico y a la drogadicción y el establecimiento de programas de rehabilitación para los adictos, así como el control de calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos en todas sus etapas. El Capítulo VII (arts. 73-85) refiere al derecho a la educación y cultura. El

¹¹ La Constitución en su artículo 58, referente a las personas excepcionales, establece: "El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestará el cuidado especializado que requieran".

Capítulo VIII del trabajo, Sección I de los derechos laborales (arts. 86-100), dispone el derecho al trabajo, el pleno empleo, la no discriminación, el trabajo de las mujeres y los menores, las jornadas, retribuciones y descansos en el trabajo, los beneficios adicionales, la estabilidad, la seguridad social, la libertad sindical, los convenios colectivos, el derecho a la huelga y paro, el cumplimiento de las normas laborales y el derecho a la vivienda. El Capítulo IX (arts. 107-113) refiere a los derechos económicos. Finalmente, el Capítulo XII de las garantías constitucionales (arts. 131-136) dispone la inconstitucionalidad, el *habeas corpus*, el amparo y el *habeas data* (Constitución Nacional de 1992).

2.2 Disposición constitucional sobre tratados, acuerdos y convenios internacionales

En la Parte III del ordenamiento político de la República, Título I, Capítulo I, se establecen la supremacía de la Constitución, el orden de prelación de las leyes y la validez de los actos jurídicos. El artículo 137 remarca el orden de prelación de las leyes sobre el cual se integran el derecho positivo nacional, declara a la Constitución como ley suprema de la República, seguida de los tratados, convenios y acuerdos internacionales que fuesen aprobados y ratificados, luego las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones de menor jerarquía, sancionadas. El artículo 141 confirma que los tratados internacionales, siempre que sean válidamente celebrados –a través del Congreso Nacional y aprobados por ley, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados–, forman parte del ordenamiento legal interno. El artículo 142 establece que “los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.

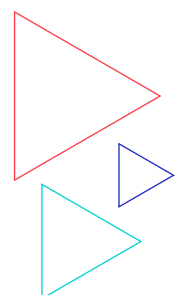
El artículo 143 declara que, en sus relaciones internacionales, la República del Paraguay acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: 1) la independencia nacional; 2) la autodeterminación de los pueblos; 3) la igualdad jurídica entre los Estados; 4) la solidaridad y la cooperación internacional; 5) la protección internacional de los derechos humanos; 6) la libre navegación de los ríos internacionales; 7) la no intervención; y 8) la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo.

Finalmente, el artículo 145 reconoce la vigencia de un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural (Constitución Nacional de 1992). Sobre el valor o legitimidad del derecho internacional en el derecho interno, Podestá Ruda (1994), citado por Ozuna, refiere que:

-
- ▶ Por definición, cada uno de estos derechos tiene en principio campo de acción propio; sin embargo, en la práctica se encuentra a menudo puntos de contacto entre uno y otro, zonas de interferencia en que la colisión se hace invisible cuando sobre un mismo objeto recaen normas distintas en el derecho interno y en el derecho internacional (Ozuna 2002, 206).
-

En efecto, el análisis desde el punto de vista subjetivo considerará si la norma constitucional corresponde a la corriente dualista o monista para determinar la prelación de las leyes¹². En

12 Según los dualistas representados por sus principales exponentes Triepel (1899) y Anzilotti (1905), “el derecho internacional forma dos órdenes jurídicos independientes, que difieren por sus fuentes, por las relaciones que rigen y por los sujetos a quienes ligan; uno y otro derecho se mueven en campos distintos, dentro de dos círculos que cuando más se tocan, pero nunca se superponen. Por consiguiente, las normas de derecho internacional no tienen fuerza obligatoria al interior de un Estado, sino en virtud de su recepción, esto es, por medio de un acto legislativo, que transforma en reglas de derecho interno. Según los monistas, Kelsen (1920),





nuestro caso, respecto a la definición efectuada por los dos grupos, la Constitución paraguaya adoptó el sistema dualista, es decir, confiere valor de derecho interno a las normas de derecho internacional, siempre y cuando hayan sido ratificadas por ley.

La Corte Suprema de Justicia tiene la potestad de hacer cumplir las leyes, interpretarlas o declararlas inconstitucionales –si la norma del derecho positivo afecta algunos de los derechos consagrados–, y de velar por la aplicación de los tratados y acuerdos internacionales, cuando hayan sido ratificados por el país.

La incorporación del derecho internacional público de seguridad social al derecho positivo se observa en ratificación por Ley N° 05/1992 del 9 de abril de 1992 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que confiere a la seguridad social el estatus de derecho humano, el cual ha sido consagrado en la Constitución de 1992 como un derecho fundamental. Los Estados que ratificaron estos instrumentos tienen la obligación de hacerlos cumplir a través de los mecanismos institucionales y jurídicos dentro de su marco legal constituido, así como a adoptar políticas para el disfrute efectivo de dichos derechos (OIT 2011).

Más recientemente, el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) de la OIT fue ratificado por parte del Estado paraguayo a través de la Ley N° 6791/21 del 19 de agosto de 2021, convirtiéndose en el primer instrumento que establece principios, prestaciones y reglas de seguridad social incorporado al derecho positivo nacional.

2.3 Garantía de la seguridad social y la asistencia social

La Constitución Nacional vigente consagra el derecho a la seguridad social para todos los ciudadanos de la República de la siguiente forma:

-
- El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado. Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio (Constitución Nacional de 1992, art. 95).
-

Respecto a la configuración de sistema que aspira la Constitución Nacional, podemos definirla como el conjunto de normas jurídicas que regulan armónicamente e integran todos los aspectos relacionados con la seguridad social. Más específicamente, las prestaciones, los parámetros, los criterios de accesibilidad, el esquema de financiamiento, los sujetos obligados, los mecanismos de control y supervisión y las políticas de inversiones y otros elementos relacionados, por las cuales se deberá regir la entidad o entidades que administran la seguridad social. Estas tienen como fin otorgar una prestación sanitaria o económica suficiente contra los riesgos que sitúen a los individuos en una condición de necesidad y los exponga a una situación de vulnerabilidad.

El artículo 103 de la Constitución Nacional también se refiere al sistema nacional de seguridad social para el establecimiento y la regulación del régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados públicos. Propone que, dentro de este sistema que menciona la norma constitucional, donde interactúan los mismos principios, reglas y mecanismos de control,

Wensel (1920) y otros, todo sistema jurídico es una construcción jerárquica de reglas que, extraídas unas de otras, se van erigiendo a modo de una pirámide” (Ozuna 2002, 206).

se deberá establecer este régimen a través de la ley¹³. A diferencia del art. 95, este dispone la composición de los actores que deben formar parte del gobierno de la entidad, estableciendo que tanto los aportantes como los jubilados participarán de la administración, pero bajo el control estatal. Respecto a su naturaleza, dispone que las entidades creadas con la intención de administrar son autárquicas y que, por lo tanto, deberían conferir a sus asegurados la potestad de ejercer su administración. Asimismo, delimita la obligación de los sujetos obligados, estableciendo que participarán del mismo régimen todos lo que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado.

Desde nuestro punto de vista, el componente de obligatoriedad está sustentado en el poder que ejerce el Estado a través de las instituciones creadas por ley, para exigir la inclusión del trabajador dependiente dentro sistema fundamentado en el principio de solidaridad¹⁴. Actualmente, en la legislación vigente todos los regímenes de seguridad social obligatorios son de naturaleza pública y tienen, por intermedio de las entidades de seguridad social, la potestad de ejercer su cumplimiento a través de los mecanismos que dispone la ley.

Respecto a los sujetos obligados, la primera parte de la norma constitucional coloca al trabajador dependiente y su familia en el centro de la protección. El acceso y disfrute del derecho está vinculado a la tenencia de un empleo asalariado, el cual, al estar consagrado en el Capítulo VIII del trabajo, Sección I de los derechos laborales, no lo desliga de la acepción restrictiva ocupacional, sino que lo refuerza vinculándolo de esta manera al ámbito del derecho laboral.

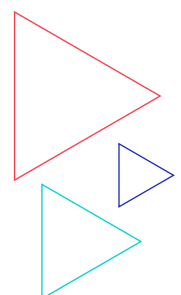
En alusión a la definición de integralidad que hace referencia el precepto constitucional y tomando en consideración las definiciones de varios autores (Buenaga Ceballos 2016, 339-360; Ruiz Moreno 2012; Gala Vallejo 1961), esta constituye el alcance de las prestaciones, tanto en términos económicos como de asistencia médica. Esto bajo los siguientes criterios: a) de manera oportuna, es decir, en el tiempo y de manera inmediata cuando ocurra la necesidad; b) con criterio de suficiencia, que respecto a la prestación económica debe garantizar la subsistencia básica del individuo suavizando su consumo, o en forma de atención médica, cuando se deba dar cobertura conforme a una serie de paquetes prestacionales de acuerdo al nivel de asistencia requerida; y c) ser completa, lo que supone la cobertura de todos los riesgos o las contingencias de la seguridad social.

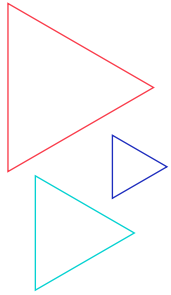
La segunda parte de la norma constitucional otorga al Estado a través de sus instituciones la potestad de establecer medidas de protección social ampliada, ya no solo enfocando como principal sujeto al trabajador, sino a toda la población en general. Es así como el enunciado “promover su extensión a otros sectores de la población”, que consagra el art. 95, se refiere no solamente a la incorporación como sujeto de derecho a aquellas personas que tienen un ingreso a través de un empleo, sino también a aquellos que, por alguna razón o estado, ya sea de edad, vulnerabilidad, discapacidad u otra imposibilidad, no pueden participar de los esquemas de seguridad social. Al ampliar la protección del Estado a toda la sociedad, este tiene la obligación de disponer de recursos y medios necesarios para establecer mecanismos o instrumentos de sustento económico o sanitarios a aquellos que no han realizado aportes contributivos, o que, de hacerlo, no han resultado suficientes para acceder a la cobertura o a los servicios ofrecidos por el sistema contributivo de seguridad social.

Respecto a la naturaleza de las entidades administradoras o gestoras de los regímenes de seguridad social, estas pueden ser públicas, privadas o mixtas, y deberán, en todos los casos,

13 El art. 102 de la Constitución Nacional establece que “los funcionarios y empleados públicos gozan de los derechos establecidos en la Constitución en la sección de los derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley y con resguardo de los derechos adquiridos”.

14 Gide afirma que “todas las formas de seguros sociales obligatorios son solidaridades coercitivas en tanto que ponen a cargo de los patronos las subvenciones para los obreros, y que el seguro social es la sanción de la solidaridad social”. Charles Gide, *La solidarité: cours au Collège de France, 1927-1928*, 1932, 71, citado por Alonso Seco (2020, 145).





ser supervisadas por el Estado. En ese sentido, se introduce la definición del tipo de naturaleza jurídica que puede adoptar una entidad gestora de la seguridad social que, anteriormente, solo estaba destinada a ser de naturaleza pública, pudiendo constituirse en adelante en entidad de naturaleza privada o mixta. Mientras que las entidades públicas del esquema previsional y de jubilaciones y pensiones corresponden a periodos constitucionales anteriores, el sistema no contributivo fue diseñado y puesto en marcha a partir de la Constitución de 1992. En la actualidad, el sistema previsional paraguayo se compone de diferentes entidades: ocho cajas previsionales públicas, de las cuales dos son complementarias al IPS y cuatro son mutuales con prestaciones privadas de jubilaciones y pensiones reguladas por la ley de mutuales (véase el gráfico XV.1).

Otro elemento relevante de la norma constitucional es la incorporación de la supervisión y el control sobre el sistema de seguridad social. La Constitución otorga al Estado la potestad exclusiva de establecer mecanismos jurídicos de control, supervisión y regulación en todos sus aspectos: financieros, económicos, de gobierno corporativo, de inversiones, de prestaciones y de cualquier tipo de supervisión que se realice en el marco de la seguridad social. Sin embargo, en la realidad, las cajas previsionales están reguladas conforme a sus respectivas cartas orgánicas o leyes, y la naturaleza de la supervisión difiere de una a otra.

► Gráfico XV.1. Esquema de jubilaciones y pensiones en el Paraguay



Fuente: B. Navarro y E. Ortiz, *El sistema de pensiones de Paraguay: Debilidades que exhibe y perspectivas de la reforma*. Asunción: Centro de Análisis y Difusión de la Economía Paraguaya (CADEP), 2014.

En lo que respecta a la disposición de los fondos y su rendimiento, se establece de forma concordante con las constituciones anteriores que “los recursos financieros de los seguros

sociales no serán desviados de sus fines específicos y; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio". En dicho sentido, todas las contribuciones que se efectúen para brindar cobertura en la vejez, invalidez, muerte u otras prestaciones de corto plazo, de acuerdo con el fondo y la naturaleza de la contribución, pueden utilizarse solamente para cumplir con dichos objetivos. No pueden ser desviadas para otro tipo de acciones estatales que no guarden relación con la protección de las contingencias de la seguridad social. Las inversiones que efectúen las entidades gestoras deberán cumplir con los principios de seguridad, rentabilidad, diversificación y oportunidad. En efecto, las leyes de las entidades de jubilaciones y pensiones establecen la obligatoriedad de establecer políticas de inversión a los efectos de acrecentar el patrimonio y asegurar la sostenibilidad financiera del sistema ¹⁵.

2.4 Nuevas regulaciones de seguridad social: ampliación de la cobertura y reformas paramétricas

Respecto a la modernización de las legislaciones de seguridad social a partir de la Constitución de 1992, cabe mencionar la actualización de la Ley de 1909, que rige las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos, a través de la Ley N° 2345/2003 y sus sucesivas modificaciones, que, entre otras, elevaron las tasas de cotizaciones y ampliaron la base reguladora (Navarro y Ortiz 2014). También se destacan la Ley N° 3856/2009, que establece la acumulación del tiempo de servicios en las distintas Cajas de Jubilaciones y Pensiones de Paraguay, así como la Ley N° 4370/2011, que establece el seguro social para docentes dependientes de instituciones educativas privadas.

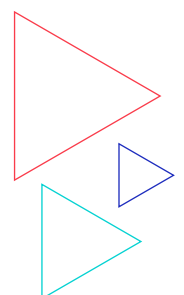
En el año 2013 se promulgó la Ley N° 4933/2013 de incorporación voluntaria de los trabajadores independientes, los empleadores y las amas de casa al seguro social, gestionada por el IPS para el acceso únicamente al sistema de jubilaciones y pensiones de la previsional. Posteriormente, se promulgó la Ley N° 5407/2015 sobre trabajo doméstico, que incorporó a este sector al régimen general obligatorio del IPS. En el mismo año, se aprobó la Ley N° 5508/2015, que instituye un nuevo marco normativo para la implementación de políticas relacionadas con la promoción, protección y apoyo a la lactancia materna, garantizando los derechos de las madres trabajadoras en el periodo de amamantamiento ¹⁶, cualquiera fuere el tipo de contrato o prestación que se ejecute (Casalí y Velásquez 2016).

Se observa que, más allá de nuevas regulaciones en el marco de la seguridad social, esta no presentó cambios sustanciales respecto al modelo del IPS en el año 1943 ni, posteriormente, con la puesta en funcionamiento de las demás Cajas de Jubilaciones y Pensiones. De la misma forma, no se llevaron adelante reformas estructurales, sino, más bien, se efectuaron cambios paramétricos y se incluyeron otros colectivos de trabajadores en relación de dependencia anteriormente excluidos.

Las debilidades institucionales han influido en gran parte a la lenta evolución hacia el sistema integrado de seguridad social. Hasta el año 2013, cuando por Ley N° 5115/2013 se creó el

15 Cada una de las Cajas de Jubilaciones y Pensiones disponen en sus respectivas normativas enunciados que regulan las políticas de inversión. Teniendo en cuenta las dos Cajas más grandes, se citan las bases legales al respecto: Decreto Ley 1860/50 aprobado por Ley 375/56, modificada por Ley N° 98/1992. Artículos 27 y 28 del IPS y la Ley N° 4252/2010 "Que modifica los artículos 3°, 9° y 10 de la Ley N° 2345/03 'De reforma y sostenibilidad de la Caja Fiscal, Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público'", de la Caja Fiscal.

16 La ley garantiza a las trabajadoras el derecho a disfrutar del permiso por maternidad, desde el período prenatal, el nacimiento y el posnatal, a fin de que el embarazo, el parto y la recuperación no sean obstáculos al momento de la reincorporación de la mujer trabajadora al mercado laboral. La trabajadora goza de los derechos a: permisos; pago de subsidio; derecho a la lactancia exclusiva al niño o la niña; prohibición de ejecutar determinados trabajos; inamovilidad laboral desde el inicio del estado de gravidez hasta que el niño o la niña cumpla un año de edad y la posibilidad de una reubicación laboral por el estado de gravidez en caso de realización de trabajos que podrían poner en peligro a la madre y al niño o la niña.





Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS), no existía un organismo facultado para ejercer la autoridad administrativa en la materia.

Otro componente relevante del bajo desempeño del esquema de la seguridad social es la realidad del mercado de trabajo, que presenta una alta informalidad y heterogeneidad, lo cual constituye un obstáculo para efectivizar la protección integral del trabajador y su familia a través del acceso a las prestaciones económicas de corto y largo plazo ¹⁷.

Sin embargo, más allá del alcance de la seguridad social delimitado al mundo laboral, en las últimas décadas se observaron avances significativos en la implementación de programas sociales para reducir las inequidades, combatir la pobreza y avanzar hacia una mayor inclusión social. Las primeras estrategias destinadas a enfrentar las carencias sociales que afectaban a la población aparecieron después de una década del inicio del periodo democrático. Duarte Recalde (2018) señala que, entre los problemas que se arrastraron desde la dictadura y que no se aliviaron mediante políticas públicas durante los primeros diez años, sobresalía la situación de pobreza en que se encontraba gran parte de la población y que requería respuestas urgentes para paliar las necesidades básicas insatisfechas.

A partir del año 2003 se impulsó en el país el primer programa no contributivo de asistencia social con la puesta en marcha de la primera Estrategia Nacional de Lucha contra la Pobreza, la Desigualdad y la Exclusión Social. Posteriormente, se llevaron adelante otras iniciativas a través del desarrollo de programas de Transferencia Monetaria Condicionada (TMC) ¹⁸. Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos y avances en materia de protección social a través de la articulación de programas contributivos y no contributivos con la política económica y la de empleo, aún no se ha podido dar una solución adecuada a los fenómenos multidimensionales que envuelve el fenómeno de la pobreza, pues persisten niveles elevados de desigualdad y acceso a oportunidades. Según Duarte Recalde (2018), esto se debe, en parte, a que la aplicación de los programas estuvo acompañada por un proceso de alta burocratización y descoordinación interinstitucional, cuyas funciones se fueron creando a medida que surgían, llegando incluso a superponerse unas a otras en sus marcos de creación y ralentizar así los procesos para su operatividad.

Sin embargo, se debe resaltar el éxito en la aplicación del programa focalizado de pensión alimentaria de adultos mayores en situación de vulnerabilidad, que, a pesar de no ser universal (en la práctica), ha generado una ampliación de cobertura significativa de la población objetivo, superando casi tres veces la prestación contributiva de jubilaciones y pensiones ¹⁹.

17 De acuerdo a los datos del *Boletín Estadístico de Seguridad Social*, la baja cobertura de la población ocupada (23 por ciento), el bajo nivel de cobertura de los adultos mayores a través del sistema contributivo de la seguridad social (14 por ciento), la exclusión legal de los trabajadores independientes de los regímenes obligatorios de seguridad social y el alto índice de informalidad que presenta el mercado de trabajo paraguayo (62 por ciento) representan otros componentes de las debilidades institucionales para la materialización del derecho a la seguridad social (MTESS 2019).

18 Los principales diseños de estrategias, planes y programas que se desarrollaron desde esos años hasta la actualidad fueron: Programa de Pensiones no Contributivas para adultos mayores en situación de vulnerabilidad en 2004; Programa Alimentario Nutricional Integral en 2005; Estrategia Nacional de Lucha contra la Pobreza en 2006; Plan Estratégico Económico y Social en 2008; II Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades en 2003-2007; III Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades en 2007-2018; Política Pública para el Desarrollo Social en 2010-2020; Programa Abrazo en 2010; Saso Pyahu en 2011-2012; Plan de Acción de la Alianza Público-Privada para la Eliminación de la Pobreza Extrema con énfasis en la Familia en 2012; Plan Nacional de Desarrollo Paraguay 2030; Políticas Públicas para Mujeres Rurales (Ley 5446/15); Sembrando Oportunidades en 2014; Estrategia Integrada de Formalización del Empleo en 2018; Programa de Protección Social Vamos en 2018 (Rojas Viñales 2018).

19 Por Ley N° 3728/2009, de fecha 24 de agosto de 2009, se ha establecido la universalización del programa de pensión alimentaria de adultos mayores, que contribuyó a que se aumentara significativamente la cantidad de adultos mayores que reciben una pensión, incrementándose de 909 beneficiarios en el 2010 a 176 724 en 2019. Respecto a los trabajadores ocupados sin cobertura de la protección social contributiva, se encuentran los independientes (30,6 por ciento), empleador o patrón (5,3 por ciento), familiar no remunerado (7,18 por ciento), más los trabajadores informales públicos y privados (46,1 por ciento) (Encuesta Permanente de Hogares 2019).

3. Mecanismos de control constitucional y la justiciabilidad del derecho a la seguridad social

La organización política del Estado se asienta sobre la división de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, siendo uno de elementos más importantes de la democracia moderna la independencia del Poder Judicial (Constitución Nacional de 1992, art. 248).

El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución y tiene a su cargo la administración de justicia, que es ejercido, a través de la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley (Constitución Nacional de 1992).

Los derechos fundamentales están investidos de garantías para hacer efectivo el derecho consagrado por la Constitución. Entre estas garantías se encuentran las dispuestas en el artículo 132 de la inconstitucionalidad²⁰; el artículo 133 del *habeas corpus*, que puede ser a su vez preventivo, reparador o genérico; el artículo 134 del amparo; y el artículo 135 del *habeas data*. La acción de inconstitucionalidad solo puede ser atendida por la Corte Suprema de Justicia, mientras que las demás garantías pueden ser resueltas por los magistrados de primera instancia (Constitución Nacional de 1992). La tutela que ofrece el recurso de amparo es de pronto despacho. La norma constitucional establece al respecto lo siguiente:

-
- ▶ Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley (Constitución Nacional de 1992, art. 134).
-

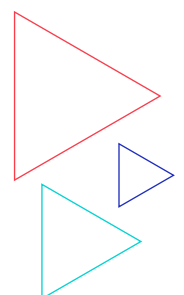
En ese sentido, cuando una persona considera que el ejercicio de algún derecho se encuentra vulnerado o en riesgo de serlo y pueda lesionar u ocasionarle un daño grave, la Constitución garantiza el acceso a los órganos jurisdiccionales por vía del amparo.

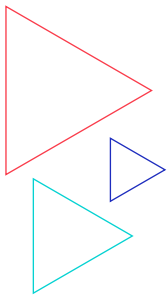
La doctrina internacional nos revela que en las últimas décadas la actividad de los tribunales ha desempeñado un papel preponderante en las decisiones que atañen al ámbito social a través de los procesos judiciales, considerando que la instancia judicial tiene cada vez más participación en los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y los particulares que se resuelven en lo jurisdiccional (Domingo 2004).

Al analizar el caso paraguayo, Franco (2017) refiere que, a medida que se avanza en el proceso de la judicialización de la política, se compromete aún más a los magistrados en la materialización de los derechos económicos, sociales y políticos de los ciudadanos.

Autores como Sieder, Schjolden y Angell (2005) señalan que la cantidad de demandas que reciben los tribunales constitucionales para resolver los conflictos políticos y sociales hacen que estos desempeñen un papel de contrapeso respecto a los demás poderes, en cuanto a la efectiva materialización de los derechos humanos fundamentales. La cuestión suscitada sobre esta discusión es el alcance de las prerrogativas que nuestra máxima instancia judicial

²⁰ La acción de inconstitucionalidad está regulada por el Código Procesal Civil paraguayo en su art. 550. La Constitución, en su artículo 132, establece que la Corte Suprema de Justicia (CSJ) es el órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales en forma exclusiva y excluyente. El procedimiento podrá iniciarse ante la Sala Constitucional de la CSJ, que solo podrá declarar la inconstitucionalidad de una ley en los casos concretos y contenciosos. No le está permitido expedirse en abstracto sobre la inconstitucionalidad de las leyes. La declaración de inconstitucionalidad no significa derogación de la norma impugnada, solo su inaplicabilidad, es decir, la ley sigue siendo ley para todos aquellos que no la impugnaron, salvo para quienes la promovieron.





posee para resolver demandas sociales de los ciudadanos que invocan los derechos humanos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional para el acceso a una prestación o a un servicio que el Estado debe ofrecerles.

De acuerdo con Franco (2017), tanto el Poder Judicial como la Sala Constitucional se instituyeron en instancias relevantes a partir de 1992, ya que, de pasar a tener un rol limitado, exclusivamente, a la aplicación del derecho positivo, se transformaron en actores clave dentro de las disputas que, anteriormente, no les estaban atribuidas y que correspondían a otras instancias estatales. Se convirtieron, de esta manera, en protagonistas relevantes del proceso de democratización y consolidación del Estado de derecho.

3.1 La garantía del recurso de amparo para el acceso a derechos de seguridad social

Una de las demandas más recurrentes en los tribunales con respecto a la seguridad social es el acceso a las prestaciones médicas que brinda el Instituto de Previsión Social. El IPS recibe anualmente más de un centenar de sentencias interpuestas en contra de la previsional, exigiendo el otorgamiento de medicamentos o de servicios de alta complejidad para asegurados que aún no han reunido los requisitos e incluso para personas que no se encuentran como cotizantes activos de la entidad. A lo largo de todos estos años, los tribunales han fallado de forma unánime respecto a que el IPS debe brindar atención médica a todas las personas, invocando el derecho humano fundamental del derecho a la salud. A continuación, se analizarán brevemente los fundamentos tenidos en cuenta en dos sentencias recurrentes durante periodos distintos, publicados en la página web de la Corte Suprema de Justicia ²¹.

Ambos casos expuestos versan sobre acciones interpuestas ante la Resolución N° 1973/98 del Consejo de Administración del IPS, que establece los periodos de antigüedad que deben tener tanto el asegurado cotizante como el familiar de este para obtener el derecho de acceso a sesiones de hemodiálisis y trasplante renal ²².

El primer caso es el de Daniela Cantero de Romero c/ I.P.S. s/ Amparo Constitucional en contra del IPS. La demandante solicitaba que la entidad proveyera “en forma gratuita e inmediata el tratamiento médico de hemodiálisis” que fuera negado de acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 1973/98 del Consejo de Administración de la previsional. Al respecto, los miembros de la Corte se expidieron sobre la inaplicabilidad de la normativa del IPS, basados en fundamentos constitucionales como el derecho a la vida y la implementación del Sistema Nacional de Salud ²³, así como el alcance de una resolución interna que no puede privar un derecho humano fundamental, dando preponderancia a los derechos humanos a la salud y a la vida como fundamento para el acceso al tratamiento médico (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia N° 474, 2010).

21 Disponible en <https://www.pj.gov.py/>

22 Resolución C.A. N° 1973/98 de fecha 14 de julio de 1998, por la que se aprueba el “Reglamento para hemodiálisis y trasplante renal por enfermedad crónica o accidente que no sea de trabajo”. En su art. 1° establece que el cotizante debe tener como mínimo 160 semanas de aportes (tres años) para tener acceso a tratamientos de hemodiálisis o trasplante renal; dispone que el familiar asegurado debe encontrarse como beneficiario como mínimo con 200 semanas de aporte del titular y, en caso de readmisión al sistema, por una configuración de baja o salida del seguro social por más de dos meses y con un mínimo de cuatro años de aportes sucesivos, deberá de nuevo reunir dos años de aportes para acceder al beneficio médico. Se dispone además que para la provisión de drogas inmunosupresoras y específicas se tendrán los mismos requisitos.

23 Constitución Nacional de la República del Paraguay. Artículo 69.- Del Sistema Nacional de Salud: “Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado”.

El siguiente caso guarda relación con una consulta constitucional en el juicio “Ramón Luis Alvarez C/ Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Acción de Amparo Constitucional” ante la Resolución N° 1973/98 emitida por el Consejo de Administración del IPS. En la ocasión, el criterio de los miembros de la Corte Suprema de Justicia se sustentó en las disposiciones constitucionales referidas al derecho y la calidad de vida, el derecho a la salud, la seguridad social, la supremacía de la Constitución y la igualdad de las personas. Los magistrados manifestaron que “el Instituto de Previsión Social y todas las entidades públicas o privadas abocadas al cuidado de la salud están constreñidas por ley a cumplir con el fin para el cual fueron creadas” y, según sus exposiciones, dispusieron que la resolución recurrida constituía de por sí una violación de los derechos humanos fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia N° 18, 2018).

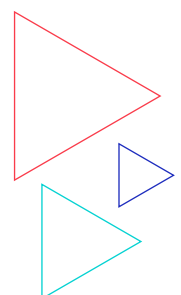
También comentaremos un caso correspondiente a la Dirección de Jubilaciones del Ministerio de Hacienda, que presenta Shirley Franco (2017). Resulta relevante a los efectos de ver otro tipo de reclamo efectuado por vía del amparo judicial sobre el reconocimiento de años de aportes otorgado por la Ley N° 39/1948 del magisterio público²⁴, que fuese efectuado por una persona de sexo masculino. Se cuestionaba la legitimidad de la Resolución N° 1987 del 24 de diciembre de 2001 en el juicio Salinas Sosa c/ Ministerio de Hacienda s/ Amparo, 2006, que reconoció este derecho exclusivamente a las mujeres del magisterio público. La particularidad del caso reviste en el argumento de la Corte en cuanto a que no puede denegarse el derecho por razón del sexo:

-
- ▶ (...) De hecho, una interpretación contraria a la que sostenemos resultaría violatoria de los derechos consagrados en los artículos 46 y 47 de la Constitución, los cuales, respectivamente, prohíben la discriminación, y garantizan la igualdad ante las leyes de todos los habitantes de la República. Si bien es cierto que existen leyes de carácter tuitivo, no por eso son discriminatorias, y en el presente caso no existen razones para diferenciar entre hombres y mujeres. En efecto, la crianza y el sostén económico de los hijos recaen igualmente sobre ambos progenitores. Es cierto que la mujer es la que soporta el embarazo, pero para compensar esa diferencia, se han dictado disposiciones legales que prohíben el despido de una embarazada, le conceden a ésta el permiso de maternidad correspondiente, etc. (Salinas Sosa c/ Ministerio de Hacienda s/ Amparo, 2006, citado en Franco 2017, 90).
-

Respecto a la larga data de casos judiciales que fallan en contra de las reglas del IPS por vía del amparo, hemos notado que ni el IPS ni la Caja Fiscal, a pesar de tener sentencias sucesivas que sientan la jurisprudencia en los mismos asuntos, han modificado su reglamentación interna. Tampoco han establecido mecanismos jurídicos para determinar el alcance de su aplicación. De acuerdo con Cecchini y Rico, esta serie de reclamos deberían servir como alerta para dar mayor visibilidad a la problemática, atendiendo que:

-
- ▶ (...) estas situaciones llaman la atención sobre la necesidad de establecer circuitos de información que vinculen los sistemas de reclamo judicial y administrativo con los

24 El artículo 2° de la Ley 39/1948 establece dejar sin efecto el art. 7° del Decreto Ley N° 7.648 del 8 de marzo de 1945 y que se modifique el art. 20° del Decreto Ley N° 6.436 del 25 de abril de 1941 en la siguiente forma: “A los miembros del magisterio se les computará un año más de servicio por cada hijo legítimo nacido durante el ejercicio de la docencia, no debiendo exceder de cinco el número de años computados en esta forma”. Sin embargo, la Ley 2345/2003 modificó este artículo estableciendo en su art. 13° respecto a la jubilación del magisterio público lo siguiente: “(...) a las mujeres se les computará a partir de los veinticinco años de servicio un año más de servicios por cada hijo nacido durante el ejercicio de la docencia, no debiendo exceder a tres hijos vivos el número de años computados de esa forma”.





procesos de definición del problema, diseño y evaluación de políticas, para que estos operen en un sentido de captación (Cecchini y Rico 2015, 353).

A nuestro entender, esto también genera una suerte de discriminación hacia los que tienen acceso a más información y que reúnen las condiciones económicas para costear el pago de un abogado para ejercer su derecho. La desigualdad está dada, por tanto, en el acceso (o no) a estos derechos vía judicial, lo que resulta en que muchas personas, ya sea por desconocimiento o por incapacidad económica, no hagan efectivos sus reclamos ante los órganos jurisdiccionales. Asimismo, se generan altos costes para las entidades de seguridad social al no atender los repetidos fallos de la Corte en temas recurrentes dentro de sus normativas.

4. Principales conclusiones y desafíos del sistema de seguridad social a la luz del derecho constitucional

Los periodos constitucionales analizados han mostrado un desarrollo orientado al compromiso político de ubicar a las personas como eje central de su desempeño, introduciendo los principios fundamentales de los derechos humanos a partir de la incorporación de las normas del derecho internacional a la Constitución Nacional. Se ha observado que, con el avance del modelo de Estado social de derecho, el catálogo de derechos y garantías ha sido ampliado, lo cual representa la evolución de la responsabilidad estatal en la defensa de los derechos sociales y económicos en su conjunto.

En lo que respecta al derecho a la seguridad social en la Constitución paraguaya, podemos afirmar que se clasifica como una norma de carácter programático de cumplimiento obligatorio, ya que está dirigida al legislador y obliga a su regulación estableciendo directrices sobre los principios, alcance, naturaleza del servicio, supervisión y finalidad de los recursos. Ante esta situación, la norma constitucional predispone la voluntad del legislador para su materialización efectiva, disponiendo que el sistema debe ser establecido por ley. El derecho consagrado en la norma constitucional impone, en primera instancia, que esta sea plasmada en un cuerpo jurídico y su consecución implica, además, que las regulaciones estén acompañadas de recursos económicos, financieros y de la institucionalización de la seguridad social –ya sea esta de naturaleza pública, privada o mixta– para que cumplan con sus fines.

Respecto a los tipos de riesgos o contingencias que deben ser cubiertos y el alcance de la cobertura prestacional del seguro social, se dejan también a criterio del legislador, lo cual requiere de complejos procesos políticos para su inclusión y tratamiento en la agenda pública para la efectividad y acceso al derecho. Sobre este punto se puede evidenciar que ninguna de las constituciones analizadas contempla los riesgos que deben ser cubiertos por la seguridad social. Sin embargo, la determinación de estas contingencias en la norma es congruente con las establecidas por el derecho internacional público, ya que las legislaciones las han adoptado sin estar enunciadas taxativamente en el cuerpo constitucional.

Permanece la noción de la cobertura obligatoria de seguridad social para el trabajador que se encuentre en situación de dependencia establecida en el diseño de las normativas anteriores a la Constitución actual, pero con la atribución otorgada al Estado para promover su extensión a los demás sectores de la población. El esquema de financiamiento contributivo sobre el cual funciona y las prestaciones que otorga también continúan invariables. Sin embargo, observamos que si bien se avanzó en reformas jurídicas que han modificado parámetros sobre ciertas prestaciones (maternidad y jubilaciones) o que han ampliado la cobertura para trabajadores excluidos (domésticas, docentes privados y trabajadores independientes, estos últimos de forma voluntaria), no se han visualizado cambios sustanciales en el modelo que se mantiene desde mediados del siglo XX. Ahora bien, el avance en las regulaciones de la asistencia social es propio

de la Constitución de 1992, en la cual se han incorporado políticas económicas y sociales para paliar el problema de la vulnerabilidad, la pobreza y el desarrollo social; sin embargo, estas aún requieren del fortalecimiento y la coordinación institucional para que cumplan con el objetivo propuesto.

La materialización del derecho a la seguridad social debe estar estrechamente vinculada con otras políticas, estrategias y normativas conexas para su consecución, ya que la falta de integralidad o coordinación entre sí genera superposición jurídica, disparidades en las interpretaciones de la norma, exceso de burocracia estatal, entre otros problemas para su aplicabilidad. Estas cuestiones impiden o dificultan el acceso a los servicios y las prestaciones que el usuario requiere en un momento determinado, a pesar de que su derecho se encuentre consagrado constitucionalmente.

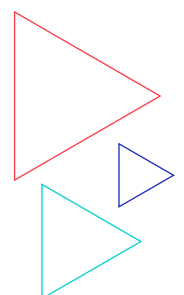
La intervención coordinada del Estado resulta clave frente a las necesidades de los sujetos que se encuentran expuestos a situaciones de riesgo y que requieren de garantías efectivas ante la demanda de un trato igualitario establecido en un Estado social de derecho. En ese sentido, las garantías constitucionales son los recursos dispuestos por la carta magna para hacer efectivo el ejercicio de tales derechos, siendo el Poder Judicial el único poder del Estado con atribuciones para interpretar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.

La incorporación de los derechos humanos fundamentales en la Constitución Nacional, las garantías constitucionales de naturaleza cautelar y la creciente demanda social hacia el Estado generaron una mayor judicialización para el acceso a servicios o prestaciones derivados del derecho a la seguridad social. En dicho sentido, cada vez más personas recurren ante los tribunales para reclamar un derecho que se ve compelido o que se encuentra en riesgo de ser atentado a través del recurso de amparo o de la acción de inconstitucionalidad. Se ha observado que la mayor cantidad de demandas vía amparo se dan en contra de la entidad administradora del seguro social ante la privación del derecho de acceso a la prestación médica o de provisión de medicamentos ante enfermedades catastróficas. Esto ha llevado a fallos jurisdiccionales unánimes respecto a la obligación de la previsual de proveer servicios de salud para asegurados y no asegurados, señalando que el derecho a la vida y a la salud son derechos fundamentales y que las instituciones públicas y privadas están obligadas al cumplimiento efectivo de este derecho. También se ha señalado que la falta de presupuesto, disposición normativa o reglamentación administrativa en contrario no puede impedir en ningún caso el acceso a la asistencia médica.

Las decisiones jurisdiccionales han dejado precedentes respecto al restablecimiento de una situación jurídica particular infringida –en este caso concreto, sobre la provisión de servicios médicos y medicamentos–. Esto ha acarreado, sobre el mismo derecho cautelado, un cúmulo de similares reclamos que son resueltos de forma sucesiva y unánime por los tribunales o la Corte Suprema, que generan sinergia negativa entre las políticas, las regulaciones normativas y administrativas para el cumplimiento del fallo jurisdiccional, en especial cuando estas ocasionan costos adicionales a las instituciones previsionales y alteran o distorsionan las reglas dispuestas para el acceso a las prestaciones de la seguridad social a los usuarios en general.

Esta situación revela principalmente la falta de diálogo permanente entre los poderes del Estado y la inadvertencia de los legisladores y demás responsables para proponer políticas públicas respecto a los reclamos sociales que se suscitan cotidianamente en los tribunales. La problemática tenderá a permanecer y agudizarse en tanto los fallos jurisdiccionales no sean revisados como parte del proceso de la formulación de la política pública, no se observen las consideraciones de los tribunales en las discusiones de las reformas normativas y que el consenso social con actores para el planteamiento de reordenamiento jurídico sea la práctica habitual para obtener una respuesta a la demanda social generada de forma recurrente.

La aspiración principal de la norma constitucional es constituir la seguridad social dentro de un sistema donde interactúen y se vinculen las políticas económicas y sociales, donde exista una





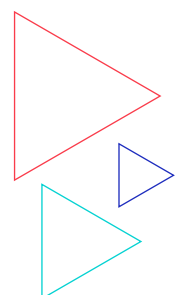
clara delimitación de las atribuciones de cada uno de los actores sociales e institucionales, que atienda principalmente la demanda de las personas a partir de la construcción de un marco jurídico claro. Dicho marco debería facilitar la aplicación e interpretación de la norma y otorgar una seguridad jurídica a los usuarios del sistema con eficiencia, oportunidad y eficacia. Esto requiere un pacto social y una agenda política que contribuya a instalar a la persona como eje principal del derecho y su bienestar social, articulando las competencias de las entidades de seguridad social e informando a los beneficiarios sobre los derechos a los cuales tienen acceso. De esta manera, se generará confianza en las instituciones y se logrará que la prestación sea otorgada a cada individuo de manera integral.

5. Bibliografía

Libros y revistas

- Alonso Seco, J. M. 2020. "Seguridad Social y principio de solidaridad". *Revista de Derecho Político* 1 (108): 127-164. <https://doi.org/10.5944/rdp.108.2020.27997>
- Arellano, P. 2019. "La importancia de la Primera Conferencia Regional Americana del Trabajo realizada en Chile en 1936". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (41): 157-176.
- Barba, A. R. 1997. "La Seguridad Social en Paraguay". Serie Monografías 23. Ciudad de México: Conferencia Interamericana de Seguridad Social CIESS.
- Benítez, J. M. 1997. "El Estado social de derecho". En L. Lezcano Claude y E. Camacho, comps., *Comentario a la Constitución*. Tomo I: *Homenaje al Quinto Aniversario*, 13-26. Asunción: Corte Suprema de Justicia.
- Buenaga Ceballos, O. 2016. "El derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores". Tesis doctoral, Universidad de Cantabria.
- Caja Bancaria. 2020. "Historia de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines". Asunción. Obtenido de <https://www.cajabancaria.gov.py/>
- Campos, L. 2010. *Apuntes de historia económica del Paraguay*. Asunción: Intercontinental Editora.
- Carbone, R. y L. Soler, eds. 2014. *Stronismo asediado: 2014-1954*. Asunción: Centro de Estudios y Educación Popular Germinal.
- Cardozo, E. 1996. *El Paraguay independiente*. Asunción: El Lector 1.
- Casalí, P. y M. Velásquez. 2016. *Paraguay. Panorama de la protección social: diseño, cobertura y financiamiento*. Santiago: OIT.
- Cecchini, S. y M. Rico. 2015. "El enfoque de derechos en la protección social". En S. Cecchini, F. Filgueira, R. Martínez y C. Rossel, eds., *Instrumentos de protección social. Caminos latinoamericanos hacia la universalización*, 331-362. Santiago: CEPAL.
- Chartrain, F. 2013. *La Iglesia y los partidos en la vida política del Paraguay desde la Independencia*. Asunción: CEADUC.
- Domingo, P. 2004. "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent trends in Latin America". *Democratization* 11 (1): 104-126.
- Duarte Recalde, L. 2018. "La institucionalidad de la política de asistencia social en Paraguay". En M. Campana, M. Servio y L. Andrenacci, coords., *La asistencia social en Argentina y América Latina. Avances, problemas y desafíos*, 46-65. Rosario: Programa de Estudios sobre Gubernamentalidad y Estado.

- Fiallos, E. 2017. *El Estado Social de Derecho y del Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Ambarato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Franco, S. 2017. "Judicialización de políticas y justicia constitucional en Paraguay". Tesis de maestría, Universidad Autónoma de Asunción.
- Gala Vallejo, C. 1961. *La Seguridad Social en España*. Madrid: SIPS.
- Gaona, F. 1991. *Introducción a la Historia Gremial y Social del Paraguay*, tomo III. Asunción: Centro de Documentación y Estudios C.D.E.
- González Bozzolasco, I. 2013. *Apuntes teóricos para el estudio del movimiento sindical en la transición democrática paraguaya*. Asunción: Centro de Estudios y Educación Popular Germinal.
- . 2014. "Represión, cooptación y resistencia: el movimiento sindical paraguayo". En R. Carbone y L. Soler, eds., *Stronismo asediado (2014-1954)*. Asunción: Centro de Estudios y Educación Popular Germinal.
- . 2019. "Militares, autoritarismo y modernización: el Estado, su transformación y centralidad en Paraguay". En L. Aronne y N. Hernich, *Projetos de Estado na América Latina contemporânea (1930-1960)*. Porto Alegre: EDIPUCRS.
- . 2020. "Estado, sindicatos y legislación laboral en Paraguay (1931-1961)". Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires.
- Hernández Valle, R. 2002. "Los derechos prestacionales". En J. Palomino Manchego y J. Remotti Carbonell, coords., *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*, 257-278. Lima: Ed. Universidad Mayor de San Marcos e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Instituto de Previsión Social. 2018. *Digesto Normativo del IPS*, M. Leguizamón y V. Molinas Gwynn, recopiladores. Asunción. Disponible en www.ips.gov.py
- Lezcano Claude, L. 2012. "Historia Constitucional del Paraguay (periodo 1870-2012)". *Revista Jurídica de la Universidad Americana* 3 (1): 173-291.
- Mendonça, D. 2012. "Constitución y política económica y social". En Corte Suprema de Justicia, *Comentario a la Constitución. Tomo IV. Homenaje al Vigésimo Aniversario*, 293-330. Asunción: Centro Internacional de Estudios Judiciales.
- Montt, G., C. Schmidlin y M. Recalde. 2021. *La seguridad social en el Paraguay y sus desafíos en contexto de la COVID-19*. Santiago: OIT.
- Morínigo, H. 1942. "La sanidad pública en el Paraguay". *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, 109-112.
- Navarro, B. y E. Ortiz, E. 2014. *El sistema de pensiones de Paraguay: Debilidades que exhibe y perspectivas de la reforma*. Asunción: Centro de Análisis y Difusión de la Economía Paraguaya (CADEP).
- Nogueira, H. 2009. "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". *Estudios Constitucionales* 7 (2): 143-205.
- OIT. 2011. *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Ozuna, A. 2002. "¿Puede una nueva Constitución Nacional modificar los Tratados Binacionales suscriptos por el Estado paraguayo?". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción*: 205-211.
- Paredes, A. 1941. *Álbum Gráfico de la República del Paraguay*. Asunción.



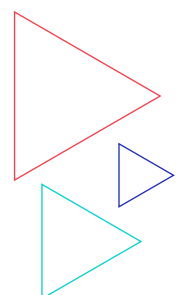


- Pérez-Garzón, C. A. 2019. "¿Qué es justicia social? Una nueva historia de su significado en el discurso jurídico transnacional". *Revista Derecho del Estado* 43: 67-106. <https://doi.org/10.18601/01229893.n3.04>
- Ramírez de Rojas, M. E. 2019a. *Cronología Histórica de la Salud Pública en Paraguay (1663-1954)*. Asunción: Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.
- . 2019b. *La Asistencia Pública en la Postguerra del Chaco, 1936-1956*, fascículo 19. Asunción: Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.
- Rivarola, M. 1993. *Obreros, utopías y revoluciones. La formación de las clases trabajadoras en el Paraguay liberal (1870-1931)*. Asunción: Centro de Documentación y Estudios.
- Rojas Viñales, A. 2018. "Crecimiento, pobreza y protección social en Paraguay". *Población y Desarrollo* 24 (47): 87-102.
- Ruiz Moreno, A. G. 2012 "¿Siguen vigentes los principios clásicos de la seguridad social o se requiere de un replanteamiento?". En B. P. Ramírez López y R. Ham Chande, coords., *Encrucijadas, prospectivas y propuestas sobre la seguridad social en México*, 49-60. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Colegio de la Frontera Norte.
- Salgado Pesantes, H. 2017. "El constitucionalismo social y sus garantías. Influencia de la Constitución mexicana de 1917 en el Ecuador". En E. Ferrer Mac-Gregor y R. Flores Pantoja, coords., *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*, 849-864. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Sieder, R., L. Schjolden y A. Angell, eds. 2005. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Silvero, J. 2004. "De reformas constitucionales y otras necesidades". *Revista Paraguaya de Estudios Políticos Contemporáneos NovaPolis* 9: 5-10.
- Valadés, D. 2009. "Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 12: 23-58.
- Velázquez, D. 2019. *El desarrollo de la institucionalidad del trabajo, empleo y seguridad social en el Paraguay (1870-2013)*. Santiago: Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina.
- Vieira, O. 2007. "La desigualdad y la subversión del Estado de derecho". *Revista Internacional de Derechos Humanos* 6 (4): 27-51.
- Villalba, Y. 2018. *Derechos Humanos: Nuestro fundamento constitucional y republicano*. Asunción: Centro de Estudios Judiciales.

Leyes y otras fuentes


- Álvarez, Ramón Luis c/ Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Acción de Amparo Constitucional, Acuerdo y Sentencia N° 18 (Corte Suprema de Justicia, 19 de febrero de 2018).
- Cantero de Romero, Daniela c/ IPS s/ Amparo, Acuerdo y Sentencia N° 474 (Corte Suprema de Justicia, 11 de octubre de 2010).
- Constitución de Paraguay (16 de marzo de 1844). Ley que establece la administración política de la República del Paraguay y demás que en ella se contiene.
- Constitución de Paraguay (24 de noviembre de 1870).
- Constitución de Paraguay (10 de julio de 1940).
- Constitución de Paraguay (25 de agosto de 1967).

- Constitución de la República del Paraguay (20 de junio de 1992).
- Decreto N° 2448/1937 "Por el cual se establece la profilaxis y represión del aborto criminal y se estimula la natalidad" (9 de diciembre de 1937).
- Decreto Ley N° 17071/1943 "Por el cual se crea el Instituto de Previsión Social" (18 de febrero de 1943).
- Decreto Ley N° 17071/1943 "Por el cual se crea el Instituto de Previsión Social" (18 de febrero de 1943).
- Decreto Ley N° 2000/1936 "De creación del Ministerio de Salud Pública" (15 de junio de 1936).
- Decreto Ley N° 2303/1936 "De creación del Departamento Nacional del Trabajo (DNT) (24 de junio de 1936).
- Ley de Jubilaciones y Pensiones (29 de julio de 1902).
- Ley de Organización Administrativa y Financiera del Estado (22 de junio de 1909).
- Ley N° 05/1992 "Que aprueba la adhesión de la República al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados durante el XXI Periodo de Sesiones de la Asamblea de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York" (9 de abril de 1992).
- Ley N° 105/1951 "Crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios" (27 de agosto de 1951).
- Ley N° 112/1915 "Que crea la Comisión Nacional de Asistencia Pública y Beneficencia Social". (1915).
- Ley N° 1183/1985 "Código Civil" (18 de diciembre de 1985).
- Ley N° 1361/1988 "Que crea la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del personal de la Itaipú Binacional" (19 de diciembre de 1988).
- Ley N° 213/1993 "Que establece el Código del Trabajo" (29 de junio de 1993).
- Ley N° 2345/2003 "De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal. Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público" (24 de diciembre de 2003).
- Ley N° 238/1954 "Por la que se sustituyen los Decretos Leyes N° s 1.550 y 10.047 de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Ferroviarios" (1954).
- Ley N° 3728/2009 "Que establece el derecho a la pensión alimentaria para las personas adultas mayores en situación de pobreza" (24 de agosto de 2009).
- Ley N° 3856/2009 "Que establece la acumulación del tiempo de servicios en las Cajas del Sistema de Jubilaciones y Pensión paraguayo, y deroga el artículo 107 de la Ley N° 1626/2000 'De la Función Pública'" (9 de octubre de 2009).
- Ley N° 39/1948 "Que modifica y amplía los Decretos-Leyes N° 7468 y 6436 y deroga la Ley N° 13" (20 de septiembre de 1948).
- Ley N° 4370/2011 "Que establece el seguro social para docentes dependientes de instituciones educativas privadas" (13 de julio de 2011).
- Ley N° 4933/2013 "Que autoriza la incorporación voluntaria de trabajadores independientes, empleadores, amas de casa y trabajadores domésticos al seguro social - Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Instituto de Previsión Social" (5 de junio de 2013).
- Ley N° 5115/2013 "Que crea el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social" (29 de noviembre de 2013).
- Ley N° 5407/2015 "Del trabajo doméstico" (12 de octubre de 2015).

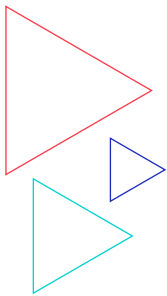




- Ley N° 5508/2015 “De promoción, protección de la maternidad y apoyo a la lactancia materna” (28 de octubre de 2015).
- Ley N° 641/1924 “Que crea una caja de jubilaciones y pensiones de empleados ferroviarios” (31 de julio de 1924).
- Ley N° 6791/2021 “Que aprueba el Convenio Relativo a la Norma Mínima de Seguridad Social” – C.102 (27 de agosto de 2021).
- Ley N° 71/1968 “Que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Administración Nacional de Electricidad” (26 de diciembre de 1968).
- Ley N° 729/1961 “Que sanciona el Código del Trabajo” (31 de agosto de 1961).
- Ley N° 740/1978 “Que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Municipalidad de Asunción” (27 de diciembre de 1978).
- Ley N° 742/1961 “Que sanciona el Código Procesal del Trabajo” (31 de agosto de 1961).
- Ley N° 842/1980 “Que crea el Fondo de Jubilaciones y Pensiones para los Miembros del Poder Legislativo de la Nación” (18 de diciembre de 1980).
- Ley N° 926/1926 (7 de septiembre de 1926).
- Núñez Rodríguez, V., J. Altamirano y A. Fretes. 2006. Salinas Sosa c/ Ministerio de Hacienda s/ Amparo. Resolución Definitiva. En Shirley Franco, “Judicialización de políticas y justicia constitucional en Paraguay”. Tesis de maestría, Universidad Autónoma de Asunción, 2017, 90-92.
- Ordenanza Municipal N° 1651 (20 de enero de 1626).
- Resolución C.A. del IPS N° 1973/1998 “Reglamento para hemodiálisis y trasplante renal por enfermedad crónica o accidente que no sea de trabajo” (14 de julio de 1998).
- Resolución del Ministerio de Hacienda N° 1987/2001 (24 de diciembre de 2001).



▶ **XVI. Evolución y prospectiva
del derecho a la seguridad
social en el Perú**



XVI. Evolución y prospectiva del derecho a la seguridad social en el Perú

Alfredo Villavicencio Ríos¹

Luis Enrique Mendoza Choque²

Resumen

El reconocimiento constitucional de la seguridad social en el Perú ha tenido como fundamentos la cláusula del Estado social y el principio de justicia social. Desde 1961, las cinco ramas del Convenio núm. 102 a las que el Gobierno peruano se obligó forman parte del ordenamiento nacional. Con la reforma de inicios de los años noventa, se instaló en el Perú un modelo de pensiones en el que compiten un sistema privado de cuentas individuales con el público, sustentado en el reparto. El Tribunal Constitucional peruano ha tenido un rol activo estableciendo que la seguridad social es una garantía institucional, por lo que la fuente normativa es vital para determinar su contenido. Además, el Tribunal ha resaltado la importancia del principio de equilibrio presupuestal, así como el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. El presente trabajo analiza el actual modelo contributivo de salud y pensiones, sus principales características y desafíos, así como la creciente importancia de los sistemas no contributivos en ambas ramas de la seguridad social. Finalmente, el trabajo hace un recuento de los principales cambios normativos durante la pandemia que han permitido el retiro de los fondos de pensiones para contrarrestar los efectos económicos de la COVID-19.

1. Introducción

El presente artículo tiene dos objetivos: por un lado, describir el devenir constitucional, legal y jurisprudencial del derecho a la seguridad social en el Perú y, por el otro, identificar sus principales retos.

El Perú pasó por un proceso de reforma estructural en los años noventa que introdujo el sistema privado de pensiones basado en cuentas individuales de capitalización. Desde ese momento el país cuenta con un modelo paralelo en pensiones en el que compiten y conviven de manera alternativa el sistema público con el privado (Neves Mujica 1993). En salud, el modelo contributivo es complementario y tiene como primer componente a la entidad pública (EsSalud) y como segundo pilar voluntario a las empresas privadas. En las últimas décadas se han realizado reformas parciales para mejorar la convivencia y las prestaciones en salud y pensiones. Al mismo tiempo, se han creado regímenes no contributivos que han sido fundamentales para enfrentar los retos de cobertura.

El Tribunal Constitucional ha tenido una participación significativa en el desarrollo de la seguridad social, ya que, además de definirla como una garantía institucional, ha establecido el contenido esencial del derecho a la pensión y ha resaltado la importancia del principio de

1 Exdecano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor principal de Derecho del Trabajo en grado y posgrado.

2 Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

solidaridad, así como el de equilibrio presupuestario. Este rol protagónico se ha manifestado incluso durante la pandemia cuando el Tribunal declaró inconstitucional el retiro anticipado de los fondos del sistema público.

El primer apartado del artículo describe la evolución y el contenido de la protección social a nivel constitucional. Seguidamente, se describe la exigibilidad de la seguridad social en la jurisdicción constitucional y administrativa. El tercer apartado muestra la arquitectura legal de los sistemas contributivos y no contributivos en pensiones y salud. La cuarta sección está reservada para describir los principales cambios y desafíos durante la pandemia y el apartado final muestra algunas conclusiones.

2. La justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución peruana

2.1 La justicia social y el modelo de seguridad social previo a la Constitución de 1979

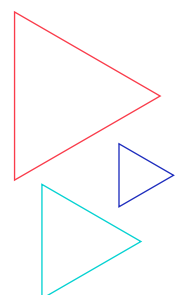
Las primeras constituciones peruanas del siglo XX representaron un reflejo poco nítido de los debates sobre los derechos sociales del constitucionalismo latinoamericano del momento (Blancas Bustamante 2011, 115). Mientras la Constitución de 1920 consagró una recepción tímida de la protección social como parte de las garantías sociales, la Constitución de 1933 representó un ligero progreso al reconocer algunas de las principales contingencias sociales como edad, desocupación, invalidez y enfermedad, al mismo tiempo que estableció la obligación estatal de garantizar la sanidad pública³. A nivel infraconstitucional, el modelo de seguridad social peruano estaba claramente segmentado. La Ley N° 8433 (1936) protegía a los obreros, mientras que Ley N° 13724 (1962) a los empleados. A estas dos regulaciones se le sumaba la Ley de General de Jubilación, Cesantía y Montepío (1950) que protegía a los funcionarios públicos.

Con la llegada de Juan Velasco Alvarado al poder (1968), se inició la unificación de la administración de la seguridad social en salud y pensiones. El Decreto Supremo N° 005-70-TR (29/9/1970) estableció la reorganización de las diversas entidades que hasta ese momento administraban la seguridad social. En julio de 1973, el Decreto Ley N° 19990 unificó las prestaciones en pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), mientras que mediante el Decreto Ley N° 22482, de abril de 1979, se creó el Régimen de Prestaciones de Salud. Dichas normas unificaron las “cajas” que existían hasta ese momento⁴. Ambos componentes de la protección social eran administrados por una entidad autónoma y descentralizada denominada Seguro Social del Perú creado por Decreto Ley N° 20212 de 1973⁵. Este modelo de seguro social era obligatorio para los

3 La Constitución de 1920 estableció la obligación del Estado de fomentar las instituciones de previsión y de solidaridad social, los establecimientos de ahorros, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares (artículo 56). Por su parte, la Constitución de 1933 dispuso que la ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas (artículo 48). El artículo 50 consagró que el Estado tiene a su cargo la sanidad pública y el cuidado de la salud privada, dictando las leyes de control higiénico y sanitario que sean necesarias, así como las que favorezcan el perfeccionamiento físico, moral y social de la población.

4 En materia de pensiones, existían Cajas de vejez, invalidez y sobrevivencia diferenciadas para empleados y obreros, mientras que en salud funcionaban Cajas de enfermedad y maternidad también diferenciadas por tipo de trabajador. Véase J. Neves Mujica, *Pensiones: reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009), 11-12.

5 El Decreto Ley N° 20212 (6.11.1973) creó el Seguro Social del Perú, fusionando la Caja Nacional de Seguro Social Obrero, el Seguro Social del Empleado y la Caja Nacional de Pensiones. El Seguro Social del Perú tenía como finalidad administrar el Sistema Nacional de Prestaciones de Salud, el Sistema Nacional de Pensiones y otros





trabajadores dependientes, la contribución equivalía al 9 por ciento de la remuneración mensual y el empleador cubría dos tercios de dicho aporte (Neves Mujica 2006, 71).

El régimen de pensiones especial más importante que convivía con el Decreto Ley N° 19990 fue, sin duda, el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley N° 20530 de febrero de 1974). Dicho régimen fue concebido como cerrado en favor de trabajadores que habían ingresado hasta el 11 de julio de 1962, pero mediante leyes, resoluciones administrativas y decisiones jurisdiccionales fueron incorporados a este régimen pensionario nuevos trabajadores del sector público como diplomáticos, algunos profesores, entre otros. Con la reforma de 2004 se cerró definitivamente el régimen 20530 para nuevos afiliados y se establecieron algunas limitaciones para el goce de sus prestaciones (Neves Mujica 2009, 13).

2.2 La justicia social y el modelo de seguridad social en la Constitución de 1979

El régimen militar que impulsó el proceso de unificación entró en crisis a finales de los años setenta y tuvo que convocar a una Asamblea Constituyente y, posteriormente, a elecciones presidenciales para restablecer la democracia representativa que había sido interrumpida desde 1968 (Pease García 1981). La Constitución de 1979 reconoció explícitamente dos principios fundacionales de la protección social: la cláusula del Estado social ⁶ y el principio de justicia social como fundamento del régimen económico ⁷. Estableció las obligaciones del Estado en distintos ámbitos de la protección social, como protección especial a las madres (art. 7); cuidar a los ancianos en abandono (art. 8); garantizar la seguridad social (arts. 12, 13 y 14); proteger contra el desempleo y el subempleo (art. 42); otorgar protección a la madre trabajadora (art. 45); dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo que aseguren la salud física y mental de los trabajadores (art. 47); promover el bienestar basado en la justicia y en el desarrollo integral (art. 80); fomentar y proteger el ahorro privado (art. 154); así como la aplicación progresiva de los derechos que impliquen nuevos gastos (VI Disposición Final) y la nivelación progresiva con los haberes de la pensiones de servidores públicos (VIII Disposición Final).

A diferencia de sus antecesoras, la nueva constitución reconoce por primera vez la seguridad social como derecho fundamental autónomo, disponiendo que el Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social y que la legislación regulará el acceso progresivo a ella ⁸. Adicionalmente, establece una lista abierta de contingencias cubiertas, entre las cuales aparecen los riesgos de enfermedad, maternidad, desempleo, vejez, muerte, viudez y orfandad ⁹.

sistemas de prestaciones económicas. Luego del gobierno militar, esta entidad fue sustituida por el Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS) mediante Decreto Ley N° 24786 (28.12.1987).

- 6 Artículo 4. "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, **del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho** y de la forma republicana de gobierno" (las negritas son nuestras). Artículo 79. "El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado".
- 7 Artículo 110. "El régimen económico de la República **se fundamenta en principios de justicia social** orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores" (las negritas son nuestras).
- 8 Artículo 12. "El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación".
- 9 Artículo 13. "La seguridad social tiene como objeto cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley".

El artículo 14¹⁰ dispuso que una institución autónoma tendría a su cargo la seguridad social de los trabajadores y que la existencia de otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros no sería incompatible con la mencionada institución, siempre que ofrezca **prestaciones mejores o adicionales**. La unidad a la que se refiere la primera parte del artículo estuvo a cargo del Seguro Social del Perú creado en 1973 y a partir de 1987 recayó en el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), creado por Decreto Ley N° 2478. La posibilidad de que existan otras entidades ha sido interpretada por un sector de la doctrina como que “la Constitución de 1979, formalmente vigente cuando se creó el Sistema Privado de Pensiones (SPP), no permitía el vínculo alternativo con el Sistema Nacional de Pensiones sino solo el complementario” (Neves Mujica 2009, 19).

En cuanto a la aplicación de las normas internacionales en materia de derechos humanos, la norma constitucional de 1979 se adscribió al sistema monista al consagrar que los tratados internacionales forman parte del derecho interno (art. 101)¹¹, pero además estableció que los preceptos contenidos en los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional (art. 105)¹².

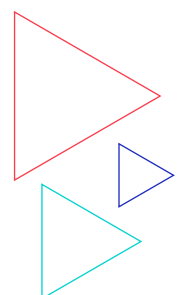
En 1961 el Congreso aprobó el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). El Perú quedó obligado a cinco de las nueve ramas de la seguridad social: asistencia médica (II), prestaciones de enfermedad (III), prestaciones de vejez (V), maternidad (VIII) e invalidez (IX). En virtud del artículo 3.1 del referido convenio, el Perú se acogió a las excepciones temporales que figuran en los artículos 9, d); 12, 2; 15, d); 18, 2; 27, d); 48, c) y 55, d). Estos proporcionan puntos de referencia más accesibles en cuanto a la cobertura mínima de las personas protegidas y el alcance y la gama de las prestaciones para tomar en cuenta en el desarrollo del sistema de protección social. El país se sigue acogiendo a estas excepciones temporales.

Además de la norma mínima, existían otras normas internacionales que reconocían el derecho a la seguridad social y que formaban parte del ordenamiento nacional con base en la teoría monista. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), por ejemplo, consagró el carácter universal de la seguridad social, la necesidad de que el Estado participe en su organización y en la dotación de recursos para garantizar un nivel de vida adecuado. Esta norma menciona expresamente algunas de las contingencias cubiertas, como desempleo, enfermedad, invalidez, viudez y vejez. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, vigente desde 1976) reconoció el principio de universalidad de la seguridad social (art. 9), la responsabilidad del Estado de otorgar amplia protección y asistencia a la familia (art. 10.1), la protección a las madres trabajadoras (art. 10.2), la protección y asistencia especial para los niños y adolescentes (art. 10.3), el derecho a un nivel de vida adecuado y la protección contra el hambre (art. 11) y el disfrute de niveles altos de salud física y mental (art. 12). Finalmente, tanto el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos

10 Artículo 14. “Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad. La institución es gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados en igual número. La preside el elegido entre los representantes del Estado. La asistencia y las prestaciones médico-asistenciales son directas y libres. La existencia de otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros no es incompatible con la mencionada institución, siempre que ofrezca prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados. La ley regula su funcionamiento. El Estado regula la actividad de otras entidades que tengan a su cargo la seguridad social de los sectores de la población no comprendido en este Artículo”.

11 Artículo 101. “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

12 Artículo 105. “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.





Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos ratificados por el Perú, reconocen el derecho a la seguridad social en el ámbito regional.

En suma, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a la seguridad social como derecho autónomo y consagra la rectoría estatal para su administración, permitiendo la existencia de otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros, siempre que estos ofrezcan prestaciones adicionales. Con base en los artículos 101 y 105, los alcances del derecho a la seguridad social debían ser interpretados tomando en cuenta los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Perú. Entre dichas normas, destaca el Convenio núm. 102 de la OIT, que establece las normas mínimas en materia de seguridad social.

2.3 Instalación del modelo paralelo en pensiones y complementario en salud

El establecimiento del modelo paralelo en el sistema de pensiones tuvo dos etapas previas en las que se intentó, sin éxito, reformar tanto el sistema de pensiones como el de salud.

La primera se produjo con el Decreto Legislativo N° 637 (25/4/1991), que aprobó la Ley General de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros. Si bien el artículo 264 dispuso que las empresas de seguros podían ofrecer sistemas de cobertura de salud, pensiones, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, **de manera alternativa** a los que brindaba el IPSS, la XVI Disposición Transitoria de la referida norma señaló que, en el plazo de seis meses, el Ministerio de Economía y Finanzas aprobaría disposiciones que permitirían a las empresas de seguros brindar **prestaciones complementarias** a las que otorgaba el IPSS. Nunca se emitió el reglamento correspondiente, por lo que no se implementaron dichas disposiciones ni de forma alternativa ni complementaria.

El segundo intento se dio con la aprobación de los Decretos Legislativos N° 724¹³ (pensiones) y N° 718¹⁴ (salud), ambos de 1991. En materia pensionaria, se creó el sistema privado con carácter complementario al SNP y se modificó la aportación, asumiendo el trabajador el 8 por ciento y el 1 por ciento el empleador (Neves Mujica 1993). Esta norma pensionaria tampoco llegó a implementarse.

Luego de estos dos intentos, y dentro del periodo dictatorial del fujimorismo, se emitió el Decreto Ley N° 25897 (28/11/1992), que creó el Sistema Privado de Pensiones (SPP), integrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), y se dictó el Decreto Ley N° 25967 (19/12/1992) encargado de modificar el SNP.

Los principales cambios al SNP fueron los siguientes: a) creación de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), como órgano dependiente del Ministerio de Economía, para la administración de las pensiones¹⁵; b) establecimiento del requisito de que el trabajador cuente con un periodo de cotización no menor de 20 años completos para el goce de la pensión, cuando originalmente se solicitaba solo 15 a los hombres y 13 a las mujeres¹⁶, y c) en cuanto al cálculo de la remuneración

13 El Decreto Legislativo N° 724 creó el sistema Privado de Pensiones complementario al Sistema Nacional de Pensiones a cargo del IPSS. Véase Congreso de la República. Disponible en <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00724.pdf>

14 El Decreto Legislativo N° 718 (11.10.1991) creó el Sistema Privado de Salud el cual tendría carácter complementario al sistema administrado por el IPSS. Véase Congreso de la República. Disponible en <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00718.pdf>

15 Con lo que desdobló la gestión unitaria de salud y pensiones administrada por el IPSS.

16 Antes de la pandemia, la pensión de jubilación en el SNP se adquiría cuando se tenían 65 años (hombres y mujeres) y 20 años de aportes. La pensión adelantada se obtenía a los 55 (hombres) o 50 (mujeres) años siempre que se tuvieran 30 (hombres) o 24 (mujeres) años de aportes. Mediante la Ley 31301 de 2021, se aprobó la jubilación proporcional especial para los afiliados que tengan como mínimo 65 años y cumplan con acreditar por lo menos 10 años de aportes. La norma les otorga una pensión de jubilación de hasta S/ 250 nuevos soles 12 veces al año. Véase "Ley que establece medidas de acceso a una pensión proporcional a los asegurados

de referencia ¹⁷, estableció tres reglas para el cálculo de las prestaciones: 1) para los que han aportado entre 20 a menos de 25 años, el promedio de las 60 últimas remuneraciones; 2) 25 a menos de 30 años, el promedio de los últimos 48 meses, y 3) 30 o más años de aportación, el promedio de las últimas 36 remuneraciones; d) estableció una pensión máxima de S/.600 nuevos soles, que luego fue incrementada a S/.857,36, y, finalmente, e) esta norma se intentó aplicar retroactivamente, es decir, a aquellos asegurados que tenían su solicitud en trámite.

Por su parte, con la entrada en vigor de la Ley N° 27056, la administración de la seguridad social en salud pasaría al Seguro Social de Salud (EsSalud) ¹⁸ y, con ello, se produjo la configuración de un modelo complementario en salud. Se eliminó el aporte tripartito, tratándose ahora de un aporte exclusivo del empleador, y se posibilitó que los trabajadores aportasen voluntariamente a servicios privados de salud. Esto vino de la mano con la aparición de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS). Con ello, en la actualidad todos los trabajadores dependientes tienen el derecho a que su empleador aporte mensualmente a EsSalud el equivalente al 9 por ciento de su remuneración. Complementariamente, los trabajadores podrán optar por una EPS, en ese caso tres cuartas partes del aporte irán a EsSalud (6,75 por ciento) y un cuarto del aporte (2,25 por ciento) irá a la EPS ¹⁹. Mientras EsSalud cubre la atención de las afectaciones y enfermedades complejas (enfermedades más graves y menos frecuentes), las EPS brindan los servicios sanitarios de la capa simple.

Luego de la reforma descrita, en materia de pensiones se estableció un modelo paralelo en el que compiten y conviven de manera alternativa el SNP y el SPP. En el sector salud, el modelo está compuesto básicamente por un pilar obligatorio para todos los trabajadores dependientes (EsSalud) y otro voluntario y complementario a cargo de las EPS.

2.4 La justicia social y el modelo de seguridad social en la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 reconoce la cláusula del Estado social ²⁰ y el deber primordial del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la **justicia** y en el desarrollo integral de la nación ²¹. Esta segunda disposición ha sido reconocida como el principio de justicia por el Tribunal Constitucional (TC) ²². A diferencia de su antecesora, en el capítulo sobre el régimen

del Sistema Nacional de Pensiones". Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-establece-medidas-de-acceso-a-una-pension-proporcion-ley-n-31301-1975438-2/>

17 El Decreto Ley N° 19990 original señalaba que la remuneración de referencia era igual al promedio mensual de los últimos 12 meses, salvo que el promedio de los 36 o 60 meses fuese mayor.

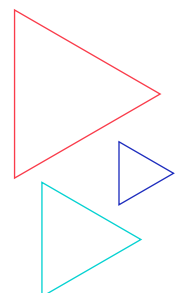
18 En 1997 se aprobó la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud - Ley N° 26790. En 1999 la Ley N° 27056 creó el Seguro Social de Salud (EsSalud), entidad pública que actualmente administra la seguridad social en salud en el Perú.

19 En el sistema de salud hay asegurados obligatorios (trabajadores dependientes y pensionistas); asegurados potestativos (trabajadores independientes); y derechohabientes (cónyuge o concubino/a, hijos menores de edad, hijos mayores de edad con incapacidad total y permanente para el trabajo). El sistema se financia con los aportes de los empleadores, equivalente al 9 por ciento de la remuneración mensual. En ningún caso la base de cálculo puede ser inferior a la remuneración mínima. Las EPS otorgan planes de salud complementarios a los trabajadores que los soliciten luego de una aprobación por elecciones en la empresa. Para más información, véase C. Gonzales Hunt y J. Paitán Martínez, *El derecho a la seguridad social* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017).

20 Artículo 43°. "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes".

21 Artículo 44°. "Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior".

22 Expediente N° 050-2004-AI/TC (Fundamento 75).





económico, la nueva Constitución no consagra expresamente el principio de justicia social sino el de la economía social de mercado.

Entre las obligaciones del Estado en materia de protección social, la Constitución de 1993 establece la obligación de proteger a la madre y al anciano en abandono (art. 4)²³; asegurar el acceso a medios que no afecten la vida y la salud (art. 6)²⁴; determinar la política nacional de salud (art. 9)²⁵; garantizar el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, **a través de entidades públicas, privadas o mixtas, y supervisar asimismo su eficaz funcionamiento** (art. 11)²⁶; promocionar el progreso social y económico, en especial mediante políticas de promoción del empleo (art. 23)²⁷; mantener el equilibrio presupuestal (art. 78)²⁸; fomentar y garantizar el ahorro (art. 87)²⁹. Además, establece que los nuevos regímenes pensionarios de los trabajadores públicos no podrán afectar los derechos legalmente obtenidos (I Disposición Final)³⁰; se deberá velar por el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra (II Disposición Final)³¹; prohibir la acumulación de servicios prestados a la actividad privada con los de la actividad pública (III Disposición Final)³²; y establecer la implementación progresiva de los derechos que requieren incremento del gasto público (XI Disposición Final)³³.

La Constitución de 1993 además reconoce el derecho universal a la protección de la salud, así como a la protección, atención y readaptación de la persona incapacitada (art. 7); el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para la elevación de su calidad de

-
- 23 Artículo 4. "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley".
- 24 Artículo 6. "La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad".
- 25 Artículo 9. "El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud".
- 26 Artículo 11. "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa, asimismo, su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado". El último párrafo fue incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004.
- 27 Artículo 23. "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan".
- 28 Artículo 78. "El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. En la misma fecha, envía también los proyectos de ley de endeudamiento y de equilibrio financiero. El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado (...)".
- 29 Artículo 87.- "El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía".
- 30 La norma constitucional original establecía que "Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias". Sin embargo, dicha norma fue reformada constitucionalmente en 2004 mediante Ley 28389. Dicha norma cerró el régimen pensionario 20530. Las dos principales razones del Poder Ejecutivo para el cierre del régimen fueron su inequidad social (pocos pensionistas con altas pensiones) y su insostenibilidad financiera. Véase J. Neves Mujica, *Pensiones: reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009), 53.
- 31 "El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional".
- 32 "En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario".
- 33 "Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

vida (art. 10); el derecho a la intangibilidad de los fondos previsionales (art. 12)³⁴; y el derecho al bienestar material y espiritual por medio del trabajo (art. 24).

A diferencia de su predecesora, la Constitución de 1993 no establece la relación de contingencias cubiertas, sino que delega dicha regulación a la ley. La nueva norma tampoco consagra la unidad en la administración de la seguridad social, sino que establece la posibilidad de que convivan entidades públicas, privadas o mixtas que otorguen prestaciones de salud y de pensiones sin establecer si las prestaciones deben ser adicionales o similares (art. 10³⁵), ni instituye el grado de participación de los trabajadores en la administración de la seguridad social. Sin embargo, al igual que su predecesora, la nueva norma protege los fondos de la seguridad social (art. 12) y establece que el Estado debe garantizar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra (Segunda Disposición Final y Transitoria).

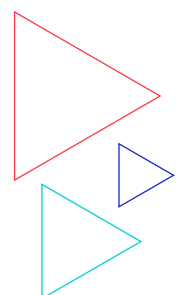
En cuanto al papel de las normas internacionales en el ordenamiento interno, la Constitución de 1993 señala que los tratados celebrados por el país forman parte del derecho interno (art. 55) y que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (IV Disposición Final). A diferencia del artículo 105 de su predecesora, la Constitución de 1993 no menciona expresamente el rango de los tratados en el ordenamiento jurídico interno. En este sentido, el Tribunal Constitucional, acogiéndose a la tesis monista, ha señalado lo siguiente:

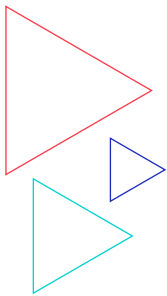
-
- (...) el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las *normas con rango constitucional* se encuentran los *Tratados de derechos humanos*³⁶ (el subrayado es nuestro).
-

Además, el artículo V del Código Procesal Constitucional también contempló una disposición similar a la de la IV Disposición Final de la Constitución al señalar que para la determinación del contenido de los derechos constitucionales se deben interpretar de conformidad con tratados sobre derechos humanos³⁷.

Respecto al lugar de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema de fuentes, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

-
- 34 Como se verá más adelante, la versión original de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución consagró que “Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias”. Sin embargo, esta disposición fue sustituida en 2004 en la reforma que cerró el Régimen 20530.
- 35 Artículo 10. “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.
- 36 Sentencia recaída en los Expedientes acumulados N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC. Fundamentos 25 y 26.
- 37 Código Procesal Constitucional, Título Preliminar. Artículo V.- “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.





► (...) nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa ³⁸.

El Tribunal también estableció la *pirámide jurídica nacional*, en la cual el bloque de constitucionalidad está conformado por el texto de la Constitución, las leyes de reforma constitucional y los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú ³⁹.

La Constitución de 1993 reconoce la cláusula social, un conjunto de obligaciones estatales en materia de protección social y que la administración de esta se realizará a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Por su parte, el máximo intérprete de la Constitución ha establecido que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país forman parte del ordenamiento nacional al máximo nivel interpretativo.

3. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

Con base en los preceptos constitucionales descritos en el apartado anterior –la justicia social y la cláusula del Estado social–, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una interesante jurisprudencia pensionaria. El Tribunal ha definido a la seguridad social como una garantía institucional y ha delimitado el contenido esencial del derecho a la pensión.

3.1 La justicia social en la jurisprudencia constitucional

El Tribunal ha realizado una destacada labor para armonizar el régimen económico de la Constitución con la consagración del Estado social. En dicho proceso ha reconocido algunas instituciones fundacionales de la justicia social, tales como la participación del Estado en la efectiva promoción de los derechos fundamentales, la dignidad como principio rector ⁴⁰ y los deberes de solidaridad ⁴¹.

El Tribunal ha establecido que la cláusula social tiene valor jurídico normativo y que es el techo ideológico que prevé los deberes fundamentales del Estado con base en una aplicación sistemática de los artículos 43 ⁴² y 44 ⁴³ de la Constitución ⁴⁴.

38 Sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC. Fundamento 22. Disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

39 Sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC. Fundamentos 22 y 61.

40 Sentencia recaída en el Expediente N° 4677-2004-AA/TC del 7 de diciembre de 2005. Fundamento 12.

41 Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC del 5 de octubre de 2004. Fundamento 14.

42 Artículo 43: “La República del Perú es democrática, **social**, independiente y soberana. (...)” (la negrita es nuestra).

43 Artículo 44: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

44 Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003. Fundamentos 2 a 8.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que no se trata de una disposición meramente formal o política, sino que tiene efectos directos en el sistema jurídico. Así, por ejemplo, en 2003 señaló:

-
- ▶ En el Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad ⁴⁵ (el subrayado es nuestro).
-

El Tribunal se ha referido a la vinculación del principio de solidaridad con la configuración misma del Estado social y democrático de derecho reconociendo que coloca al hombre, y no a las empresas ni a la economía, en el punto central del *ethos* organizativo del Estado. Concluye categóricamente lo siguiente:

-
- ▶ Cuando entran en conflicto la generación lucrativa, o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho ⁴⁶ (el subrayado es nuestro).
-

Respecto al principio de solidaridad, como uno de los componentes de la configuración del Estado, ha sido tratado de la siguiente manera:

-
- ▶ Entonces, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado, dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados, incluso, como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad (...) ⁴⁷ (el subrayado es nuestro).
-

En dicha oportunidad, el Tribunal concluyó que la nueva visión de los derechos sociales "(...) permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho" ^{48 49}.

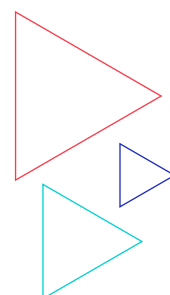
45 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Fundamento 13.

46 Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC. Fundamento 37.

47 Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC del 5 de octubre de 2004. Fundamentos 11 y 12.

48 Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC del 5 de octubre de 2004. Fundamento 14.

49 En materia de negociación colectiva en el sector público, uno de los magistrados del Tribunal Constitucional hizo referencia a la justicia social y al trabajo decente. Sentencia del Tribunal Constitucional Expedientes N° 0025-2013-PI/TC, N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC, N° 0017-2014-P1/1C. Fundamento 13. Fundamento del voto de la magistrada Ledesma Narváez.





Estos deberes de solidaridad están reconocidos en el Convenio núm. 102 de la OIT⁵⁰ y también en otras obligaciones internacionales del Perú en el marco del PIDESC y en la función redistributiva de la seguridad social (Mendoza Choque 2017, 66). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) ha sostenido en el punto 3 de la Observación General N° 19 lo siguiente: “La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2007, Punto 3).

Respecto a la trascendencia del principio de solidaridad en la protección social, el Tribunal ha recordado que la seguridad social dista de una concepción de seguro privado, ya que “[en] la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad”⁵¹.

El Tribunal también ha consagrado la existencia del principio de equilibrio presupuestal respecto de las pensiones con base en los artículos 78⁵² y 87⁵³ de la Constitución en los siguientes términos:

-
- Constitucionalmente se ha previsto, como parte del artículo 78, que todo presupuesto del Estado debe contar con un equilibrio financiero que permita que la progresividad antes enunciada sea real y no ficticia (...). Por ello, cuando en el artículo 87 de la Carta Magna se prescribe que se fomenta y garantiza el ahorro, se está condicionando incluso la actividad del propio Estado, puesto que no se trata de un ahorro simplemente particular, según un análisis microeconómico, sino también de uno que, a través de los instrumentos macroeconómicos, redunde en el presupuesto público⁵⁴.
-

El Tribunal Constitucional también se ha referido a la conexión entre el derecho a la propiedad –la pensión como parte del patrimonio y no como propiedad– estableciendo semejanzas y diferencias. Para el máximo intérprete de la Constitución, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que, por el contrario, está limitado por los deberes y las obligaciones a cargo del propietario (Neves Mujica 2009, 83 y 84). Respecto a las diferencias entre estos dos derechos fundamentales, el Tribunal sostiene:

-
- Por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos (...) La pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra y venta, permuta, donación, entre otros) (...) no es susceptible de ser transmitida por la sola

50 Artículo 71(1). “El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas”.

51 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC. Fundamento 140.

52 Artículo 78.- “El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. En la misma fecha, envía también los proyectos de ley de endeudamiento y de equilibrio financiero. El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado (...)”.

53 Artículo 87.- “El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía”.

54 Sentencia recaída en el Expediente N° 0050-2004 AI/TC. Fundamento 50.

autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia (...) en cuanto a la titularidad no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada, por lo que se debe distinguir entre pensionista y beneficiario ⁵⁵.

De lo anterior se desprende que, en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha resaltado la participación del Estado en la efectiva promoción de estos. Respecto a la seguridad social, el Tribunal sostuvo a la dignidad como principio rector, que este derecho se vincula con los deberes de solidaridad y el principio de equilibrio presupuestario.

3.2 La seguridad social como garantía institucional

El Tribunal Constitucional ha destacado que la cláusula del Estado social es un criterio hermenéutico y una institución que determina el contenido de los derechos fundamentales ⁵⁶. Resaltó, además, que la supremacía constitucional impide que tal reconocimiento se considere únicamente como marco interpretativo meramente político y no jurídico. En ese sentido, consagra a la seguridad social como una garantía institucional. En una primera sentencia de 2002, el Tribunal sostuvo que la seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas con fundamento en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, por tanto, se trata de una garantía institucional ⁵⁷.

Siguiendo el mismo razonamiento, el Tribunal ha señalado que una garantía institucional como la seguridad social, a diferencia de un derecho fundamental básico, requiere de configuración legal para poder operar directamente. Ello implica que la ley constituye una fuente normativa vital para delimitar su contenido ⁵⁸. En palabras del Tribunal:

▶ (...) La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida ⁵⁹.

En cuanto al derecho a la salud, previsto en el artículo 7 de la Constitución ⁶⁰, el Tribunal ha sostenido que incluye la protección de la persona y la familia, y que el acceso a las prestaciones de salud (artículo 11 de la Constitución) constituye una manifestación –no única, por cierto– de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10 de la Constitución) ⁶¹.

55 Sentencia recaída en el Expediente N° 0050-2004 AI/TC. Fundamento 97.

56 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Fundamentos 4 y 5.

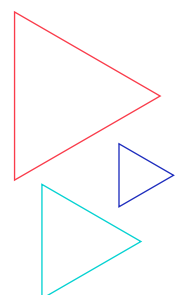
57 Sentencia recaída en el Expediente N° 011-2002-AA/TC. La referencia a dicho precedente se encuentra en la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC del 3 de junio de 2005. Fundamento 54.

58 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC del 3 de junio de 2005. Fundamento 55. Para mayor información, véase C. Abanto Revilla y J. Paitán Martínez, *Los regímenes de pensiones de la seguridad social en la jurisprudencia* (Lima: Palestra, 2019).

59 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC. Fundamento 54.

60 Artículo 7. “Derecho a la salud. Protección al discapacitado: Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

61 Sentencia recaída en el Expediente N° 1711-2004-AA/TC del 30 de noviembre de 2004. Fundamento 2.





3.3 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión

Para el establecimiento del contenido de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha optado por la teoría institucional⁶² según la cual los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: son derechos individuales y también un orden valorativo institucional. Con base en este segundo aspecto, se reconoce que los derechos fundamentales requieren la participación del Estado, por lo que se deja atrás la visión de Estado mínimo. Esta teoría postula que el contenido de los derechos se debe establecer en armonía con todo el ordenamiento constitucional y otros bienes constitucionalmente reconocidos. Por eso, “el contenido esencial de los derechos fundamentales no puede establecerse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales”⁶³.

Del conjunto de derechos de protección social, el derecho a la pensión ha sido el que ha recibido más atención por parte del Tribunal Constitucional. En la sentencia que convalidó el cierre del régimen especial N° 20530, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

► [e] artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo –en función a determinados criterios y límites–, dada su naturaleza de derecho de configuración legal⁶⁴.

Siguiendo ese análisis, el Tribunal identifica un contenido esencial, un contenido no esencial y un contenido adicional del derecho a la pensión. Además, el máximo intérprete de la Constitución sostiene que es deber del Estado y de la sociedad asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua obligatoria para cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida⁶⁵. Este órgano ha identificado tres elementos como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión: el derecho de acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a la pensión mínima⁶⁶. Los tres elementos esenciales del derecho a la pensión constituyen un núcleo duro en el cual el legislador no puede intervenir de manera restrictiva y protege también a aquellas personas que perciban pensiones derivadas.

El contenido no esencial está compuesto por los topes y los reajustes pensionarios, como es el caso de la nivelación. Según el Tribunal, la vulneración de este componente solo adquirirá protección constitucional si reconoce otros bienes o derechos fundamentales en juego y debe

62 El Tribunal describe tres teorías: 1) en la liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad frente al Estado y se configuran como mandatos de prohibición. En el campo de los derechos sociales, esta teoría presenta la enorme limitación de exigir al Estado obligaciones de abstención y no de hacer; 2) en la teoría de valores, los derechos fundamentales estarán condicionados históricamente y, en esa medida, otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo. La teoría no otorga instrumentos para identificar cuáles son esos valores mayores; y 3) la teoría institucional. Véase C. Landa Arroyo, *Teoría del derecho procesal constitucional* (Lima: Palestra, 2003), 170. Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados. Fundamento 104.

63 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados. Fundamento 104.

64 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados. Fundamento 73.

65 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados. Fundamento 107.

66 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados. Fundamentos 75, 107 y 108.

posibilitar la existencia de un bienestar general sustentado en un principio de justicia (art, 44). Sobre estos elementos el legislador tiene mayor margen de acción.

Finalmente, el Tribunal identifica el contenido adicional ⁶⁷ del derecho a la pensión en los siguientes términos:

- El derecho fundamental a una pensión digna corresponde a toda persona, de conformidad con los artículos 2, 3 y 11 de la Constitución. Esta titularidad se ha ido conformando, paulatinamente, y no corresponde ya exclusivamente al aportante; se ha ido incorporando, gracias a una configuración legal, a un grupo específico de personas distinto a quien aportó durante su vida (viudas, viudos, ascendientes y huérfanos). Éste constituirá, pues, el contenido adicional del derecho a la pensión ⁶⁸.

El siguiente cuadro muestra los contenidos del derecho a la pensión según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

► **Cuadro XVI.1. Contenido constitucional del derecho fundamental a la pensión en el Perú**

Contenido esencial	Libre acceso	Disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente.
	Protección contra la privación arbitraria	Disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión (edad requerida y determinados años de aportación).
	Pensión mínima vital	Disposiciones sobre ingresos indispensables e insustituibles para cubrir las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna.
Contenido no esencial	Reajuste	Solo adquiere relieve si reconoce otros derechos fundamentales, como el bienestar general (ejemplo: nivelación).
	Tope o pensión máxima	Estipulación de un concreto tope a las pensiones o el establecimiento de montos máximos, en principio, no afecta el derecho a la pensión.
Contenido adicional	Pensiones para sobrevivientes	Beneficiarios derivados del derecho fundamental a la pensión cuando el titular fallece (ejemplos: pensión de orfandad, pensión de viudez y pensión de ascendientes).

Elaboración propia.

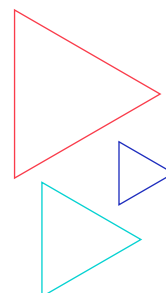
Fuente: Sentencias del Tribunal Constitucional ⁶⁹.

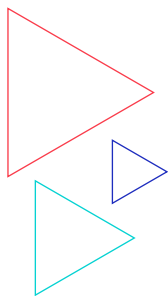
Esta creación jurisprudencial ha servido para desarrollar las responsabilidades del Estado en materia previsional, los parámetros constitucionales del derecho a la pensión, los principios de la seguridad social y –como se verá seguidamente– delimitar el acceso a la justicia pensionaria.

67 De acuerdo con la doctrina citada por el Tribunal, el contenido adicional está formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiere crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales. El autor citado por el Tribunal es Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Madrid: McGraw-Hill, 1996), 41. Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados. Fundamento 75.

68 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados. Fundamento 81.

69 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados, Fundamentos 75, 107 y 115, y en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, Fundamento 37.





3.4 Acceso a la justicia pensionaria

En el “caso Anicama” (Expediente 1417-2005-AA/TC), el Tribunal estableció los fueros jurisdiccionales competentes en materia pensionaria. La premisa del Tribunal fue que, con base en el artículo 200 de la Constitución y del artículo 38 del Código Procesal Constitucional, el fuero constitucional solo se aplica a los derechos de sustento constitucional directo, es decir, los que forman parte del contenido esencial del derecho a la pensión ⁷⁰. Al respecto, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

- [E]s preciso tener presente que prima facie las posiciones jurídicas que se deriven válidamente de la ley y no directamente del contenido esencial de un derecho fundamental, no son susceptibles de ser estimadas en el proceso de amparo constitucional, pues ello implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización ⁷¹.

Con base en ello, el Tribunal estableció en qué casos relativos al derecho a la pensión procede la vía constitucional o la vía judicial ordinaria, como se muestra en el siguiente cuadro.

► **Cuadro XVI.2. Vía constitucional y vía judicial ordinaria sobre reclamaciones relacionadas con el derecho a la pensión en el Perú**

Contenido esencial	Libre acceso	Proceso constitucional de amparo
	Protección contra la privación arbitraria	Proceso constitucional de amparo
	Pensión mínima vital	Proceso constitucional de amparo
Contenido no esencial	Reajuste	Vía judicial ordinaria
	Tope o pensión máxima	Vía judicial ordinaria
Contenido adicional	Pensiones para sobrevivientes	Proceso constitucional de amparo ⁷²
Afectación de otros derechos	Igualdad: en la ley o su aplicación como consecuencia del distinto tratamiento	Proceso constitucional de amparo

Elaboración propia.

Fuente: Sentencias del Tribunal Constitucional ⁷³.

En el “caso Anicama”, el Tribunal aplicó el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional ⁷⁴ para limitar el fuero constitucional a las pretensiones relacionadas con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Al respecto, algunos autores han identificado que ello restituye el carácter residual del fórum constitucional y buscó frenar

⁷⁰ Expediente N° 1417-2005-AA/TC. Fundamentos 27, 36 y 37.

⁷¹ Expediente N° 1417-2005-AA/TC. Fundamento 27.

⁷² El Tribunal ha sostenido que “(...) aun cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla”. Expediente N° 1417-2005-AA/TC. Fundamento 37.

⁷³ Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC y Acumulados, Fundamentos 75, 107 y 115, y el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, Fundamento 37.

⁷⁴ El Código Procesal Constitucional vigente en dicho momento estableció en su artículo 5: Causales de improcedencia “No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

la “amparización” de las prestaciones relacionadas con el derecho a la pensión (Abanto Revilla y Paitán Martínez 2019, 73).

4. Legislación infraconstitucional para la concreción del derecho a la seguridad social

La legislación en materia de seguridad social ha tenido varias modificaciones con la finalidad de cumplir con los preceptos constitucionales y las obligaciones internacionales antes descritos. Uno de los principales mecanismos ha sido crear y, progresivamente, ampliar los regímenes no contributivos tanto en pensiones como en salud. A continuación, se describe la configuración de los principales regímenes de seguridad social, así como su composición y cobertura.

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, en el Perú no existe un sistema de seguridad social sino varios subsistemas de salud, pensiones y trabajo de riesgo que no necesariamente están articulados ⁷⁵. Los sistemas contributivos, tanto el privado como el público, solo protegen a un 26 por ciento de la población ocupada, por lo que el restante 74 por ciento no percibirá una pensión contributiva al llegar a la edad de jubilación (Casalí y Pena 2020, 13). A continuación, se describen los dos principales sistemas de pensiones contributivos –el SPP y el SNP–, el sistema no contributivo que proporciona prestaciones económicas a familias en condiciones de pobreza, adultos mayores y personas con discapacidad, y el sistema de salud.

4.1 El Sistema Nacional de Pensiones

Tal y como se mencionó anteriormente, el Perú tiene un modelo paralelo en pensiones que incluye pensiones de vejez, invalidez y muerte. En dicho modelo compiten, principalmente, el SNP y el SPP, ya que la afiliación a pensiones es obligatoria para los trabajadores dependientes, pero los aportantes no pueden estar afiliados a los dos regímenes al mismo tiempo. Cabe destacar que los sistemas de financiamiento de cada régimen son distintos. El SNP opera bajo un sistema financiero de reparto en el que todos contribuyen a un fondo común, este sistema también recibe ayuda del presupuesto nacional para cubrir el déficit. En cambio, el SPP opera bajo el sistema de capitalización individual en el que cada afiliado aporta a una Cuenta Individual de Capitalización (CIC).

En materia de cobertura de los sistemas de pensiones contributivos, la tendencia ha sido ascendente, pasando de 2,4 millones de cotizantes a 4,3 millones entre 2008 a 2018 (Casalí y Pena 2020, 13). Sin embargo, según la opinión de los autores, todavía no ha llegado a los niveles establecidos por el Convenio núm. 102 y aún dista de configurarse como una garantía institucional que asegure los deberes de solidaridad del Estado social.

En enero de 2021, la población ocupada fue de 16 848 600 personas ⁷⁶, mientras que el total de personas que contribuyeron al SNP o al SPP fueron 4 520 244 (26,8 por ciento). De dicho número, 1 444 714 fueron aportantes al SNP ⁷⁷, mientras que 3 075 530 fueron cotizantes al SPP ⁷⁸.

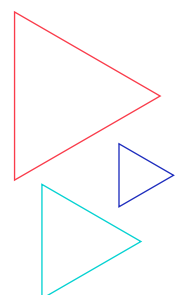
En cuanto a los cotizantes, si bien en el periodo 2008 a 2018 el número de cotizantes al SPP se duplicó mientras que en el SNP se incrementó 3,4 veces en dicho periodo (Casalí y Pena

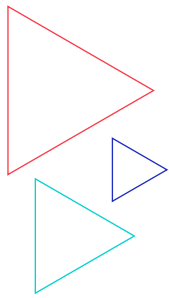
75 Informe de la Defensoría, 26-2017-DP/AEE, pág. 3.

76 Información del Instituto Nacional de Estadística e Informática. Véase <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/ocupados-a-nivel-nacional-alcanza-16-millones-848-mil-600-personas-en-el-ii-trimestre-de-2021-13058/>

77 Información del portal oficial del Estado peruano. Véase <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1323004/1.%20Aportantes%20Obligatorios%20y%20Facultativos%20inscritos%20al%20Sistema%20Nacional%20de%20Pensiones.pdf.pdf>

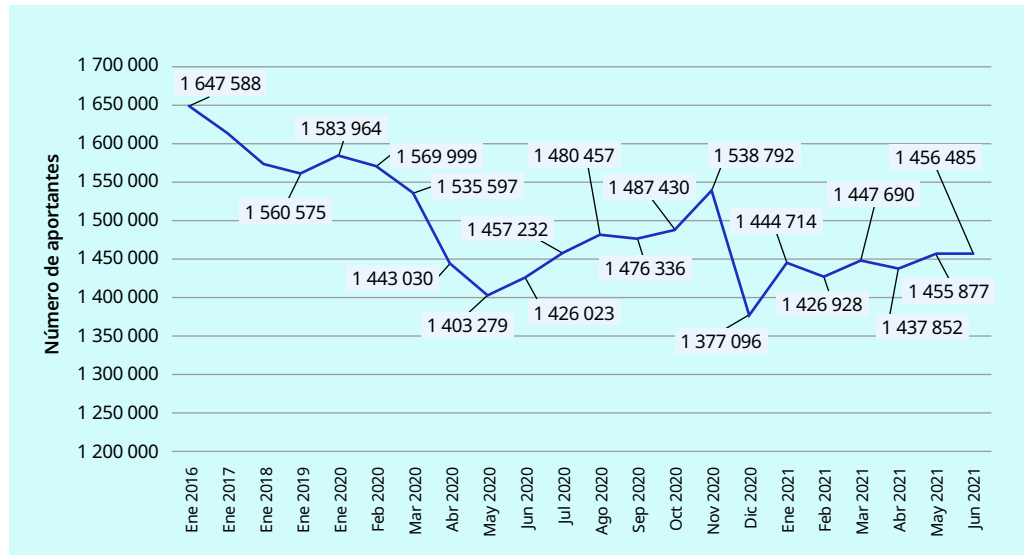
78 Información disponible en la página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Véase <https://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadisticoHist.asp?p=36#>





2020, 14), los niveles de aportes se mantienen bajos. Así, por ejemplo, si bien en 2020 hubo 4 771 195 afiliados al SNP, solo 1 377 096 aportaron (28,8 por ciento). El siguiente gráfico muestra la evolución del número de aportantes al SNP.

► **Gráfico XVI.1. Evolución de aportantes (obligatorios y facultativos) al SNP en el Perú, enero 2016-junio 2021**



Fuente: Elaboración propia basada en datos de la ONP ⁷⁹.

El informe de la Defensoría del Pueblo da cuenta de que el desequilibrio financiero del SNP obligó a que el tesoro público cubriera el presupuesto de la ONP en 2006 ⁸⁰ debido a que, entre otros factores, una proporción importante migró al sistema de cuentas individuales, lo cual generó un significativo costo de transición. Sin embargo, el aumento del número de cotizantes en los últimos años ha permitido que el SNP dependa en menor medida del tesoro público (véase el gráfico XVI.2). Fue así como en 2018 el pago de pensiones del SNP ascendió a S/ 4 737 millones, de los cuales el 87 por ciento fue financiado con aportes de los cotizantes y el restante 13 por ciento por el tesoro público (S/ 611 millones) (Casalí y Pena 2020, 25).

La ONP ha encontrado que el financiamiento del SNP proveniente del tesoro público descendió del 52 por ciento (2010) al 9 por ciento (2017), pero luego fue incrementándose progresivamente hasta llegar al 27 por ciento en febrero de 2020.

Con respecto a la cobertura efectiva de las prestaciones de vejez, el mismo reporte sostiene que para el 2017 el SNP solo cubría a un 16 por ciento de las personas adultas mayores de 65 años, mientras que el SPP cubría al 6 por ciento y la Pensión 65 al 25 por ciento. Esta situación muestra una discordancia con los artículos 78 y 87 de la Constitución que consagran el principio de equilibrio presupuestario en la seguridad social.

En lo relativo a la aplicación del Convenio núm. 102, la CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) constató que no existía ningún registro actualizado sobre las contribuciones de los afiliados al sistema público y que, por ello, la carga de la prueba recaía

⁷⁹ Para más información, véase Aportes obligatorios y facultativos del SNP, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1323004/1.%20Aportantes%20Obligatorios%20y%20Facultativos%20inscritos%20al%20Sistema%20Nacional%20de%20Pensiones.pdf.pdf>

⁸⁰ Informe de la Defensoría, 26-2017-DP/AEE, pág. 3.

en los asegurados. La Comisión recordó que “(...) la obligación de mejorar la recaudación en materia de seguridad social forma parte de la responsabilidad general del Estado de velar por una adecuada administración de las instituciones y servicios de la seguridad social en virtud del artículo 72 del Convenio” (CEACR 2011). Además, resulta alarmante que los procedimientos para otorgar pensiones sean excesivamente complejos. La CEACR considera que contar con un recurso rápido y de fácil acceso se circunscribe dentro de las obligaciones del Estado en garantizar la buena administración de las instituciones de seguridad social. La CEACR concluye que se le informe sobre las repercusiones que la decisión del Tribunal Constitucional citada ha tenido en la práctica, al tiempo que insta al Gobierno a acelerar los procesos de evaluación y pago de las prestaciones debidas a los trabajadores mediante la simplificación de los procedimientos de reclamación y apelación, para dar así efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 70 y en párrafo 2 del artículo 72 del Convenio (CEACR 2011).

Entre las modificaciones realizadas por la ONP para mejorar su funcionamiento, destacan la creación del Tribunal Administrativo Previsional (TAP) y la progresiva digitalización de los servicios de la ONP. La Ley N° 30114 (2013) creó el TAP en la estructura administrativa de la ONP y el Decreto Supremo N° 385-2015-EF aprobó su reglamento. El TAP es el órgano autónomo e independiente encargado de resolver en última instancia administrativa las controversias que versen sobre los derechos y las obligaciones previsionales de los regímenes a cargo del Estado. Entre los pronunciamientos más importantes⁸¹, destaca la Resolución 0000001095-2016-ONP/TAP que prueba el precedente administrativo de observancia obligatoria por el que tienen derecho a la pensión de viudez el sobreviviente de la unión de hecho que demuestre el vínculo de conviviente con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial. Un segundo precedente importante es la Resolución 0000000844-2020-ONP/TAP por la cual luego de haberse establecido una pensión de orfandad procede su prórroga por invalidez siempre que el beneficiario acredite afrontar una incapacidad desde antes de cumplir la mayoría de edad.

El Plan de Gobierno Digital de la ONP (2019), aprobado por Resolución Jefatural 64-2019-JEFATURA/ONP, tiene por objetivo mejorar la calidad del servicio público mediante el uso de tecnologías digitales. Entre sus objetivos destacan el mejoramiento de la información y la digitalización de los servicios. Como se verá más adelante, estos elementos han sido claves durante la pandemia.

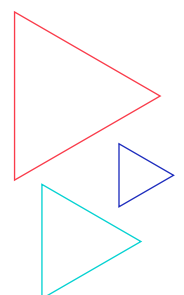
Con la finalidad de ampliar la cobertura en los sistemas contributivos, el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE (2013) creó el Sistema de Pensiones Sociales con carácter obligatorio para los trabajadores y conductores de la microempresa que no superen los 40 años y con carácter facultativo para los que superen dicho rango. El aporte mensual equivale al 4 por ciento de la remuneración. Este sistema todavía no ha sido implementado y por eso la CEACR solicitó que el Gobierno peruano indique si la puesta en práctica de esta legislación llevará a la superación del porcentaje en materia de número de personas protegidas que permitiría renunciar a las excepciones utilizadas bajo el artículo 3 del Convenio núm. 102 (CEACR 2021).

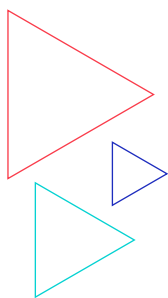
4.2 El Sistema Privado de Pensiones

El SPP fue creado en la etapa dictatorial de gobierno de Alberto Fujimori mediante el Decreto Ley N° 25897 y se sustenta en los aportes a las CIC. Es un mecanismo de ahorro forzoso a largo plazo y está destinado a cubrir contingencias como jubilación, invalidez y sobrevivencia. Actualmente cuatro administradoras privadas conforman el SPP: Habitat, Integra, Prima y Profuturo.

Los aportes al SPP son realizados exclusivamente por el trabajador y el porcentaje de retención está conformado por el 10 por ciento de su remuneración, más la prima de seguros y la comisión

81 La página web de la ONP ofrece todos los precedentes del TAP. Véase <https://www.onp.gob.pe/tribunal-tap/precedentes-obligatorios>





que cobra la AFP. La Ley de Reforma del Sistema de Pensiones, Ley 29903⁸² de 2012, redefinió la estructura de los aportes al SPP.

El aporte mensual de un trabajador al SPP será equivalente al 10 por ciento de su remuneración bruta, más la comisión flujo (0,23 por ciento si se trata de Habitat), más la prima de seguro (1,74 por ciento siguiendo con el ejemplo de Habitat); es decir, el 11,97 por ciento sobre la remuneración bruta. En el caso de la AFP Integra, el aporte mensual equivale al 11,74 por ciento ya que no cobra comisión sobre flujo. El siguiente cuadro muestra las comisiones y primas de seguro del SPP por empresa administradora vigentes a enero de 2022.

► **Cuadro XVI.3. Comisiones y primas de seguro del SPP por empresa administradora en el Perú, enero de 2022**

AFP	Comisión sobre flujo (% de la rem. bruta mensual) ⁸³	Comisión mixta ⁸⁴		Prima de seguros (% de la rem. bruta mensual) ⁸⁵	Aporte obligatorio al fondo de pensiones (% de la rem. bruta mensual)
		Comisión sobre flujo (% de la rem. bruta mensual)	Comisión anual sobre saldo ⁸⁶		
Habitat	1,47	0,23	1,25	1,74	10
Integra	1,55	0,00	0,79	1,74	10
Prima	1,60	0,18	1,25	1,74	10
Profuturo	1,69	0,28	1,20	1,74	10

Elaboración propia.

Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP⁸⁷.

El índice de cotización ajustado –relación entre el total de afiliados que cotizaron en el mes y el número total de afiliados al último día del mes anterior, deducidos aquellos que no han registrado cotizaciones durante su permanencia en el SPP– es un indicador de la cobertura real del sistema privado de pensiones. El índice anterior a la pandemia varió del 47,8 por ciento al 46,5 por ciento, el nivel más bajo producto de la crisis sanitaria en abril de 2020 (12,5 por ciento); pero luego se produjo una recuperación rápida y para abril de 2021 el índice alcanzó el 52,5 por ciento. El siguiente gráfico muestra la evolución de dicho indicador en los últimos cinco años.

► **Gráfico XVI.2. SPP: Índice de cotizantes ajustado en el Perú, enero 2016-abril 2021**

82 La Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, fue publicada el 19 de julio de 2012.

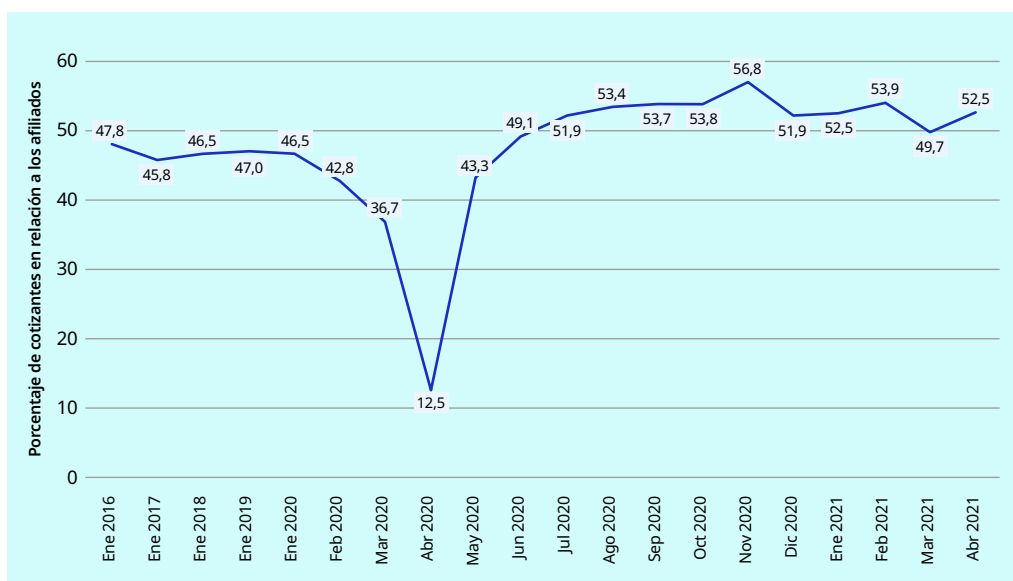
83 La comisión sobre flujo solo aplica a quienes se afiliaron al SPP antes de febrero de 2013 y que además hayan confirmado su permanencia en ella (el plazo fue hasta el 31 de marzo de dicho año). Todos los demás afiliados pagan únicamente la comisión mixta.

84 Se llama comisión mixta porque su cobro consta de dos componentes: un porcentaje del sueldo bruto (mensual) y un porcentaje del fondo acumulado (anual), conocido como “saldo”. Este tipo de comisión le corresponde a todos los que se afiliaron a una AFP a partir del 1.º de febrero del año 2013.

85 Además del pago mensual del aporte (10 por ciento) y de la comisión por administración a la AFP (comisión sobre el flujo), el asegurado al SPP también debe pagar la prima del contrato de seguro de administración de riesgos de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. Para más información, véase C. Abanto Revilla y J. Paitán Martínez, *Los regímenes de pensiones de la seguridad social en la jurisprudencia*.

86 La comisión sobre saldo se aplica solo al saldo acumulado por el afiliado desde su primer mes de devengo bajo comisión mixta.

87 Página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Véase https://www.sbs.gob.pe/app/spp/empleadores/comisiones_spp/Paginas/comision_prima.aspx



Elaboración propia.

Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Compendio estadístico SPP⁸⁸.

El siguiente cuadro muestra el número de afiliados y cotizantes entre julio de 2020 y julio de 2021 por administradora.

► **Cuadro XVI.4. Afiliados y cotizantes por empresa administradora en el Perú, julio 2020-julio 2021**

AFP	Julio 2020		Julio 2021	
	Afiliados	Cotizantes	Afiliados	Cotizantes
Habitat	1 017 515	331 229	1 020 991	380 284
Integra	2 461 691	945 329	2 898 120	1 198 926
Prima	2 364 410	879 508	2 352 244	933 288
Profuturo	1 764 837	564 711	1 754 552	590 086
Total SPP	7 608 453	2 720 777	8 025 907	3 102 584

Elaboración propia.

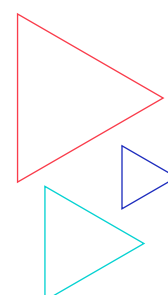
Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP⁸⁹.

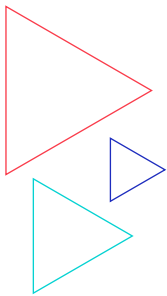
4.3 Los programas no contributivos JUNTOS y Pensión 65

Con la finalidad de cumplir con los preceptos constitucionales del derecho universal y progresivo a la seguridad (art. 10), la protección de las personas con discapacidad (art. 7) y la garantía institucional que representa la protección social, desde 2011 el Perú cuenta con un régimen no contributivo que se ha ido expandiendo progresivamente y ha consolidado los anteriores programas de asistencia social.

88 Para más información sobre el compendio estadístico, véase <https://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadisticoHist.asp?p=36#>

89 Cuadro elaborado sobre la base de los compendios estadísticos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Véase <https://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadisticoHist.asp?p=36#>





El Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres (JUNTOS) fue creado en 2005 para ejecutar transferencias directas en beneficio de las familias más pobres de la población, rurales y urbanas ⁹⁰.

El Programa está dirigido a los hogares integrados por gestantes, niños(as), adolescentes y/o jóvenes, en condición de pobreza, a nivel nacional. Para acceder a los beneficios del Programa, los representantes de los hogares deben completar una declaración jurada afirmando que cumplen con las condiciones para ser usuarios y deberán comprometerse a llevar a cabo las corresponsabilidades establecidas. Uno de los requisitos es formar parte del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH), que es un padrón con información socioeconómica de los ciudadanos que califican para los programas sociales y subsidios del Estado. Como el Programa tiene por finalidad ejecutar transferencias directas en beneficio de hogares en condición de pobreza o pobreza extrema, las autoridades realizarán las verificaciones correspondientes. El SISFOH también permite identificar a personas o a grupos poblacionales que cumplen con estas condiciones.

Un aspecto importante del Programa es que los hogares que se incorporan a JUNTOS permanecen, sin considerar la variación de su condición socioeconómica, por dos años desde su inclusión, salvo renuncia voluntaria. Después de dicho periodo, el Programa vuelve a evaluar si los hogares cumplen los criterios de elegibilidad y permanencia para su continuidad por otro periodo similar ⁹¹.

El Programa Nacional de Asistencia Solidaria (Pensión 65) da protección a las personas adultas mayores de 65 años o más que carecen de las condiciones básicas para su subsistencia. Fue creado en 2011 ⁹² sobre la base del programa piloto y se encuentra adscrito al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS). Actualmente otorga una subvención económica de S/ 125 (40 dólares de los Estados Unidos) mensuales abonados a las cuentas de ahorros de manera bimestral (S/ 250 soles). A modo de referencia, la remuneración mínima del país es de S/ 930 (207 dólares de los Estados Unidos).

Pensión 65 impulsa la protección integral de las personas adultas mayores en extrema pobreza promoviendo su acceso a servicios en salud. Articula con otros sectores del Estado para lograr su reconocimiento como portadoras de conocimientos que deben ser revalorados por su familia y su comunidad, y transferidos a las nuevas generaciones como un activo para el desarrollo.

Cabe señalar que, Mediante Resolución Directoral N°D000220-2021-PENSION65-DE del 11 de agosto de 2021, se modificaron los criterios para escoger a los potenciales usuarios. Los principales cambios radicaron en la inclusión de los adultos mayores con discapacidad, los que sufren de tuberculosis, los mayores de 100 años, los que residen en la zona del VRAEM –en la que todavía se registran remanentes terroristas–, los miembros de pueblos indígenas u originarios, los damnificados o quienes, al ser visitados, se detectó que presentaban una mayor necesidad de atención social ⁹³. Con estas últimas modificaciones, el número de beneficiarios alcanzó a 556 817 usuarios en el periodo julio-agosto de 2021 ⁹⁴.

90 Creación del Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres. Decreto Supremo N° 032-2005-PCM (6.04.2005).

91 Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 032-2005-PCM mediante el cual se crea el Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres "JUNTOS", y deroga el artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-2012-MIDIS. Decreto Supremo N° 002-2021-MIDIS (4.3.2021).

92 Decreto Supremo que crea el Programa Social denominado Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65. Decreto Supremo N° 081-2011-PCM (19.10.2011).

93 Para mayor información se puede revisar la Resolución Directoral N° D000220-2021-PENSION65-DE que modifica la Directiva "Gestión de la entrega de la subvención monetaria". Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/modifican-la-directiva-gestion-de-la-entrega-de-la-subvenci-resolucion-directoral-no-d000220-2021-pension-65-de-1981012-1/>

94 Esta cifra corresponde a la información del portal web institucional del Gobierno peruano. Véase <https://www.gob.pe/institucion/midis/noticias/510878-pension-65-del-midis-establece-nuevos-criterios-de-priorizacion>

► **Cuadro XVI.5. Principales subsistemas de pensiones, cobertura, aportes y beneficios en el Perú**

Financiamiento	Subsistema	Personas cubiertas	Requisitos para obtener el beneficio	Aportes de los trabajadores, sobre la remuneración	Beneficios
	SNP	Trabajador dependiente e independiente	65 años y veinte de aportes.	13 %	Pensión de vejez, anticipada, sobrevivencia, mínima y subsidio de sepelio.
Contributivo	SPP	Trabajador dependiente e independiente	65 años/monto en la CIC que sustituya el 50 % del promedio de ingresos de los últimos diez años.	11,9 % ⁹⁵	Pensión de vejez, sobrevivencia, mínima y subsidio de sepelio.
No contributivo	Pensión 65	Mayores de 65 años en extrema pobreza	Presupuesto público.	No aplica.	Pensión de vejez.

Elaboración propia.

Fuente: Legislación previsional referida en los párrafos precedentes.

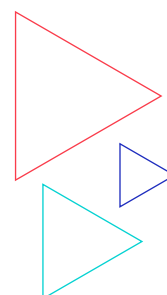
En cuanto al porcentaje de la población adulta mayor cubierta con pensiones contributivas y no contributivas en América Latina, el Perú ocupa el puesto 12 de 17, con una cobertura del 49 por ciento, y es el último en América del Sur (Mesa-Lago 2020, 33). El estudio del profesor Mesa-Lago resalta las siguientes conclusiones. Si bien la cobertura de la población económicamente activa (PEA) creció entre 2010 y 2018, sobre todo gracias a las pensiones no contributivas, sigue siendo una de las más bajas en la región. La cobertura de los trabajadores autónomos y de las mujeres sigue siendo muy baja. La administración de la pensión se opera por un mercado oligopólico, y el porcentaje de afiliados que contribuyen efectivamente a algunos de los sistemas sigue estando por debajo del 50 por ciento. El gasto público de pensiones decreció del 4,7 por ciento al 1,6 por ciento del PIB entre 2003 y 2017 (Mesa-Lago 2020, 29, 30, 35, 44 y 99).

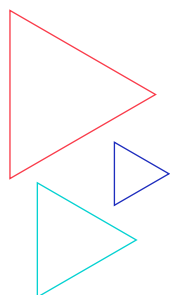
4.4 Sistemas de salud

En 1999 la Ley N° 27056 creó EsSalud, que es la entidad que actualmente administra las prestaciones contributivas de salud. En materia de salud, el Perú cuenta con un modelo contributivo complementario en el que convive una entidad pública y varias entidades privadas (Entidades Prestadoras de Salud, EPS). La afiliación al pilar público es obligatoria para los trabajadores dependientes y se financia con aportes de los empleadores (9 por ciento de la remuneración mensual del trabajador). El segundo pilar es la afiliación voluntaria y el financiamiento dependerá del plan elegido (aportes del trabajador, del empleador o aportes compartidos). Además, hay un régimen semicontributivo destinado a trabajadores

[que-permitira-atender-a-mas-de-12-mil-nuevos-adultos-mayores-vulnerables](#)

95 Este porcentaje varía de acuerdo a la AFP. Véase el cuadro XVI.3.





independientes y de microempresas que cuenta con un financiamiento público parcial. Finalmente, el sistema de salud tiene un régimen no contributivo denominado Seguro Integral de Salud para la población en pobreza y pobreza extrema (Gonzales Hunt y Paitán Martínez 2017, 73).

► **Cuadro XVI.6. Regímenes de seguridad social en salud en el Perú**

Régimen	Beneficiarios	Entidad
Contributivo	Trabajadores dependientes (asegurados obligatorios ⁹⁶) Trabajadores independientes (asegurados facultativos)	Seguro Social de Salud (EsSalud)/ Entidades Prestadoras de Salud (EPS)
Semicontributivo	Trabajadores independientes y de microempresa ⁹⁷	SIS Independiente (Ministerio de Salud)
No contributivo	Trabajadores en pobreza y pobreza extrema ⁹⁸	SIS Gratuito (Ministerio de Salud)

Fuente: Elaboración propia ⁹⁹.

EsSalud otorga prestaciones económicas y prestaciones en salud. El primer grupo comprende los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y las prestaciones por sepelio. En el segundo grupo se encuentran los servicios de prevención, promoción y recuperación. Los recursos que administra EsSalud son fondos intangibles de conformidad con el artículo 12 de la Constitución y el Consejo Directivo está integrado por nueve miembros (tres representantes del Estado, tres representantes de los empleadores y tres representantes de los asegurados) ¹⁰⁰. De acuerdo con el *Estudio Financiero Actuarial 2018*, la tasa de cobertura de EsSalud pasó del 21,2 por ciento al 35 por ciento entre 2005 y 2017. El total de personas afiliadas en 2017 fue de 6,3 millones (OIT y EsSalud 2019, 22). En 2019 y 2020, el porcentaje fue del 36,7 por ciento. El siguiente cuadro muestra las cifras de la población peruana y el número de afiliados a EsSalud entre 2017 y 2020.

► **Cuadro XVI.7. Afiliados a EsSalud en el Perú, 2017-2020**

Años	Población peruana	Población asegurada	Ratio
2017	31 826 018	11 141 726	35 %
2018	32 162 184	11 493 440	35,7 %
2019	32 170 000	11 811 453	36,7 %
2020	32 625 948	11 971 163	36,7 %

Elaboración propia.

Fuente: EsSalud, 2021.

⁹⁶ Los pensionistas también son asegurados obligatorios y sus aportes equivalen al 4 por ciento.

⁹⁷ Artículo 81 del Decreto Supremo 008-2010-SA.

⁹⁸ Artículo 80 del Decreto Supremo 008-2010-SA.

⁹⁹ Este cuadro ha tomado como referencia la tabla elaborada en C. Gonzales Hunt y J. Paitán Martínez, *El derecho a la seguridad social*, 73.

¹⁰⁰ Reglamento de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud. Decreto Supremo N° 002-99-TR (26.04.1999).

En 2009, mediante Ley 29344, se creó el Seguro Integral de Salud (SIS) y fue reglamentado por el Decreto Supremo 008-2010-SA de 2010. El SIS está adscrito al Ministerio de Salud y otorga prestaciones en salud no contributivas por medio de la red de establecimientos del Estado, así como mediante entidades públicas o privadas. El SIS cubre a las personas que no cuentan con un seguro de salud contributivo y tiene la vocación de proteger a las poblacionales vulnerables (adultos mayores, población maternoinfantil y adolescentes) de escasos recursos económicos. El financiamiento del SIS es mediante el tesoro público.

Las cifras del SIS difieren de las de EsSalud. Según la *Memoria Anual 2020* del SIS, en dicho año la institución contaba con 23 822 486 asegurados, de los cuales 8 026 892 recibieron atención, mientras que EsSalud tuvo 9 600 528 asegurados ese año (SIS 2021, 21). Por su parte, el portal del Instituto Nacional de Estadística e Informática señala que, en el último trimestre de 2020, el 76,9 por ciento de la población entrevistada manifestó que contaba con algún tipo de seguro de salud, sea público o privado. El 49,7 por ciento de la población accedió únicamente al SIS, el 22,7 por ciento tenía acceso únicamente a EsSalud y el 4,6 por ciento contaba con otro tipo de seguro de salud ¹⁰¹.

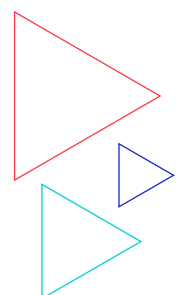
5. Desafíos y/o amenazas para la realización del derecho a la seguridad social

Conforme se ha explicado precedentemente, la seguridad social implica obligaciones concretas del Estado en el marco de los preceptos del Estado social, la seguridad social como garantía institucional y el contenido constitucional del derecho a la pensión. En el camino por conquistar esas metas, el Estado debe enfrentar algunos desafíos, como ampliar la cobertura, otorgar pensiones adecuadas y garantizar la sostenibilidad económica y financiera (Casalí y Pena 2020, 34). La creación de una cultura previsional que produzca un clima más atractivo para el ahorro y facilite el acceso del pensionista a los servicios y las decisiones de los sistemas de pensiones son factores que también pueden asegurar el eficaz cumplimiento de la garantía institucional que representa la seguridad social.

La informalidad laboral es uno de los principales desafíos para lograr la garantía institucional que representa la seguridad social. Desde el 2017 la tasa de empleo informal registró una tendencia creciente: entre julio de 2019 y junio de 2020, fue del 74,3 por ciento, lo que representó un 1,7 por ciento más que lo alcanzado entre julio de 2018 y junio de 2019 (Gamero y Pérez 2020, 12). Durante el trimestre de mayor impacto laboral de la pandemia (abril-junio), los puestos de los trabajadores informales se redujeron en un 62 por ciento (OIT 2021, 21). Recientes estudios demuestran que, incluso en tiempos de crecimiento económico, la informalidad creció en el Perú y que hay un 17,9 por ciento de empleo informal fuera del sector informal (Lavado y Yamada 2021, 2). Estos altos niveles de empleo informal provocan que las políticas de seguro social tengan grandes limitaciones. La pandemia desatada por la COVID-19 ha puesto en evidencia este déficit latente durante los años de crecimiento económico.

La escasa cobertura y cotización efectiva a los sistemas contributivos es un segundo reto. Según los datos de la ONP, el 31 por ciento de la PEA no está afiliada a ningún sistema contributivo de pensiones. En el SPP solo contribuyen en promedio el 52 por ciento, y se estima que el 74 por ciento de la población ocupada no percibirá una pensión contributiva al llegar a la edad de jubilación (Casalí y Pena 2020, 13). Para enfrentar los problemas de cobertura, una de las medidas recomendadas ha sido la incorporación de componentes no contributivos y

¹⁰¹ Instituto Nacional de Estadística e Informática. Véase <http://m.inei.gov.pe/prensa/noticias/el-769-de-la-poblacion-accedio-a-algun-seguro-de-salud-12819/>





semicontributivos para quienes no hayan cumplido o hayan cumplido parcialmente con los requisitos para acceder a las prestaciones contributivas (Casalí y Pena 2020, 36).

El mercado de trabajo peruano tiene algunas características que constituyen retos para la seguridad social. Así, por ejemplo, el envejecimiento poblacional, los bajos niveles de ahorro e inversión y la volatilidad de financiamiento externo en el que se ha sustentado parte del crecimiento económico (Casalí y Pena 2020, 13) requieren ser tomados en cuenta para cumplir con el mandato constitucional de la seguridad social como garantía institucional.

Estos tres retos ¹⁰² se han manifestado de manera clara durante la pandemia, y la respuesta gubernamental, en líneas generales, no parece poner la atención necesaria en soluciones de largo plazo.

5.1 Protección a los trabajadores frente al desempleo

En el Perú no existen prestaciones de desempleo que garanticen un ingreso mínimo en caso de pérdida del puesto de trabajo. Según información del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en Lima Metropolitana, la capital del país, la tasa de la PEA desocupada subió del 6,6 por ciento en 2019 al 13 por ciento en 2020 y bajó ligeramente en 2021 al 10,7 por ciento ¹⁰³. Ello implica que en el 2020 hubo 210 000 nuevos desempleados en la capital del país.

El Gobierno declaró la emergencia sanitaria en el Perú el 11 de marzo de 2020 (Decreto Supremo 008-2020-SA) por 90 días, los cuales fueron renovados progresivamente, y dispuso que todos los centros laborales públicos y privados adoptasen medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación de la COVID-19. El Gobierno también creó el Registro Nacional para medidas COVID-19 con el objetivo de consolidar y sistematizar la relación de hogares elegibles para los subsidios económicos que se otorgaron en el marco de la emergencia sanitaria y que estuvo a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) ¹⁰⁴. El Decreto Supremo 025-2021-SA ¹⁰⁵ amplió la declaratoria de la emergencia sanitaria por un plazo de 180 días calendario contados a partir del 3 de septiembre del 2021, que se trató de la quinta ampliación desde la primera declaratoria de marzo de 2020.

La legislación peruana consagra el derecho a la Compensación por Tiempo de Servicio (CTS). El empleador tiene la obligación de crear una cuenta bancaria especial donde hará dos depósitos semestrales de aproximadamente medio sueldo cada uno. Al término de la relación laboral, el trabajador tendrá el derecho de recoger ese dinero, cuya finalidad es protegerlo económicamente mientras encuentra un nuevo empleo. Una de las primeras disposiciones en el contexto de la pandemia fue autorizar que los trabajadores aun cuando continúen laborando puedan disponer libremente de los fondos de la CTS hasta por la suma de S/ 2 400 (800 dólares

102 Existen varios estudios que describen los retos de la seguridad social en el Perú. Algunos autores han identificado la necesidad de establecer un sistema multipilar (L. Mendoza Choque, *Modelo complementario en los sistemas de pensiones en Perú*, 2017), promover impuestos esenciales de corte previsional y fomentar la cultura de seguridad social (C. Abanto Revilla y J. Paitán Martínez, *Los regímenes de pensiones de la seguridad social en la jurisprudencia*, 2019), entre otros.

103 Instituto Nacional de Estadística e Informática. Situación del mercado laboral en Lima Metropolitana. Octubre-Noviembre-Diciembre 2021. Véase <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/01-informe-tecnico-mercado-laboral-oct-nov-dic-2021.pdf>

104 Decreto de Urgencia que establece medidas extraordinarias para reducir el impacto negativo en la economía de los hogares afectados por las medidas de aislamiento e inmovilización social obligatoria a nivel nacional. Decreto de Urgencia N° 052-2020 (5.5.2020).

105 El Decreto Supremo 025-2021-SA fue publicado el 14 de agosto de 2021. Véase <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-prorroga-la-emergencia-sanitaria-declara-decreto-supremo-n-025-2021-sa-1982207-3>

de los Estados Unidos) ¹⁰⁶. Esta medida, si bien atiende la urgencia económica inmediata, no toma en cuenta la finalidad de la CTS.

Luego se autorizó que los empleadores que no pudieran implementar el teletrabajo y se encontraran gravemente afectados económicamente podrían optar por la suspensión perfecta de labores. Como contrapartida, los trabajadores comprendidos en una suspensión perfecta de labores podrían disponer libremente de su CTS hasta por una remuneración bruta mensual por cada mes que esta dure ¹⁰⁷.

La ausencia de protección contra la suspensión perfecta de labores ha generado que la falta de ingresos que se produjo sea cubierta por el ahorro obligatorio de los trabajadores en la CTS. Muchos de esos trabajadores no recibirán un monto significativo de la CTS en caso de terminación de la relación laboral.

5.2 Modernización y debate en el SNP

Como se ha adelantado, la ONP ha tenido en la creación del TAP y la modernización de sus plataformas virtuales un avance significativo con la intención de garantizar el efectivo acceso al derecho a la pensión de sus afiliados.

Con la finalidad de garantizar la sostenibilidad económica y financiera del sistema, el Plan Estratégico Sectorial Multianual ¹⁰⁸ 2017-2021 del sector economía y finanzas estableció como uno de los objetivos impulsar la ampliación de la cobertura, eficiencia y sostenibilidad del mercado previsional. Adicionalmente la ONP ha promovido estudios sobre la densidad de los aportes. Entre los principales hallazgos se encuentran los siguientes: la densidad de contribución sigue la tendencia del ciclo de vida laboral, esto es, la frecuencia de aportes es baja en edades jóvenes, aumenta en la adultez y se reduce ligeramente al acercarse a la edad de jubilación, y que, por media, la densidad de contribución es de 42 meses (3,6 años) en un periodo de aportación de 240 meses (17 años) (Vásquez Ponce 2021, 142).

Durante la pandemia, el Congreso aprobó la Ley 31083 que estableció un régimen especial facultativo para la “devolución de aportes” a los afiliados activos e inactivos del SNP, el derecho a la devolución de todos los aportes efectuados al SNP por las personas de 65 años de edad o más que no lograron cumplir los requisitos legales para obtener una pensión y dispuso que el Estado entregue por única vez a los pensionistas del SNP una “retribución extraordinaria” equivalente a una remuneración mínima vital. El Poder Ejecutivo planteó un proceso de inconstitucionalidad que fue declarado fundado en Expediente 00016-2020-PI/TC. En la referida sentencia, el Tribunal resaltó que “dado el escaso ahorro previsional, se ha vuelto una constante que el tesoro público termine subsidiando el pago mensual de las pensiones” ¹⁰⁹. El Tribunal desarrolló el contenido de la “Constitución presupuestaria”, que está integrada por todas las normas que rigen la actuación de los poderes del Estado a quienes el constituyente ha encomendado el ejercicio de competencias para la elaboración y aprobación del presupuesto anual. La Constitución presupuestaria se rige por los principios de legalidad, competencia, justicia presupuestaria y el de equilibrio y estabilidad ¹¹⁰.

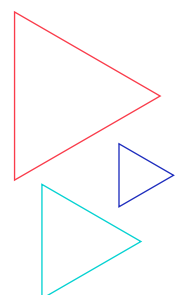
106 Decreto de Urgencia que establece medidas para reducir el impacto en la economía peruana, de las disposiciones de prevención establecidas en la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional ante los riesgos de propagación del COVID-19. Decreto de Urgencia N° 033-2020 (27.3.2020).

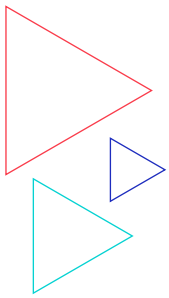
107 Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas. Decreto de Urgencia N° 038-2020 (14.4.2020).

108 El Plan Estratégico es el documento elaborado por los Ministerios del Poder Ejecutivo para cada sector bajo su rectoría. Véase <https://www.ceplan.gob.pe/planes-sectoriales/>

109 Sentencia recaída en el Expediente N° 00016-2020-PI/TC. Fundamento 14.

110 Sentencia recaída en el Expediente N° 00016-2020-PI/TC. Fundamento 26.





Con la finalidad de enfrentar la pandemia, pero también algunas de las barreras burocráticas que retrasan el acceso a la pensión, se aprobaron las siguientes normas y disposiciones ¹¹¹: 1) privilegiar la tramitación de las solicitudes vinculadas al otorgamiento de los derechos pensionarios y el pago de las pensiones, así como la notificación obligatoria de los actos relacionados con dichas acciones; 2) distribuir y entregar las pensiones por medio del Banco de la Nación, en el domicilio de los pensionistas que, por su estado de vulnerabilidad, se encuentren imposibilitados de realizar el retiro de su pensión de manera presencial; 3) otorgar pensión provisional en el régimen del Decreto Ley N° 19990 a favor de los solicitantes de aquellas solicitudes de pensión de invalidez, jubilación y sobreviviente respecto de las cuales, dentro del plazo de 30 días hábiles de haber sido presentadas, no se hubiera pronunciado anteriormente ya sea reconociendo o rechazando la prestación solicitada. Este avance tiene estrecha vinculación con el contenido esencial del derecho a la pensión reconocido por el Tribunal Constitucional en la medida que busca proteger el acceso a esta.

El debate en torno a la devolución de los aportes de los asegurados al SNP pone de manifiesto el proceso, aún inconcluso, de reconocer plenamente al equilibrio presupuestario como un elemento central del sistema previsional. Este principio está relacionado también con la necesidad de otorgar pensiones adecuadas ya que el segundo depende del primero.

5.3 Cambios en el SPP durante la COVID-19

Los cambios al SPP han ido en la dirección de permitir la jubilación adelantada y la libre disposición de los fondos pensionarios para fines distintos a los previsionales. Esta segunda tendencia se ha visto agudizada con la pandemia.

La reforma parcial del SPP de 2016 mediante la Ley 30425 introdujo los siguientes cambios: libre disposición del fondo acumulado hasta el 25 por ciento para la compra de la primera vivienda; devolución de hasta el 50 por ciento del fondo en caso de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer; libre disponibilidad de hasta el 95,5 por ciento de los fondos en la CIC al momento de la jubilación; y prórroga del Régimen Especial de Jubilación Anticipada (REJA) ¹¹² hasta el 31 de diciembre de 2018. En 2019 se promulgó la Ley 30939, en la que se establece de manera permanente este régimen.

Durante la pandemia, muchas de las medidas relacionadas con el SPP han tenido el efecto de transformar el ahorro obligatorio previsional en un ahorro de libre disponibilidad. Algunos estudios alertaron tempranamente que este tipo de cambios no se ajustan a los principios de la seguridad social previstos en los distintos instrumentos internacionales, en especial en el Convenio núm. 102, ya que el ahorro obligatorio acumulado no se utilizaría para financiar las pensiones (Casalí y Pena 2020, 12).

Una de las primeras medidas del Gobierno fue autorizar a los afiliados del SPP a que realicen, por única vez, el retiro extraordinario de hasta 2 000 soles peruanos (S/) (600 dólares de los Estados Unidos) ¹¹³ de sus fondos. Además, en mayo de 2020 se autorizó que los afiliados del SPP puedan retirar hasta el 25 por ciento del total de sus fondos acumulados con un monto máximo de retiro equivalente a tres Unidades Impositivas Tributarias (12 900 soles peruanos o 4 200 dólares de

111 Decreto de Urgencia que establece medidas para el otorgamiento y pago de las pensiones a cargo de la oficina de normalización previsional (ONP) a los afiliados que se encuentran en situación de riesgo en el marco de emergencia sanitaria producida por el COVID-19, y dicta otras disposiciones. Decreto de Urgencia N° 077-2020 (2.7.2020).

112 La Ley 29426 de 2009 creó un régimen especial de jubilación anticipada de naturaleza temporal en el SPP para quienes tuvieran un mínimo de cincuenta y cinco (55) años de edad y se encontraran en situación de desempleo por 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud. Ese régimen fue progresivamente ampliado hasta volverse permanente.

113 Decreto de Urgencia N° 034-2020 (1.4.2020).

los Estados Unidos) ¹¹⁴. Esta norma también dispuso que cuando el afiliado tenga un fondo en la CIC igual o menor a 1 UIT (4300 soles peruanos o 1 200 dólares de los Estados Unidos), el retiro será del 100 por ciento y en un solo desembolso. Según cifras de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), el 42 por ciento de los afiliados al SPP ha retirado entre dos a tres veces sus ahorros y 5,2 millones han retirado sus fondos al menos una vez ¹¹⁵.

Estos retiros parciales de los fondos previsionales en el SPP pueden tener impactos negativos a largo plazo sobre todo sobre la suficiencia de las prestaciones, así como el acceso a una pensión mínima, que es uno de los elementos constitucionalmente protegidos del derecho a la pensión. Una de las posibles consecuencias es que para cubrir esos fondos en el futuro se tenga que recurrir a otras formas de financiamiento, como el tesoro público ¹¹⁶.

Estas modificaciones requieren que el Estado realice los estudios actuariales necesarios para determinar el impacto a largo plazo conforme con las obligaciones expuestas en el Convenio núm. 102 ¹¹⁷.

5.4 Mejorando el acceso a la Pensión 65

Los objetivos iniciales del programa fueron la implementación de estrategias orientadas al alivio temporal de la pobreza y la reducción de la vulnerabilidad. El actual enfoque busca promover el “Envejecimiento con dignidad” ¹¹⁸. Uno de los principales retos es el acceso a los usuarios del programa debido a que muchos de ellos se encuentran en zonas de difícil acceso. Por eso la Plataforma Itinerante de Acción Social (PIAS) ¹¹⁹ –creada por Decreto Legislativo 1197 de 2015– es de suma importancia para llegar a los beneficiarios.

Una de las primeras medidas del Gobierno durante la pandemia fue la autorización del adelanto de transferencia monetaria a beneficiarios de Pensión 65 entre marzo y junio de 2020. Se autorizó el otorgamiento de un subsidio monetario de S/ 760 (253 dólares de los Estados Unidos) para el programa JUNTOS, Pensión 65 y población en pobreza extrema ¹²⁰ para aquellos que no recibían el subsidio monetario autorizado en el Artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 027-2020 que estableció un bono de S/ 380 (100 dólares de los Estados Unidos) para los hogares pobres en zonas de vulnerabilidad sanitaria.

Según la última Memoria Anual del programa, se atendieron a más de 10 000 usuarios, se realizaron casi 480 000 visitas domiciliarias remotas y se mantuvieron más de 300 000 conversaciones telefónicas en 2020 ¹²¹.

114 Ley 31017 que establece medidas para aliviar la economía familiar y dinamizar la economía nacional (1.5.2020).

115 Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Nuevo retiro del fondo de pensiones: cada vez más afiliados vulnerables a la pobreza durante la vejez. Disponible en <https://www.sbs.gob.pe/boletin/detalleboletin/idbulletin/1150>

116 En los medios de comunicación se han expresado distintas críticas a los usos no previsionales de los fondos de pensiones. Para más información, véase Instituto Peruano de Economía: “Es una medida irresponsable”, disponible en <https://www.ipe.org.pe/portal/es-una-medida-irresponsable-diego-macera/>. También, Universidad de Piura: “Retiros de la CTS y de las AFP: impactos en la economía y en los ciudadanos”, disponible en <https://www.udep.edu.pe/hoy/2021/06/retiros-de-cts-y-de-afp-impactos-en-economia-y-en-ciudadanos/>

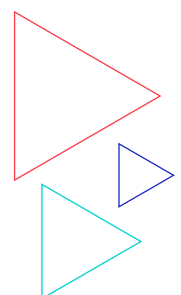
117 Art. 71 (3).

118 Memoria Anual 2020. Programa Nacional de Asistencia Solidaria. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. Disponible en <https://www.pension65.gob.pe/wp-content/uploads/2021/06/Memoria-Anual-2020-Pension-65.pdf>

119 Se trata de una articulación con el Ministerio del Interior y el Ministerio de Defensa a fin de entregar la subvención económica en zonas de difícil acceso mediante plataformas itinerantes (buques).

120 Decreto de Urgencia que establece medidas extraordinarias para reducir el impacto negativo en la economía de los hogares afectados por las medidas de aislamiento e inmovilización social obligatoria a nivel nacional. Decreto de Urgencia N° 052-2020 (5.5.2020).

121 Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65. Memoria Anual 2020. Disponible en <https://www.pension65.gob.pe/wp-content/uploads/2021/06/Memoria-Anual-2020-Pension-65.pdf>





5.5 Modificaciones al sistema de salud

El Aseguramiento Universal en Salud fue aprobado por la Ley 29344 (2009) con la intención de ampliar el acceso a la salud en el Perú. Como se ha visto anteriormente, los regímenes semicontributivo y el no contributivo del SIS han ayudado en ese fin. Algunos estudios sostienen que existe un financiamiento inestable debido a la ausencia de voluntad política de los representantes en el Congreso y/o en el Poder Ejecutivo. Ello hace que el incremento de la cobertura no tenga su correlato en el incremento similar de la infraestructura ni el aumento de los profesionales de la salud (Ponce de León 2021, 2).

Una de las primeras medidas del Gobierno fue la aprobación del bono extraordinario de S/ 720 (200 dólares de los Estados Unidos) para el personal de la salud de las unidades de cuidados intensivos, hospitalización o aquellos que realizaran vigilancia epidemiológica y las visitas domiciliarias a los pacientes que recibían atención ambulatoria ^{122, 123}. Otra disposición importante relativa a los trabajadores de EsSalud fue que el Gobierno autorizó la ampliación del seguro de vida para todo el personal de la salud que asistía en el marco de la emergencia nacional ¹²⁴.

El Gobierno también aprobó un subsidio por incapacidad temporal para pacientes diagnosticados con COVID-19 (trabajadores cuya remuneración fuera de hasta 2 400 soles peruanos o 750 dólares de los Estados Unidos mensuales). Además, se aprobó la ampliación del otorgamiento del seguro de vida para todo el personal de la salud que realizaba labor de naturaleza asistencial en las entidades públicas del sector salud en el marco de la COVID-19 ¹²⁵.

La norma dispuso que el diagnóstico debería ser confirmado con hisopado positivo o el procedimiento que determinase la autoridad nacional de salud. EsSalud otorgaría un subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, el cual no sería acumulable para el cómputo del plazo máximo anual subsidiado de 11 meses y 10 días consecutivos.

6. Conclusiones

El constitucionalismo peruano ha reconocido la cláusula del Estado social y el principio de justicia social como fundamentos en los que se enmarcan el ejercicio y el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales. El devenir de la jurisprudencia constitucional ha establecido que la seguridad social es una garantía institucional que requiere el rol activo del Estado y que la legislación constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido.

El Tribunal Constitucional ha consagrado que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país forman parte del ordenamiento nacional al máximo nivel interpretativo. Desde su ratificación por el Perú en 1961, el Convenio núm. 102 y las cinco ramas a las que el Gobierno peruano se obligó forman parte del ordenamiento nacional. Los pronunciamientos de la CEACR sobre el cumplimiento de las disposiciones del Convenio núm. 102 también han sido considerados en el desarrollo del sistema de protección social nacional.

122 Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del COVID-19 en el territorio nacional. Decreto de Urgencia N° 026-2020 (15.3.2020).

123 El Decreto Supremo N° 027-2021-EF (24.2.2021) aprobó montos, criterios y procedimiento para la identificación de beneficiarios de la bonificación extraordinaria, en el marco del artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 020-2021.

124 Decreto de Urgencia que dicta medidas complementarias para el sector salud en el marco de la emergencia sanitaria por los efectos del coronavirus (COVID-19). Decreto de Urgencia N° 037-2020.

125 Decreto de Urgencia que dicta medidas complementarias para el sector salud en el marco de la emergencia sanitaria por los efectos del coronavirus (COVID-19). Decreto de Urgencia N° 037-2020.

La legislación infraconstitucional ha establecido un modelo paralelo en pensiones en el que compiten y conviven de manera alternativa el sistema nacional de pensiones con el privado. A estos dos regímenes contributivos se le suma el régimen no contributivo, Pensión 65. En materia de salud, el régimen contributivo tiene un modelo complementario en el que EsSalud es el régimen obligatorio para los trabajadores dependientes, mientras que las EPS conforman un segundo pilar voluntario. A este modelo se le suman el régimen semicontributivo y el no contributivo, dirigidos ambos por el SIS.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el contenido esencial del derecho a la pensión está conformado por el derecho de acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a la pensión mínima. Además, el máximo intérprete de la Constitución ha consagrado la existencia del principio de solidaridad en la protección social y el de equilibrio presupuestario. Este principio permitirá la progresividad de la seguridad social. En ese mismo sentido, el Tribunal ha hecho referencia a la Constitución como el conjunto de normas que regulan el presupuesto público.

Respecto a la justiciabilidad del derecho a la seguridad social, la premisa del Tribunal Constitucional es que el fuero constitucional del proceso de amparo solo se aplica a los derechos de sustento constitucional directo, es decir, los que forman parte del contenido esencial del derecho a la pensión. En el ámbito administrativo, desde 2013, el Perú cuenta con el TAP como órgano autónomo e independiente encargado de resolver en última instancia administrativa las controversias que versen sobre los derechos y las obligaciones previsionales de los regímenes a cargo del Estado.

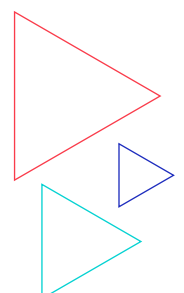
Algunos de los desafíos de la seguridad social en el Perú son ampliar la cobertura, otorgar pensiones adecuadas y garantizar la sostenibilidad económica y financiera. A ellos se suman la creación de una cultura previsional y facilitar el acceso del pensionista a los servicios y las decisiones de los sistemas de pensiones. En los últimos años, la cobertura en pensiones y salud ha aumentado debido, principalmente, a los regímenes no contributivos.

Los sistemas contributivos protegen únicamente al 26 por ciento de la población ocupada, por lo que el restante 74 por ciento no percibirá una pensión contributiva. El 26 por ciento de la PEA se encuentra afiliada al SNP, el 42 por ciento al SPP y el 31 por ciento no está afiliada a ningún régimen. A esta situación se suma que la densidad en las cotizaciones no es alta. En el SPP, el índice de cotización no ha superado el 57 por ciento en los últimos cinco años. En materia de salud, el 49,7 por ciento de la población accedió únicamente al SIS, el 22,7 por ciento tuvo acceso únicamente a EsSalud y el 4,6 por ciento tuvo otro tipo de seguro de salud.

Desde el 2010 al 2020, el financiamiento proveniente del tesoro público para el SNP ha pasado de representar el 52 por ciento al 27 por ciento, mientras que el financiamiento por aportes pasó del 34 por ciento al 64 por ciento. Sin embargo, la crisis desatada por la pandemia ha puesto en evidencia que todavía no hay un consenso político sobre la importancia de respetar el principio de equilibrio presupuestario. Muchas de las medidas tomadas durante la crisis de salud estuvieron en la dirección de usar los fondos previsionales para cubrir el impacto económico de la pandemia, lo que ha generado un problema de mediano y largo plazo.

7. Bibliografía

- Abanto Revilla, C. 2006. "El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Laborem*: 405-440.
- Abanto Revilla, C. y J. Paitán Martínez. 2019. *Los regímenes de pensiones de la seguridad social en la jurisprudencia*. Lima: Palestra.

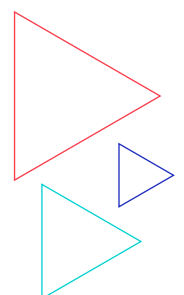




- Aparicio Tovar, J. 2008. "La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia". En J. L. Monereo Pérez C. Molina Navarrete y M. N. Moreno Vida, *La Seguridad Social la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su Jubilación*. Granada: Comares.
- Arciniega, S. 2015. "AFP vs. ONP: el sistema privado de pensiones lleva la delantera". *Semana Económica* 11.
- BBVA. 2008. *Una mirada al sistema peruano de pensiones: diagnóstico y propuestas*. Lima.
- Blancas Bustamante, C. 2011. *La cláusula del Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Bonilla García, A. y J. V. Gruat. 2003. *Protección social*. Ginebra: OIT.
- Casalí, P., O. Cetrángolo y A. Goldschmit. 2015. *Análisis integral de la protección social en el Perú*. Lima: OIT.
- Casalí, P. y H. Pena. 2020. *El futuro de las pensiones en el Perú*. Lima: OIT.
- Casalí, P., O. Cetrángolo y A. Pino. 2020. *Protección social en América Latina y el Caribe en tiempos de pandemia*. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_759164.pdf
- Castillo, N. 2015. "SNP perjudica a los que menos tienen". *El Comercio*, 23 de noviembre de 2015.
- CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones). 1990. *Conferencia Internacional del Trabajo*. OIT.
- . 2009. 99.º Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.
- . 2010. *Observación de la CEACR 99.º reunión CIT*. Ginebra: OIT.
- . 2011. *Observación de la CEACR 101.º reunión CIT*. Ginebra: OIT.
- . 2021. *Observación de la CEACR 109.º reunión CIT*. Ginebra: OIT.
- Conferencia Internacional del Trabajo 100 de la OIT. 2011. *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*. Informe IV. Ginebra: OIT.
- Danós, J. 1994. "El Instituto Peruano de Seguridad Social y el Sistema Privado de Pensiones". En José Danós et al., *Sistema privado de pensiones: desafíos y respuestas*. Lima: CEDAL.
- Defensoría del Pueblo. 2008. *Informe Defensorial N° 135. Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Ermida Uriarte, O. 2008. "Primera lectura de la nueva declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización justa". *Derecho Laboral* 51 (231): 577-594.
- EsSalud. 2021. *Principales indicadores de salud y series estadísticas 2005-2020*. Disponible en http://www.essalud.gob.pe/downloads/estadistica/series_estadisticas_2005_2020_rv.pdf
- Ferrajoli, L. 2004. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Gamero, J. y J. Pérez. 2020. *Perú: Impacto de la COVID-19 en el empleo y los ingresos laborales*. Lima: OIT.
- García Granara, F. 2006. "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones". En *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS.
- García Núñez, L. 2001. *Reforma de la seguridad social en salud en el Perú*. Lima: Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en <https://>

repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/46836/n_196.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Ginneken, W. v. 2004. *Extensión de la seguridad social: políticas para los países en desarrollo*. Ginebra: OIT.
- Gonzales Hunt, C. y J. Paitán Martínez. 2017. *El derecho a la seguridad social*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Gorelli Hernández, J. y M. J. Rodríguez Ramos. 2007. *Sistema de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos.
- Grzetich Long, A. 2003. "El principio de solidaridad: la teoría de su práctica". *Informe de Seguridad Social 3*. Montevideo: Universidad de la República.
- Landa Arroyo, C. 2003. *Teoría del derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra.
- Lavado, P. y G. Yamada. 2021. *Empleo e informalidad laboral en la nueva normalidad*. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social.
- Mendoza Choque, L. E. 2017. *Modelo complementario en los sistemas de pensiones en Perú*. Lima. Disponible en <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8951>
- Mesa-Lago, C. 2020. *Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina (1980-2020): promesas y realidades*. Ciudad de México: Fundación Friedrich Ebert. Disponible en <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/fescaribe/17972.pdf>
- Montoya Chávez, V. H. 2008. "El principio previsional de sostenibilidad financiera en la jurisprudencia constitucional". *Ius et Veritas* 36: 312-327.
- Neves Mujica, J. 1993. "Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción Diabólica". *Themis* 25: 7-10.
- . 2006. "Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria". En *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS.
- . 2009. *Pensiones: reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- OIT. 1999. *Trabajo decente. Memoria del Director General*. Ginebra.
- . 2006. *Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica 2006-2015*. Ginebra.
- . 2008. *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ginebra.
- . 2011. *Estudio general relativo a los instrumentos de seguridad social a la luz de la Declaración de 2008*. Ginebra.
- . 2011. *Piso de protección social para una globalización equitativa e inclusiva*. Ginebra.
- . 2012. *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*. Ginebra.
- . 2013. *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito. Memoria del Director General*. Ginebra.
- . 2015. *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*. Ginebra.
- . 2019. *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo. Adoptada en la Conferencia en su centésima octava reunión*. Ginebra.
- . 2021. *Mercado laboral peruano: impacto de la COVID-19 y recomendaciones de política*. Lima.
- OIT y EsSalud. 2019. *Estudio Financiero Actuarial 2018*. Lima: OIT.





- Palomino, M. 2015. "Perú: Múltiples experiencias, grandes desafíos". En Rodrigo Acuña et al., *Cómo fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Experiencias, lecciones y propuestas*. Santiago de Chile: SURA.
- Pease García, H. 1981. *Los caminos del poder: tres años de crisis en la escena política*. Lima: DESCO.
- Ponce de León, Z. 2021. *Sistema de Salud en el Perú y el COVID-19*. Lima: PUCP.
- SIS (Seguro Integral de Salud). 2021. [www.gob.pe. Memoria Anual 2020, https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1973096/ANEXO%20R%20077-2021-SIS%20Memoria%20Anual%202020.pdf.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1973096/ANEXO%20R%20077-2021-SIS%20Memoria%20Anual%202020.pdf.pdf)
- Supiot, A. 2006. "Esbozo de un Acuerdo-Marco relativo a la extensión de la protección social". En E. Reynaud y A. Supiot, coords., *Protección social y trabajo decente. Nuevas perspectivas para las normas internacionales de trabajo*, 188. Madrid: La Ley.
- Vásquez Ponce, J. 2021. "Apuntes de densidad de contribución en el Sistema Nacional de Pensiones". *Runamanta* 1: 136-150.
- Vidal Bermúdez, Á. y C. Sánchez Reyes. 2006. "Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social". En *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS.
- Villavicencio Ríos, A. 2009. "Los tratados de derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad". En A. Ojeda Avilés et al., *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: ARA.

▶ **XVII. El derecho a la seguridad social y el principio de justicia social en la Constitución de la República Dominicana**



XVII. El derecho a la seguridad social y el principio de justicia social en la Constitución de la República Dominicana

Gianna D'Oleo Maldonado¹

Resumen

El objeto del presente artículo es abordar el ámbito y el alcance del derecho a la seguridad social en la Constitución vigente, así como también los principios constitucionales conexos, los medios y los procedimientos para la aplicación y la garantía de este derecho fundamental.

Al respecto, la Constitución dominicana ha pasado por varias reformas, y fue en la Constitución de 1955 donde apareció por primera vez, aunque no expresamente, la seguridad social. Con la aprobación de la Ley N° 87-01 que creó el Sistema Dominicano de Seguridad Social y la Ley N° 42-01 General de Salud en el año 2001, se incluyó el derecho a la salud y a la seguridad social dentro de la legislación nacional, determinando las disposiciones correspondientes a su regulación y los mecanismos para el acceso a los beneficios; en consecuencia, estos aspectos se establecieron por leyes preconstitucionales. Fue en la reforma constitucional del 2010 donde se incluyó de manera expresa el derecho a la seguridad social como derecho fundamental, lo que implica la responsabilidad del Estado de garantizarlo, así como también el acceso a mecanismos legales en caso de que este derecho sea vulnerado. No obstante, persisten algunos desafíos que aún enfrenta la seguridad social en la República Dominicana.

En el ámbito de la garantía constitucional, el Tribunal Constitucional ha sido constante en enfatizar el reconocimiento del derecho a la seguridad social como un derecho fundamental inherente a la persona.

1. Introducción

El objeto del presente artículo es abordar el ámbito y alcance del derecho a la seguridad social en la Constitución vigente, así como también los principios constitucionales conexos, los medios y procedimientos para la aplicación y garantía de este derecho fundamental. En ese orden, consideramos oportuno iniciar con el recuento histórico de la evolución del derecho a la seguridad social en la Constitución.

La Constitución de la República Dominicana ha pasado por varias reformas desde su promulgación el 6 de noviembre de 1844 hasta la vigente del año 2015. Es en la Constitución del año 1955 donde aparece por primera vez, aunque no de una manera expresa, la seguridad social

¹ Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) de Santo Domingo. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia. Diplomada en Seguridad Social de la Universidad Católica de Santo Domingo (UCSD). Ha realizado estudios de especialidad en seguridad social del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS) de México. Cuenta con veinte años de experiencia y ejercicio en el área de la seguridad social en la República Dominicana. Actualmente se desempeña como consultora legal en salud y seguridad social.

enmarcada en la obligatoriedad de la protección de la dignidad de las personas, especialmente de los trabajadores.

Al respecto, en el artículo 8 de la Constitución de 1955, el cual se encuentra dentro del título correspondiente a los derechos humanos, se establece lo siguiente:

-
- Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y la creación y mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas: (...) 3.- La libertad de trabajo. La ley podrá, según lo requiere el interés general, establecer la jornada máxima de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y sus formas de pago, los seguros sociales, la participación de los nacionales en todo trabajo (...) ² (el subrayado me pertenece).
-

Igualmente, debemos citar los numerales 15, 16, 17 y 18 del referido artículo de dicha Constitución, que indican lo siguiente:

-
- (...) 15.- El Estado continuará el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez. 16.- El Estado prestará su protección y asistencia a los ancianos, en la forma que determine la ley, de manera que se preserve su salud y se asegure su bienestar. 17.- El Estado prestará asistencia social a los pobres. Dicha atención consistirá en alimentos, vestimenta, y, hasta donde sea posible, vivienda adecuada. 18.- El Estado velará por el mejoramiento de la alimentación, la vivienda, los servicios sanitarios y las condiciones de higiene de los establecimientos de trabajo; procurará los medios para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas y de toda otra índole, así como también dará asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes por sus escasos recursos así lo requieran. (...) ³ (el subrayado me pertenece).
-

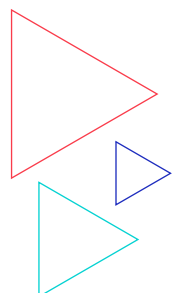
En las siguientes reformas constitucionales correspondientes a los años 1960 y 1961, estas disposiciones continuaron vigentes. Posteriormente, con la reforma del año 1963, se reemplazaron las disposiciones del artículo 8 citadas previamente de manera de extender la protección ofrecida por el Estado. El artículo 16 dispone lo siguiente:

-
- Se consagra la libertad de trabajo. La ley establecerá, según lo requiera el interés general, la jornada máxima de trabajo, los días de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y sus formas de pago, los seguros sociales, la participación preponderante de los nacionales en todo trabajo y, en general, todas las providencias de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias o útiles en favor de los trabajadores ⁴ (el subrayado me pertenece).
-

2 Constitución de la República Dominicana del 1.º de diciembre del año 1955, artículo 8.

3 Constitución de la República Dominicana del 1.º de diciembre del año 1955, artículo 8, numerales 15, 16, 17 y 18.

4 Constitución de la República Dominicana del 29 de abril del año 1963, artículo 16.





En la reforma constitucional de 1966, se mantuvo la disposición anterior en el artículo 8 dentro de la sección correspondiente a los derechos individuales y sociales, y se incluyó un numeral que señala lo siguiente: "(...)17.- El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que cada persona llegue a gozar de la adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez"⁵. Este artículo permanecerá sin variaciones en las reformas constitucionales de 1994 y 2002.

Cabe destacar que, con la aprobación de la Ley N° 87-01 que creó el Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS), del 9 de mayo del 2001, y la Ley N° 42-01 General de Salud, del 8 de marzo del 2001, se incluyó el derecho a la salud y a la seguridad social dentro de la legislación nacional, sentando las disposiciones correspondientes a la regulación de estos derechos, así como también los mecanismos para el acceso a los beneficios⁶. Por consiguiente, tanto el sistema de seguridad social como la regulación del sistema de salud se establecieron por leyes preconstitucionales.

La Ley 87-01 indica que el SDSS tiene por objeto proteger a toda la población dominicana contra los riesgos de salud, discapacidad, accidentes de trabajos y vejez, por lo que se creó un nuevo modelo compuesto por tres seguros básicos: el Seguro Familiar de Salud, el Seguro de Vejez, Discapacidad y Sobrevivencia y el Seguro de Riesgos Laborales. Su finalidad es garantizar servicios de salud oportunos, un ahorro obligatorio para una pensión digna a la hora del retiro y la debida atención en caso de accidentes laborales.

Por su parte, la Ley General de Salud N° 42-01 dispone en su artículo 3 lo siguiente: "Todos los dominicanos y dominicanas y las y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional son **titulares del derecho a la promoción de la salud, prevención de las enfermedades y a la protección, recuperación y rehabilitación de su salud, sin discriminación alguna**"⁷ (las negritas me pertenecen).

Fue en la reforma constitucional del 26 de enero de 2010 en donde se incluyó de manera expresa el derecho a la seguridad social como un derecho fundamental, lo que implica la responsabilidad del Estado de garantizarlo, así como también el acceso a mecanismos legales en caso de que este sea vulnerado. Así, el artículo 60 de la Constitución del 2010 dispone lo siguiente: "**Derecho a la seguridad social.** Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez"⁸ (las negritas me pertenecen).

Adicionalmente, en la Constitución del año 2010, se incluyen los siguientes derechos fundamentales vinculados con la protección integral de las personas:

► **Artículo 38.- Dignidad humana.** El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

Artículo 57.- Protección de las personas de la tercera edad. La familia, la sociedad y el Estado concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad

5 Constitución de la República Dominicana del 28 de noviembre del año 1966, artículo 8, numeral 17.

6 Con anterioridad a estas leyes, se encontraban vigentes la Ley 385 sobre accidentes del trabajo del 11 de noviembre de 1932 y la Ley 1376 sobre seguros sociales del 17 de marzo de 1947, modificada por la Ley 1896 del 30 de diciembre de 1948, que dio origen a la Caja Dominicana de Seguros Sociales (CDSS), posteriormente denominado Instituto Dominicano de Seguros Sociales, así como también sistemas de aseguramientos y planes de pensiones especiales dispersos.

7 Ley General de Salud N° 42-01 del 8 de marzo de 2001, artículo 3.

8 Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010, artículo 60.

y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Artículo 58.- Protección de las personas con discapacidad. El Estado promoverá, protegerá y asegurará el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, así como el ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades. El Estado adoptará las medidas positivas necesarias para propiciar su integración familiar, comunitaria, social, laboral, económica, cultural y política.

Artículo 61.- Derecho a la salud. Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia:

- 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran;
- 2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales⁹.

En el año 2012, la Ley N° 1-12 Orgánica de la Estrategia Nacional de Desarrollo de la República Dominicana 2030 incluyó, dentro del segundo eje referente a una sociedad con igualdad de derechos y oportunidades, como objetivo 2.2. la salud y seguridad social integral, con la finalidad de establecer las líneas de acción necesarias para garantizar el acceso a la salud y a la seguridad social.

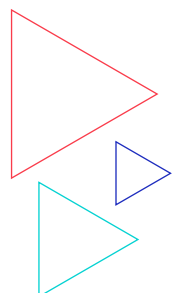
Cabe mencionar que la ratificación de tratados internacionales tiene un importante efecto en la materialización de los derechos constitucionales, en el caso que nos ocupa específicamente del derecho a la seguridad social. En ese sentido, la Constitución en su artículo 74, numeral 3, establece lo siguiente: “Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: (...) 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado (...)”¹⁰.

Este artículo dispone que todos los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, luego de ser ratificados por el Estado dominicano, adquieren rango constitucional. En ese mismo orden, con la Constitución del año 2010 se establece el control constitucional preventivo para evitar contraposiciones entre las normas internas y los tratados aprobados. Así, en su artículo 185 se indica lo siguiente: “Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: (...) 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo (...)”¹¹.

9 Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010, artículos 38, 57, 58 y 61.

10 Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015, artículo 74, numeral 3.

11 Constitución de la República Dominicana del 26 de enero del año 2010, artículo 185, numeral 2.





En la República Dominicana, a la fecha se han ratificado los siguientes tratados, pactos y convenios internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social:

1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, ratificado por la República Dominicana el 14 de noviembre de 1977, el cual dispone en su artículo 9 que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”¹².
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, del 22 de noviembre de 1969, aprobada por la República Dominicana el 19 de abril de 1978.
3. Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), ratificado por la República Dominicana el 11 de julio de 2016¹³.

Tratados bilaterales y multilaterales:

4. Convenio de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y la República Dominicana, del 1.º de julio del 2004 y en vigor desde el 1.º de julio del 2006.
5. Convenio de Seguridad Social entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno del Ecuador, suscrito el 22 de abril del 2013 y ratificado el 30 de septiembre del 2014.
6. Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el cual protege los derechos de los trabajadores migrantes, declarado conforme con la Constitución dominicana mediante la sentencia TC/0662/17 del 7 de noviembre del 2017.

En consecuencia, todos estos instrumentos que reconocen el derecho a la seguridad social y establecen mecanismos para su concreción, incluyendo el caso de trabajadores migrantes, forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

Como hemos visto, la seguridad social en tanto derecho fundamental se encuentra incluido en la Constitución dominicana, así como también en la legislación adjetiva del país, destacando el rol fundamental del Estado como garante de este derecho. En adición, se reconocen otros derechos vinculados, como el derecho a la salud, la protección de las personas con discapacidad y de la tercera edad, incluyendo los mecanismos correspondientes para garantizar tanto el acceso a los beneficios como la protección de las personas en dichas normativas.

A continuación se desarrollará lo referente a la justicia social y al derecho a la seguridad social en la Constitución vigente, la justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social y la configuración actual del Sistema Dominicano de Seguridad Social. También se presentarán algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que han ratificado el derecho a la seguridad social.

2. La justicia social y el derecho a la seguridad social en la Constitución dominicana

Dentro del bloque de derechos fundamentales contenidos en los artículos 37 al 67 de la carta magna promulgada en 2015, se encuentra consagrado el derecho a la seguridad social, incluido

¹² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966, artículo 9.

¹³ República Dominicana ha aceptado las partes II (asistencia médica), III (prestaciones monetarias de enfermedad), V (prestaciones de vejez), VI (prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional), VII (prestaciones familiares), VIII (prestaciones de maternidad), IX (prestaciones de invalidez) y X (prestaciones de sobrevivientes).

dentro de los derechos económicos y sociales, a través de los cuales se busca mejorar las condiciones de vida de todas las personas.

Conviene recordar que los derechos fundamentales son inherentes a toda persona en respeto a la dignidad, por lo que deben estar garantizados en el ordenamiento jurídico con normas efectivas para su protección. Además, estos derechos son interdependientes, de manera que su realización está estrechamente vinculada con la de otros derechos consagrados por la Constitución ¹⁴.

Sin embargo, la propia Constitución en su artículo 74.1 establece que la citada enumeración no es limitativa, y así encontramos en el texto constitucional otros derechos estrechamente vinculados con la protección de la seguridad social, como es el caso de la protección para las personas de la tercera edad y para las personas con discapacidad, establecidos en los artículos 57 y 58 de la Constitución, citados previamente.

Es preciso mencionar que la Constitución dispone en su artículo 112 que los derechos fundamentales serán regulados para su concreción y ejercicio mediante leyes orgánicas: "Leyes orgánicas. Las leyes orgánicas son aquellas que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales (...)" ¹⁵.

Lo anterior aplica para el caso de la seguridad social, en tanto es también un derecho prestacional, por lo que es necesario contar con la regulación pertinente para el acceso oportuno a las prestaciones correspondientes, así como también implica el cumplimiento por parte de los beneficiarios de requisitos para el acceso y de la programación de los recursos correspondientes. Tal y como se detallará más adelante, el desarrollo normativo de la seguridad social se da a través de la Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social.

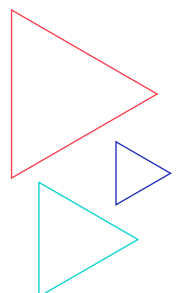
Como se verá en el apartado siguiente, la Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales a través de los mecanismos de tutela y de protección, por lo que todos los poderes públicos deben garantizar su efectividad. Al respecto, en el artículo 74 de la carta magna se establecen los principios para la reglamentación e interpretación de los derechos y las garantías fundamentales, disponiendo lo siguiente:

► Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

1. No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;
2. Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;
3. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;
4. Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los

14 Los derechos listados en la Constitución vigente al artículo 74.1, muchos de los cuales se consideran conexos al derecho a la seguridad social, son los siguientes: derecho a la vida, derecho a la dignidad humana, derecho a la igualdad, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a la libertad de empresa, derecho a la propiedad, derecho a la libertad de expresión, derecho a la libertad de asociación, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la vivienda, derecho a la familia, derecho al trabajo.

15 Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015, artículo 112.





mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución ¹⁶.

El acceso oportuno, en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna en los beneficios de la seguridad social, como derecho fundamental, es una manifestación del valor de justicia social que debe primar en todas las sociedades.

3. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

La Constitución de la República Dominicana establece de manera expresa que el Estado es garante de los derechos fundamentales, lo cual se encuentra regulado por la Constitución y las leyes. En particular en sus artículos 68 y siguientes, establece las garantías de los derechos fundamentales, señalando que “la Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley” ¹⁷.

En su artículo 7, se establece que la República Dominicana es un Estado social y democrático de derecho, “(...) fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales (...)” ¹⁸. Por su lado, el artículo 8 dispone como función esencial del Estado “la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas” ¹⁹.

En ese mismo orden, la Ley N° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales, del 15 de junio del 2011 ²⁰, define a la justicia constitucional como

- la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales (el subrayado me pertenece).

Igualmente, esta ley crea el Tribunal Constitucional como órgano supremo autónomo que tiene a su cargo la interpretación y el control de la constitucionalidad. El sistema de justicia constitucional se rige por ciertos principios rectores como son la celeridad, la constitucionalidad, la efectividad, la favorabilidad, la interdependencia, la oficiosidad y la vinculatoriedad, que buscan asegurar

¹⁶ Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015, artículo 74.

¹⁷ Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015, artículo 68.

¹⁸ Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015, artículo 7.

¹⁹ Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015, artículo 8.

²⁰ Ley N° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales del 15 de junio del 2011, artículo 8.

la realización de los derechos humanos y fundamentales bajo la responsabilidad general del Estado.

3.1 Mecanismos de justiciabilidad

Existen mecanismos dentro de la justicia ordinaria dispuestos por la normativa vigente para reclamo de los beneficios de la seguridad, tales como el procedimiento administrativo ante las instancias reguladoras, así como también las demandas en daños y perjuicios antes los tribunales ordinarios y antes los tribunales laborales²¹. Sin embargo, en la presente sección nos enfocaremos en los procesos de carácter constitucional.

3.1.1 Recurso de amparo

La acción de amparo es el mecanismo establecido por la Constitución para reclamar ante los tribunales la protección de los derechos fundamentales en caso de su vulneración, tanto por cualquier entidad pública como por particulares. Al respecto, el artículo 72 indica lo siguiente:

-
- Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos, de conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades²².
-

El procedimiento para el ejercicio de la acción de amparo se encuentra regulado en la Ley N° 137-11, artículos 65 al 93, en los cuales se establece lo referente a las causas de inadmisibilidad, calidades, formalidad de la instancia, proceso de la audiencia, entre otros aspectos para el ejercicio de este recurso.

En cuanto a la calidad para ejercer el amparo, cualquier persona física o moral tiene derecho a interponer la acción de amparo para exigir la protección de sus derechos fundamentales.

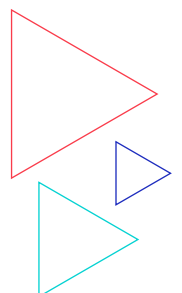
El amparo será inadmisibile en los siguientes casos:

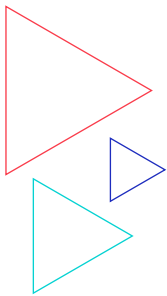
-
- 1. Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado.
 - 2. Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los sesenta días que sigan a la fecha en que el agraviado ha tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental.
 - 3. Cuando la petición de amparo resulte notoriamente improcedente²³.
-

21 Los artículos 145 y 203 de la Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social establecen la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios causados al afiliado cuando por incumplimiento de la obligación de inscribirlo, notificar los salarios efectivos o los cambios de estos, o de entregar las cotizaciones y contribuciones, no pudieran otorgarse las prestaciones de los Seguros Familiar de Salud, Discapacidad y Supervivencia y el Seguro de Riesgos Laborales.

22 Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015, artículo 72.

23 Ley N° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales del 15 de junio del 2011, artículo 70.





En lo relativo a la competencia, el juez de primera instancia del lugar donde se haya manifestado el acto u omisión objeto del recurso será el competente para el conocimiento de la acción; en caso de que se trate de actos u omisiones de la Administración pública, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

El procedimiento de amparo se inicia con una instancia dirigida al juez apoderado y con los anexos correspondientes que sirven de base a la reclamación. Es importante señalar que el juez puede suplir de oficio cualquier medio de derecho, y que la sentencia que concede el amparo "se limitará a prescribir las medidas necesarias para la pronta y completa restauración del derecho fundamental conculcado al reclamante o para hacer cesar la amenaza a su pleno goce y ejercicio"²⁴.

Finalmente, en cuanto a los recursos, la Ley N° 137-11 en sus artículos 94 al 111 regula todo lo referente al recurso de revisión constitucional de sentencias de amparo. Esta acción es el mecanismo para impugnar ante el Tribunal Constitucional las sentencias de amparo que hayan violentado los derechos fundamentales del recurrente.

La Sentencia TC/0119/14, del 13 de junio del 2014, también ha hecho referencia al recurso de amparo como mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales: "El amparo es el mecanismo idóneo del que disponen todas las personas para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares"²⁵.

En particular, "todas las sentencias emitidas por el juez de amparo pueden ser recurridas en revisión en la forma y bajo las condiciones establecidas en la presente ley" (art. 94)²⁶.

El recurso de revisión constitucional debe ser realizado por escrito y depositado en la secretaría del tribunal que emitió la sentencia violatoria de los derechos fundamentales del recurrente, en un plazo no mayor de cinco días a partir de la notificación de la sentencia.

La acción de amparo ha sido de suma importancia en la garantía del derecho a la seguridad social y algunos derechos conexos, como el derecho a la salud y la protección a la tercera edad. En ese sentido, varias sentencias han reafirmado la protección de las personas de tercera edad, así como la garantía del derecho a la salud independientemente de que la atención requerida se encuentre dentro de las coberturas de la seguridad, incluyendo el acceso a medicamentos.

3.1.2 Control de constitucionalidad

3.1.2.1 Acción directa en inconstitucionalidad (control concentrado)

En República Dominicana existen dos sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: el control concentrado y el control difuso.

En cuanto al control concentrado, en el artículo 185, numeral 1 de la Constitución y en los artículos 38 al 50 de la Ley N° 137-11, se establece el procedimiento de acción directa en inconstitucionalidad, el cual tiene por objeto comprobar que toda ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza se encuentre conforme a la Constitución vigente. Dicha acción podrá ser interpuesta por el presidente de la República, por una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y por cualquier persona con un interés legítimo y jurídicamente protegido.

²⁴ Ley N° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales del 15 de junio del 2011, artículo 91.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° TC/0119/14 del 13 de junio del 2014.

²⁶ Ley N° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales del 15 de junio del 2011, artículo 94.

En caso de comprobarse que la normativa objeto del recurso contraviene las disposiciones de la Constitución, la sentencia que la declara inconstitucional genera la anulación de la normativa.

3.1.2.2 Control difuso

Sobre el sistema de control difuso, indica lo siguiente: “Todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto ante el cual se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso (artículo 51 de la ley 137-11)”.

Es importante precisar que el control difuso debe ser ejercido por todo juez, aun de oficio, en los asuntos que sean sometidos a su conocimiento.

En lo referente al control de la constitucionalidad a través del control difuso establecido en la Ley 137-11, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 51 y 52, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia TC/0662/16, del 14 de diciembre del 2016, estableció lo siguiente:

-
- (...) es preciso concluir en el sentido de que en esta materia debe reiterarse el criterio adoptado por este tribunal que manifiesta que el control difuso de constitucionalidad es una facultad exclusiva de los tribunales y jueces del Poder Judicial, de acuerdo con los referidos artículos 51 y 52 de la citada ley núm. 137-11; es decir, la tutela del control de constitucionalidad fue otorgada, tanto al Tribunal Constitucional, en el ejercicio del control concentrado, como también al Poder Judicial por vía del control difuso.
-

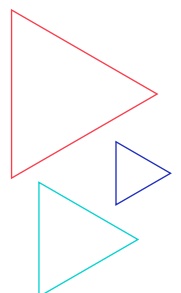
3.2 Revisión constitucional

El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 137-11, tiene la facultad de revisar “las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, con posterioridad al 26 de enero de 2010, fecha de proclamación y entrada en vigencia de la Constitución”²⁷.

Este recurso de revisión constitucional es procedente en los casos siguientes:

-
- 1. Cuando se trate de decisiones firmes dictadas por los tribunales ordinarios, que en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad haya declarado inaplicable alguna ley, decreto, reglamento y cualquier ordenanza.
 - 2. Cuando la decisión viole un precedente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.
 - 3. Cuando se haya producido una violación de un derecho fundamental, siempre que concurren y se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos:
 - a) Que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto quien invoque la violación haya tomado conocimiento de ella.
 - b) Que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada.
 - c) Que la violación al derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, con independencia de los hechos

²⁷ Ley N° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales del 15 de junio del 2011, artículo 53.





que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar ²⁸.

Este recurso debe ser interpuesto por escrito motivado ante la secretaría del tribunal que dictó la sentencia objeto del recurso. En caso que la sentencia admita el recurso, anula la sentencia objeto de este y se devuelve el expediente al tribunal que la emitió.

El Tribunal Constitucional ha expuesto, en lo referente a la condición de admisibilidad del recurso de revisión constitucional, contenida en el artículo 100 de la Ley N° 137-11, que "(...) la admisibilidad del recurso está sujeta a la especial trascendencia o relevancia constitucional de la cuestión planteada, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación y general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido, alcance y la concreta protección de los derechos fundamentales" ²⁹.

4. Legislación infraconstitucional para la concreción del derecho a la seguridad social y la materialización de la justicia social

Con anterioridad a la promulgación de la Ley General de Salud N° 42-01 y de la Ley que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social N° 87-01, ambas en el año 2001, en la República Dominicana no existía una normativa de aplicación general para toda la población en materia de salud y seguridad social, por lo cual fue necesaria una reforma.

Al respecto, los trabajadores del sector público contaban con un sistema de reparto regulado mediante la Ley N° 379-81, que estableció un nuevo régimen de Jubilaciones y Pensiones Civiles del Estado Dominicano para los Funcionarios y Empleados Públicos, del 11 de diciembre de 1981, y otorgaba beneficios de pensiones por antigüedad, discapacidad y sobrevivencia. Actualmente este sistema sigue vigente para aquellos trabajadores que al momento de la fecha de inicio de la Ley de Seguridad Social tenían 45 años o más.

Igualmente, existía la Ley 18-96 sobre seguros sociales del 30 de agosto de 1948, que solo protegía a trabajadores del sector privado con salarios de hasta 4 000 pesos dominicanos (RD\$); brindaba protección de salud solo en la red pública y otorgaba pensiones por antigüedad y discapacidad. Con la promulgación de la Ley 87-01 se dispuso la derogación de esta ley y cómo se respetarían los derechos adquiridos de los trabajadores que pertenecían a este sistema, que fueron asumidos por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda.

4.1 Ley General de Salud

La Ley General de Salud N° 42-01 fue promulgada el 8 de marzo de 2001, con la finalidad de regular todas las acciones que permitan al Estado hacer efectiva la protección al derecho a la salud en la población, el cual, tal y como se mencionó anteriormente, está reconocido en la Constitución dominicana como un derecho fundamental ³⁰.

²⁸ Ley N° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales del 15 de junio del 2011, artículo 53, numerales 1 al 3.

²⁹ Ley N° 131-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales del 15 de junio del 2011, artículo 100.

³⁰ Ley General de Salud N° 42-01 del 8 de marzo del 2001, artículo 1.

Esta ley constituye el marco legal de carácter general del sistema de salud de la República Dominicana. Establece los lineamientos generales de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, así como también reconoce los derechos de las personas y el deber del Estado a través de las instituciones competentes para garantizar estos derechos.

En ese sentido, en el artículo 28 se establecen los derechos de las personas con relación a la salud, los cuales incluyen:

-
- a) Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, y a no ser discriminada por razones de etnia, edad, religión, condición social, política, sexo, estado legal, situación económica, limitaciones físicas, intelectuales, sensoriales o cualquier otra;
 - b) A la atención de emergencia en cualquier establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud;
 - c) A la educación en salud, prevención de las enfermedades y a la protección, conservación y recuperación de su salud, en concordancia a lo contemplado en la Constitución y demás leyes vigentes en la República Dominicana.
 - d) A la información sobre los bienes y servicios que promuevan y protejan la salud y prevengan la enfermedad; al acceso a los mismos y a una adecuada y oportuna atención médica;
 - e) A la confidencialidad de toda la información relacionada con su expediente y con su estancia en instituciones prestadoras de servicios de salud pública o privada, con las excepciones indicadas en la Ley (...) ³¹.
-

La administración del sistema de salud está bajo la responsabilidad del Ministerio de Salud Pública, organismo encargado de garantizar la buena aplicación de la ley vigente ³². Sin embargo, una limitante es que no se establecen las sanciones correspondientes a la violación de estas garantías por parte de entidades del sector salud.

4.2 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social

El Sistema Dominicano de Seguridad Social, establecido mediante la Ley 87-01, tiene por objeto proteger a toda la población dominicana contra los riesgos de salud, discapacidad, accidentes de trabajos y vejez. Se creó un nuevo modelo compuesto por tres seguros básicos, Seguro Familiar de Salud, Seguro de Vejez, Discapacidad y Sobrevivencia y Seguro de Riesgos Laborales, que respectivamente buscan garantizar servicios de salud oportunos, un ahorro obligatorio para una pensión digna a la hora del retiro y la debida atención en caso de accidentes laborales.

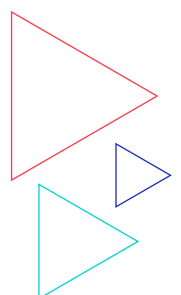
El artículo 5 de la ley dispone en cuanto a los beneficiarios del Sistema que “tienen derecho a ser afiliados al Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) todos los ciudadanos dominicanos y los residentes legales en el territorio nacional. La presente ley y sus normas complementarias regularán la inclusión de los dominicanos residentes en el exterior” ³³.

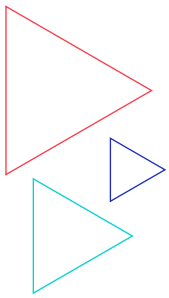
Igualmente, entre los principios rectores señalados en el artículo 3 de dicha ley, se pueden mencionar los siguientes por su relevancia en el objeto del presente análisis:

³¹ Ley General de Salud N° 42-01 del 8 de marzo del 2001, artículo 28, literales a-e.

³² Ley General de Salud N° 42-01 del 8 de marzo del 2001, artículo 14, literales c, d, g, i, r.

³³ Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 5.





-
- **Universalidad:** El SDSS deberá proteger a todos los dominicanos y a los residentes en el país, sin discriminación por razón de salud, sexo, condición social, política o económica;
 - **Obligatoriedad:** La afiliación, cotización y participación tienen un carácter obligatorio para todos los ciudadanos e instituciones, en las condiciones y normas que establece la presente ley;
 - **Integralidad:** Todas las personas, sin distinción, tendrán derecho a una protección suficiente que les garantice el disfrute de la vida y el ejercicio adecuado de sus facultades y de su capacidad productiva;
 - **Solidaridad:** Basada en una contribución según el nivel de ingreso y en el acceso a los servicios de salud y riesgos laborales, sin tomar en cuenta el aporte individual realizado; de igual forma, cimentada en el derecho a una pensión mínima garantizada por el Estado en las condiciones establecidas por la presente ley;
 - **Libre elección:** Los afiliados tendrán derecho a seleccionar a cualquier administrador y proveedor de servicios acreditado, así como a cambiarlo cuando lo consideren conveniente, de acuerdo a las condiciones establecidas en la presente ley;
 - **Participación:** Todos los sectores sociales e institucionales involucrados en el SDSS tienen derecho a ser tomados en cuenta y a participar en las decisiones que les incumben;
 - **Gradualidad:** La Seguridad Social se desarrolla en forma progresiva y constante con el objeto de amparar a toda la población, mediante la prestación de servicios de calidad, oportunos y satisfactorios ³⁴.
-

Con relación a los regímenes de financiamiento, según el artículo 7 de la ley, el sistema de seguridad social tiene los siguientes regímenes:

-
- a) Un Régimen Contributivo, que comprenderá a los trabajadores asalariados públicos y privados y a los empleadores, financiado por los trabajadores y empleadores, incluyendo al Estado como empleador; b) Un Régimen Subsidiado, que protegerá a los trabajadores por cuenta propia con ingresos inestables e inferiores al salario mínimo nacional, así como a los desempleados, discapacitados e indigentes, financiado fundamentalmente por el Estado Dominicano; c) Un Régimen Contributivo Subsidiado, que protegerá a los profesionales y técnicos independientes y a los trabajadores por cuenta propia con ingresos promedio, iguales o superiores a un salario mínimo nacional, con aportes del trabajador y un subsidio estatal para suplir la falta de empleador ³⁵.
-

Actualmente se encuentran vigentes el régimen contributivo y el régimen subsidiado, y está pendiente de implementación el régimen contributivo subsidiado.

En sentido general, la Ley 87-01, en su artículo 4 sobre derechos y deberes de los afiliados al Sistema Dominicano de Seguridad Social, señala que los beneficiarios tienen derecho de ser asistidos por la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados (DIDA) en todos los servicios que sean necesarios para ser efectiva su protección. Esta asistencia incluye información sobre sus derechos, deberes, recursos e instancias amigables y legales, formulación de querrelas y demandas, representación y seguimiento de casos, entre otros. Asimismo, el beneficiario tiene derecho a elegir y cambiar la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) que administre su cuenta individual sin poder ser rechazado ni ver su afiliación cancelada fuera de lo que

³⁴ Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 3.

³⁵ Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 7.

prevé la ley. El afiliado tendrá derecho a elegir la Administradora de Riesgos de Salud (ARS) y/o Proveedora de Servicios de Salud (PSS) que más le convenga sin que se le pueda rechazar o cancelar la afiliación. También puede conservar temporalmente sus servicios de salud al quedar desempleado. La ley además prevé el acceso a las instituciones del Sistema a los fines de recibir orientación, asesoría, defensa, así como el derecho de ser identificado por su número de seguridad social ³⁶.

4.3 El Seguro Familiar de Salud, el Seguro de Vejez, Discapacidad y Sobrevivencia y el Seguro de Riesgos Laborales

El **Seguro Familiar de Salud (SFS)**, como parte integral del sistema de seguridad social desde 2007, tiene por finalidad la protección integral de la salud física y mental del afiliado y su familia, así como alcanzar una cobertura universal sin exclusiones. Comprende la promoción de la salud, la prevención y el tratamiento de las enfermedades, la rehabilitación del enfermo, el embarazo, el parto y sus consecuencias.

Es importante señalar que los afiliados al SFS tienen una serie de derechos bajo el marco de este sistema que no se reconocían en el esquema de aseguramiento en salud que se encontraba vigente antes de la implementación de la Ley 87-01. Concretamente, los beneficiarios tienen derecho a ser afiliados a la ARS de su elección, sin importar condición social, sexo, salud y edad (anteriormente, la edad y padecer una enfermedad preexistente eran condiciones limitantes para poder ingresar a un seguro médico) ³⁷. Asimismo, el beneficiario tiene derecho a afiliarse a su núcleo familiar, esto es, al cónyuge, hijos e hijastros menores de 18 años, hasta 21 años si son estudiantes, y de por vida si son discapacitados, y a los padres e hijos mayores de 21 años solteros, si son dependientes económicos, pagando la cuota correspondiente a su afiliación. Asimismo, la ley establece el derecho a cambiar de administradora una vez por año.

En lo referente a las prestaciones, se incluyen prestaciones en especie como el Plan Básico de Salud, que es el conjunto de servicios de atención a la salud a los que tienen derecho todos los afiliados a los regímenes contributivo, contributivo subsidiado –el cual a la fecha no ha sido implementado– y subsidiado. Sus contenidos están definidos en el reglamento correspondiente ³⁸ y su forma de prestación es normativizada y regulada por los manuales de procedimientos y guías de atención integral elaborados al efecto. Como primera etapa de aplicación del Plan Básico de Salud, actualmente se encuentra vigente el Plan de Servicios de Salud (PDSS), producto del acuerdo firmado por todos los sectores del Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS), el 19 de diciembre de 2006, ratificado mediante la Resolución N° 151-05 del Consejo Nacional de la Seguridad Social (CNSS) el 11 de enero de 2007, con la finalidad de posibilitar la entrada en vigencia del Seguro Familiar de Salud del régimen contributivo.

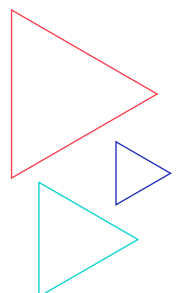
El Seguro Familiar de Salud incluye también el subsidio por enfermedad ³⁹, que se otorga a trabajadores que sufran una enfermedad común, a partir del cuarto día de la incapacidad y hasta un límite de veintiséis semanas, siempre y cuando el trabajador haya cotizado durante los doce últimos meses anteriores a la incapacidad. También incluye el subsidio por maternidad, que consiste en el pago en dinero a la trabajadora afiliada al régimen contributivo equivalente a

36 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 4.

37 Las pólizas de seguros de salud ofertadas por las iguales médicas antes de la entrada en vigencia de la seguridad social establecían un pago extra para los asegurados mayores de 60 años o no eran admitidos; tampoco brindaban cobertura para el caso de enfermedades preexistentes. Estas condiciones se mantienen en los planes voluntarios que se comercializan para la población no afiliada al Sistema Dominicano de Seguridad Social.

38 Reglamento sobre el Seguro Familiar de Salud y el Plan Básico de Salud, Decreto N° 74-03 del 31 de enero del 2003.

39 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 131.





catorce semanas de salario cotizante ⁴⁰ y que es otorgado durante el periodo del descanso por maternidad a aquellas afiliadas que cumplan con las condiciones de calificación requeridas (es decir, haber cotizado durante por lo menos ocho meses del periodo comprendido en los doce meses anteriores a la fecha de su alumbramiento). Asimismo, incluye el subsidio de lactancia, otorgado a las trabajadoras afiliadas con un salario cotizante inferior a tres salarios mínimos nacional ⁴¹ y que hayan cotizado por lo menos durante ocho meses del periodo comprendido en los doce meses anteriores a la fecha del parto ⁴².

De acuerdo a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 87-01, el **Seguro de Vejez, Discapacidad y Sobrevivencia** "tiene como objetivo reemplazar la pérdida o reducción del ingreso por vejez fallecimiento, discapacidad, cesantía en edad avanzada y sobrevivencia". Este sistema está basado en la capitalización individual. Entre las prestaciones de este seguro se encuentra la pensión por vejez, la pensión por discapacidad y la pensión de sobrevivencia, garantizando con este último beneficio protección para los familiares del trabajador.

En cuanto a la **pensión por vejez**, la Ley 87-01 dispone en su artículo 45 que "se adquiere derecho a una pensión de vejez cuando un afiliado tenga sesenta (60) años de edad o más y haya cotizado durante un mínimo de trescientos sesenta (360) meses; tener 55 años y haber acumulado un fondo que le permita disfrutar de una jubilación superior al 50 por ciento de la pensión mínima" ⁴³. Actualmente el monto de la pensión mínima es de RD\$ 11 900.

En lo referente al beneficio de pensión por discapacidad, la ley señala lo siguiente:

- se adquiere derecho a una pensión por discapacidad total cuando el afiliado acredite: Sufrir una enfermedad o lesión crónica cualquiera que sea su origen. Se considerará discapacidad total, cuando reduzca en dos tercios su capacidad productiva, y discapacidad parcial, entre un medio y dos tercios; La pensión por discapacidad total equivaldrá al sesenta por ciento (60 por ciento) del salario base y en los casos de discapacidad parcial corresponderá al treinta por ciento (30 por ciento), siempre que no afecte la capacidad económica de producción del afiliado. En ambos casos la pensión será calculada en base al promedio del salario cotizante indexado de los últimos tres (3) años. Estos beneficios serán revisados y actualizados cada tres (3) años ⁴⁴.

En adición, ante el fallecimiento de un afiliado activo, y siempre y cuando haya estado cubierto por el Seguro de Discapacidad y Sobrevivencia, el cónyuge sobreviviente, los hijos solteros menores de 18 años, los hijos solteros mayores de 18 años y menores de 21 años que demuestren haber realizado estudios regulares durante no menos de los seis meses anteriores al fallecimiento del afiliado y los hijos de cualquier edad considerados discapacitados recibirán una pensión de sobrevivencia no menor al 60 por ciento del salario cotizante de los últimos tres años o fracción. El valor se ajusta por el índice de precios al consumidor (IPC) y se divide en un 50 por ciento para el cónyuge y un 50 por ciento para los hijos ⁴⁵.

40 Mediante la Resolución N° 418-02 el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) elevó de doce (12) a catorce (14) semanas el pago del subsidio de maternidad, en cumplimiento a lo establecido en el Convenio núm. 183, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en Ginebra, Suiza, sobre Protección de la Maternidad 2000 y aprobado por el Congreso Nacional mediante la Resolución N° 211-14

41 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 132.

42 Reglamento sobre el subsidio por maternidad y el subsidio por lactancia, aprobado mediante la resolución del CNSS N° 98-02 del 19 de febrero del 2004 y modificado por las resoluciones N° 138-08 del 11 de agosto del 2005, N° 181-01 del 14 de julio del año 2008, N° 378-03 del 26 de noviembre de 2015 y N° 418-02 del 30 de marzo de 2017, artículo 3.

43 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 45.

44 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículos 46 y 47.

45 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 51.

De acuerdo a lo establecido en la resolución de la Superintendencia de Pensiones N° 456-22, del 14 de julio del 2022, las pensiones serán actualizadas periódicamente según las variaciones experimentadas por el índice de precios al consumidor publicado por el Banco Central de la República Dominicana.

De acuerdo a las disposiciones de los artículos 185 y siguientes de la Ley 87-01, el **Seguro de Riesgos Laborales** tiene por finalidad “prevenir y cubrir los daños ocasionados por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales. Comprende toda lesión corporal y todo estado mórbido que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que presta por cuenta ajena. Incluye los tratamientos por accidente de tránsito en horas laborables y/o en la ruta hacia o desde el centro de trabajo”. En virtud de lo anterior, los trabajadores en relación de dependencia cuentan con esta protección en caso de un accidente en el lugar de trabajo, en ruta desde o hacia su lugar de trabajo o en caso de una enfermedad derivada de la actividad laboral.

En cuanto a los beneficios, el Seguro de Riesgos Laborales incluye **prestaciones en especie**, a saber: atención médica, asistencia odontológica, prótesis, anteojos y aparatos ortopédicos⁴⁶, otorgadas a través de la red de Prestadores de Servicios de Salud del Instituto Dominicano de Prevención y Protección de Riesgos Laborales (IDOPPRIL); y las siguientes **prestaciones económicas**: subsidio por discapacidad temporal, indemnización por discapacidad, pensión por discapacidad y pensión por sobrevivencia.

En cuanto al **régimen subsidiado**, estos afiliados tienen derecho a las prestaciones en especie del Seguro Familiar de Salud, las cuales son entregadas dentro de la red pública del Sistema Nacional de Salud. Igualmente, tienen derecho a la pensión solidaria, equivalente al 60 por ciento del salario mínimo público, y son financiadas con cargo al presupuesto nacional⁴⁷.

4.4 Gobernanza del sistema de seguridad social

El sistema de seguridad social está administrado por varias entidades públicas que aseguran la aplicación de la ley infraconstitucional.

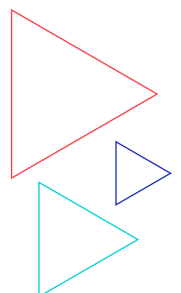
Consejo Nacional de Seguridad Social: encargado de establecer las políticas, regular el funcionamiento del sistema y de sus instituciones, garantizar la extensión de cobertura, defender a los beneficiarios, así como de velar por el desarrollo institucional, la integralidad de sus programas y el equilibrio financiero del SDSS. En adición, de acuerdo al artículo 22 de la Ley, tendrá las siguientes funciones: “q) Conocer en grado de apelación de las decisiones y disposiciones del Gerente General, el Gerente de la Tesorería de la Seguridad Social y de los Superintendentes de Pensiones y de Salud y Riesgos Laborales, cuando sean recurridas por los interesados”⁴⁸.

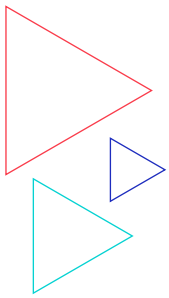
Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales: entidad estatal, autónoma, con personalidad jurídica, la cual, a nombre y representación del Estado dominicano, vela por el estricto cumplimiento de la Ley 87-01 y sus normas complementarias, en lo concerniente a la aplicación del Seguro Familiar de Salud y del Seguro de Riesgos Laborales, debe proteger los intereses de los afiliados, vigilar la solvencia financiera del Seguro Nacional de Salud y de las ARS, supervisar el pago puntual a dichas Administradoras y de estas a las PSS y contribuir a fortalecer el Sistema Nacional de Salud. La Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales funge como árbitro conciliador cuando existan desacuerdos entre las ARS o el Seguro Nacional de Salud y las PSS, sean estas entidades y/o profesionales de la salud, y establecer, en última instancia, precios y tarifas de los servicios del Plan Básico de Salud. Por lo tanto, cualquier reclamación referente al pago de los subsidios, así como también solicitudes de unificación de núcleo familiar, reclamación contra la ARS y reclamación por traspasos irregulares se realizan ante esta entidad.

46 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 192.

47 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículos 128, 142 y 65.

48 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 22, literal q.





Superintendencia de Pensiones (SIPEN): entidad estatal, autónoma, con personalidad jurídica, la cual, a nombre y representación del Estado dominicano, ejerce la función de velar por el estricto cumplimiento de la ley y de sus normas complementarias en lo referente a la aplicación del Seguro de Vejez, Discapacidad y Supervivencia, de proteger los intereses de los afiliados, de vigilar la solvencia financiera de las AFP y de contribuir a fortalecer el sistema previsional dominicano ⁴⁹. La SIPEN, como entidad encargada de garantizar el correcto funcionamiento del Seguro de Vejez, Discapacidad y Supervivencia, conocerá de cualquier reclamación interpuesta por los afiliados en ocasión de la negación de las prestaciones correspondientes.

Dirección de Información y Defensa de los Afiliados (DIDA): el artículo 29 de la Ley 87-01, modificado por la Ley 13-20, dispone la creación de la “Dirección de Información y Defensa de los Afiliados (DIDA), como entidad pública autónoma y descentralizada, adscrita al Ministerio de Trabajo, dotada de personalidad jurídica, a cargo de la provisión de información y gestión de reclamos y quejas de los afiliados”. En adición, tiene la facultad de recibir las quejas y reclamaciones por actuaciones de las ARS, las AFP, las PSS y el Instituto Dominicano de Protección y Prevención de Riesgos Laborales.

4.4.1 Procedimientos de quejas y apelaciones

A tales fines, el Reglamento de Quejas y Reclamaciones de la DIDA dispone el procedimiento que se debe seguir al respecto, indicando que pueden ser objetos de la reclamación las siguientes situaciones:

1. Reclamaciones de los trabajadores con relación a sus empleadores.
2. Quejas y reclamaciones sobre prestaciones de las AFP.
3. Quejas y reclamaciones sobre servicios de las ARS y las PSS.
4. Reclamaciones al Instituto Dominicano de Protección y Prevención de Riesgos Laborales.
5. Reclamaciones ante la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL) por pago de los subsidios.

4.4.2 Procedimiento de apelación

El CNSS, conforme a lo dispuesto por el artículo 22 literal 1 de la Ley 87-01, debe conocer de los recursos de apelación contra decisiones emitidas por la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales, la Gerencia General y la Tesorería de la Seguridad Social.

De acuerdo con el Reglamento correspondiente, el recurso de apelación debe contener, a pena de ser declarado irrecibible, lo siguiente:

1. Institución que está siendo apoderada e institución cuyo acto se impugna;
2. Indicación o descripción del acto objeto del recurso;
3. Generales del recurrente, en caso de ser persona moral generales del representante legal;
4. Enunciación sucinta ordenada y precisa de los hechos y bases legales en los que se fundamenta el recurso;

⁴⁹ Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 108.

5. Fecha del escrito y firma del recurrente o su mandatario ⁵⁰.

La resolución del CNSS que decida sobre el recurso de apelación puede ser recurrida ante el Tribunal Superior Administrativo de acuerdo a los procedimientos vigentes en la materia.

En caso de negación de las prestaciones de la seguridad social, luego de agotadas las vías administrativas descritas precedentemente, el afiliado reclamante tiene el derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria. También puede acogerse al procedimiento de amparo, en caso de violación al derecho fundamental a la seguridad social, o interponer demandas según sea el caso, iniciando ante el juzgado de primera instancia hasta los diferentes grados establecidos de acuerdo a las disposiciones vigentes en la materia. Estas demandas pueden ser por daños y perjuicios y reembolsos de valores por negación de cobertura de salud.

4.5 La Ley N° 13-20

Esta ley del 7 de febrero del 2020 modifica la Ley de Seguridad Social N° 87-01 y dispone procedimientos especiales a cargo de la Tesorería de la Seguridad Social, a fin de que se puedan ejercer acciones legales contra los empleadores que no cumplan con sus obligaciones de inscripción y pago al sistema de la seguridad social, vulnerando así el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores.

Al respecto, se indica que los tribunales competentes en materia de seguridad social serán los tribunales administrativos y el procedimiento a seguir será el establecido en la Ley 13-07, del 5 de febrero de 2007, que crea el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo. También la Tesorería de la Seguridad Social podrá solicitar las medidas coercitivas de carácter real como el embargo conservatorio, embargo retentivo e inscripción de hipoteca judicial para garantizar el pago de las cotizaciones de la seguridad social del trabajador, así como las multas, recargos e intereses correspondientes ⁵¹.

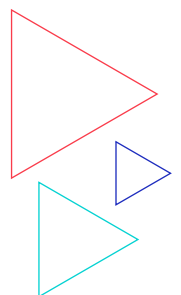
4.6 Sentencias relevantes

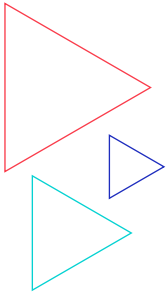
Varias sentencias del Tribunal Constitucional de la República Dominicana han realizado importantes interpretaciones y precisiones sobre principios constitucionales, así como también sobre el alcance y goce efectivo del derecho a la seguridad social y otros derechos conexos, tanto desde el punto de vista de la protección a los titulares del derecho como del acceso y la entrega de las prestaciones.

En particular, la Sentencia TC/0450/15, del 3 de noviembre del 2015, mediante la cual el Tribunal Constitucional, en ocasión de un recurso de revisión de sentencia de amparo, ordenó a una ARS otorgar la cobertura del medicamento requerido a una paciente que padecía una enfermedad autoinmune, quien había iniciado una acción de amparo ante la negación de la cobertura del medicamento necesario para tratar su condición de salud. Entre las consideraciones del Tribunal Constitucional, pueden destacarse las siguientes:

⁵⁰ Reglamento que establece normas y procedimientos para las apelaciones por ante el Consejo Nacional de Seguridad Social, aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social mediante Resolución N° 124-02 del 16 de febrero del 2005 y Resolución N° 125-02 del 1.º de marzo del 2005, artículo 20.

⁵¹ Ley N° 13-20 que fortalece la Tesorería de la Seguridad Social (TSS) y la Dirección General de Información y Defensa del Afiliado (DIDA). Modifica el recargo por mora en los pagos al Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) y modifica, además, el esquema de comisiones aplicados por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) del 7 de febrero del 2020, artículos 213 y 214.





► iv. (...) Al respecto de lo antes expresado, este tribunal ha procedido a la verificación del Catálogo de Prestaciones del Plan de Servicios de Salud (PDSS) elaborado por la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL), comprobando que el medicamento Rituximab INY 100 MG está contenido en ese documento bajo el código SIMON 13477, grupo 12, subgrupo 12.1, siendo su cobertura de tres mil pesos dominicanos (RD\$3 000).

v. En ese orden, debemos señalar que el Plan Básico de Salud está conformado por el conjunto de servicios de atención de salud a los que tienen derecho todos los afiliados a los regímenes Contributivo, Contributivo-Subsidiado y Subsidiado, siendo regulado su contenido y ejecución a través del Catálogo del Plan de Servicios de Salud (PDSS) emitido por la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL).

vi. Tal regulación se erige como un programa que se ejecuta de forma gradual y progresiva, por estar orientada a garantizar el equilibrio financiero del sistema. Por ello las actividades prestacionales que se ejecutan a través del referido plan se realizan observando las condiciones económicas del país, con lo cual se busca garantizar la concordancia entre el costo de las actividades requeridas con la disponibilidad de recursos que aseguren su ejecución y sostenibilidad futura.

vii. Por ello, las obligaciones que tienen las administradoras de riesgos de salud de garantizar a los beneficiarios una protección de calidad, oportuna y satisfactoria, le impone, por demás, procurar la racionalización de los costos en que deben incurrir para la prestación de los servicios del Plan Básico de Salud, observando ciertos niveles de productividad y eficiencia que vayan en concordancia con las coberturas, objetivos y metas del plan nacional contenidas en dicho plan, así como con las disposiciones que, para tal efecto, establezca la SISALRIL.

viii. De ahí que las administradoras de riesgo de salud, en sus funciones de entes administrativos encargados del manejo de los planes obligatorios de salud en la República Dominicana, no pueden negarse a otorgar las coberturas necesarias para que las personas que están afiliadas en uno de los planes obligatorios de salud que pertenezcan al Sistema Dominicano de Seguridad Social, accedan al suministro de los medicamentos que estén contemplados en su plan de salud, mucho menos bajo el argumento de que los mismos no se encuentran catalogados como una enfermedad de alto costo, o que solo pueden ser suministrados para un padecimiento de una enfermedad determinada por las propias administradoras de riesgo de salud (...) ⁵².

Por otro lado, la Sentencia N° TC/0111/19 establece un precedente de suma importancia en **materia de protección del derecho a la seguridad social y las prestaciones que deben ser otorgadas**. A raíz de un recurso de amparo interpuesto por un afiliado que requería de un procedimiento de salud no incluido en el catálogo de prestaciones del Plan de Servicios de Salud del Seguro Familiar de Salud, el Tribunal Constitucional dispuso que **se debe dar la cobertura aunque el procedimiento no se encuentre incluido y siempre y cuando no se afecte la sostenibilidad financiera del sistema**:

► El artículo 3 de la Ley núm. 87-01 consagra el equilibrio financiero como uno de los principios rectores de la seguridad social, consistente en la “correspondencia entre las prestaciones garantizadas y el monto del financiamiento” y cuya finalidad es lograr la sostenibilidad del sistema; en el caso concreto, el otorgamiento de la cobertura solicitada no afecta la sostenibilidad en cuestión en razón de las consideraciones ya mencionadas

52 Sentencia del Tribunal Constitucional N° TC/0450/15 del 3 de noviembre del 2015.

que apuntan al aumento de los límites de cobertura para este tipo de eventos de salud y al financiamiento requerido cuya cuantía es menor al tope establecido en la Resolución núm. 375-02. Sobre ese particular, la Sentencia TC/0450/15 señala que "(...) las actividades prestacionales que se ejecutan a través del referido plan se realizan observando las condiciones económicas del país, con lo cual se busca garantizar la concordancia entre el costo de las actividades requeridas con la disponibilidad de recursos que aseguren su ejecución y sostenibilidad futura".

11.33 La satisfacción de los requerimientos médicos formulados por los afiliados, aún en los casos en que no se encuentren incluidos dentro del Catálogo de Prestaciones de Servicios del Plan Básico de Salud y siempre que se cumpla con las exigencias antes descritas, obedece al propósito de la Seguridad Social de prestar servicios de calidad, oportunos y satisfactorios, además de los preceptos constitucionales que protegen la salud y la vida de las personas.

(...)11.36 Además de lo anterior, la aplicación del principio de efectividad, consagrado en el artículo 7.4 de la Ley núm. 137-11, permite al Tribunal Constitucional conceder una tutela judicial diferenciada para la protección de los derechos cuando las circunstancias particulares lo ameriten. En efecto, en las sentencias TC/0073/13, del siete (7) de mayo de dos mil trece (2013), y TC/0340/16, del veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016), este colegiado consideró que (...) una correcta aplicación y armonización de los principios de efectividad y favorabilidad, consagrados en los numerales 4) y 5) del artículo 7 de la Ley No. 137-11, pudieran, en situaciones muy específicas, facultar a que este Tribunal aplique una tutela judicial diferenciada a los fines de tomar las medidas específicas requeridas para salvaguardar los derechos de las partes en cada caso en particular.

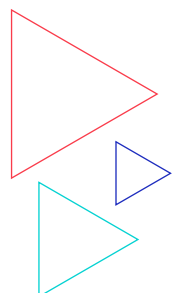
11.37 Este criterio aplica en el caso concreto, pues la situación de salud del accionante amerita otorgar la cobertura correspondiente aún en el caso en que no se encuentre actualmente prevista en el Catálogo de Prestaciones de Servicios de Salud; por lo que, en atención a ese principio y a las consideraciones anteriores, procede acoger la acción de amparo interpuesta a Alfredo Vidal Rosed y, en consecuencia, ordenar las medidas correspondientes, a fin de garantizar los derechos a la vida, dignidad humana, seguridad social y salud, consagrados en los artículos 37, 38, 60 y 61 de la Constitución.

11.38 Dada la importancia de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud, este Tribunal estima que en los casos similares al que nos ocupa, las administradoras de riesgos de salud deberán conceder la cobertura solicitada dentro de los límites financieros que la regulación establece cuando las técnicas, tecnologías o procedimientos no se encuentren incluidos en el Catálogo de Prestaciones de Servicios del Plan Básico de Salud y sean más beneficiosos para el paciente que los establecidos de modo convencional, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL)⁵³.

Como se puede apreciar, esta sentencia igualmente se fundamenta en los principios de efectividad y favorabilidad que permiten que el tribunal aplique una **tutela judicial diferenciada con el objeto de proteger derechos** y, sobre todo, se establece un claro precedente sobre la cobertura de salud a través de las prestaciones otorgadas por el Seguro Familiar de Salud del Sistema Dominicano de Seguridad Social.

Otra sentencia importante es la TC/045/19, en la cual el Tribunal Constitucional realizó precisiones sobre aspectos de derechos fundamentales, específicamente sobre la protección de

53 Sentencia del Tribunal Constitucional N° TC/0111/19 del 27 de mayo del 2019.





los titulares del derecho a la seguridad social en el caso de que se trate de personas de tercera edad, indicando lo siguiente:

-
- 14.16 El Tribunal Constitucional considera que los recursos de revisión a que se refiere el presente caso tienen especial trascendencia y relevancia constitucional debido a que estos están referidos a un conflicto que permitirá a este órgano colegiado no solo continuar, de manera general, con el desarrollo de criterios relativos a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, sino, de manera particular, a las prestaciones sociales de que son acreedoras, en el marco de la dignidad humana y el derecho a la seguridad social como derechos fundamentales respecto a las personas de avanzada edad o de la tercera edad. En el caso de la protección de los derechos fundamentales, a la dignidad humana y a la seguridad social, cuando el titular es una persona de la tercera edad, el tribunal constitucional ha establecido algunas puntualizaciones mediante sentencias TC/0203/13, del trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013), y TC/0375/16, del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), que disponen lo siguiente:

El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, como tal inherente a la persona, y es, asimismo, un derecho prestacional, en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado (...).

El derecho a la seguridad social constituye la garantía del derecho a vivir una vida digna frente al desempleo, la vejez, la discapacidad o la enfermedad. Sin embargo, el derecho a la seguridad social se sustenta en los principios de universalidad y solidaridad, y puede ser reivindicado mediante la acción de amparo; los jueces deben ponderar las particularidades de cada caso concreto ⁵⁴.

Igualmente, por tratarse de una persona de edad avanzada y discapacidad, en la referida sentencia el Tribunal Constitucional se fundamentó en el “principio de la protección reforzada”, desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia, indicando:

-
- (...) cuya obligatoriedad se hace imperativa por disposición de los artículos 58 y 60 de la Constitución dominicana. Sin embargo, para hacer valer su derecho, el reclamante debe acreditar su procedencia, y cumplir con los requisitos establecidos por algunas leyes particulares.

(...) 15.32 Visto así, la dimensión de la tutela señalada se expande aún más cuando el beneficiario de la referida pensión es una persona en senectud o perteneciente a la tercera edad, pues, conforme a lo establecido en el mencionado artículo 57 de nuestra Carta Sustantiva y a la jurisprudencia de este tribunal constitucional, estas personas son acreedoras, frente al Estado, de una protección especial, a fin de garantizar el disfrute efectivo y oportuno de ese derecho fundamental.

15.33 Lo anterior nos indica que el juez constitucional, al momento en que le sea presentada una cuestión de esta naturaleza, especialmente aquellas que tiendan a regular o modular el ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social mediante prestaciones económicas (pensión por sobrevivencia o por discapacidad, por ejemplo), debe, para salvaguardar el mantenimiento de las condiciones que auspician la vida digna de una persona de la tercera edad, poner su empeño en que estas se cumplan

54 Sentencia del Tribunal Constitucional N° TC/0405/19 del 1.º de octubre del 2019.

con especial observancia de la Constitución de la República, primero, y, luego, de la legislación adjetiva que regula la materia social ⁵⁵.

En esa misma sentencia se reafirmó uno de los principios de nuestro ordenamiento jurídico, que es la jerarquía de las normas, en tanto reiteró que una normativa de rango inferior como lo es una resolución del Consejo Nacional de Seguridad Social no puede contravenir las disposiciones de las leyes. Esto es importante por el hecho de que al ser la seguridad social un derecho prestacional, para concretarse, debe regularse por la legislación, pero esta debe enmarcarse en los preceptos de la carta magna dominicana.

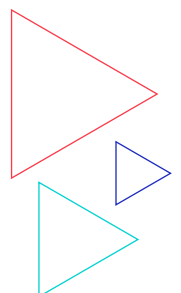
-
- 15.51 Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, referido al asunto esencial de la acción de amparo y al fundamento que sirvió de sustento al juez a quo para declarar la inaplicabilidad (al caso) de las resoluciones núms. 268-06 y 186-01⁵⁶, no se puede dejar sin considerar que, en aplicación del principio de la jerarquía normativa como componente básico de nuestro ordenamiento jurídico y del orden constitucional dominicano, no es constitucionalmente admisible que el valor normativo de un acto reglamentario proveniente de un órgano administrativo pretenda ser colocado por encima de una norma general proveniente del Congreso Nacional. Ello fue lo que pretendió el Consejo Nacional de Seguridad Social mediante las indicadas resoluciones, con las cuales restringió o limitó el alcance del artículo 51 de la Ley núm. 87-01, arrogándose atribuciones que la Constitución de la República reconoce de manera exclusiva a este poder del Estado, lo que constituye una clara y flagrante violación de los artículos 93 y 96 de la Constitución de la República.

15.54 A las consideraciones precedentes debe añadirse, de manera trascendente, por su relevancia, que si bien los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 57 (relativo a la protección de las personas de la tercera edad) y 60 (concerniente al derecho a la seguridad social) de la Constitución de la República son derechos sociales de carácter prestacional, los cuales, como tales, necesitan ser legislativamente concretizados, no es menos cierto que el carácter fundamental de esos derechos es incuestionable y que estos son tangibles y concretos cuanto su regulación se materializa mediante el alcance que, en cuanto a su contenido, le confiere una norma de carácter legislativo, por la reserva de ley que está implícita en estos derechos. Ello es lo que ha ocurrido con esos derechos mediante la Ley núm. 87-01 (de incuestionable carácter orgánico), en cuanto a los aspectos regulados por esta, lo que significa que una transgresión de dicha norma se traduce en la vulneración de los derechos fundamentales a que ella se refiere, como son los derechos contenidos en los citados artículos 57 y 60. Con ello se pone en evidencia que las resoluciones núm. 268-06, dictada por la Superintendencia de Pensiones el primero (1ro) de agosto de dos mil seis (2006), y núm. 186-01, dictada por el Consejo Nacional de Seguridad Social el veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008), son inconstitucionales por haber vulnerado los derechos fundamentales reconocidos por los citados textos, además de los previamente enunciados ⁵⁷.

55 Sentencia del Tribunal Constitucional N° TC/0405/19 del 1.º de octubre del 2019.

56 Las citadas resoluciones N° 268-06 del 1.º de agosto del 2006 emitida por la Superintendencia de Pensiones y la N° 186-01 del 24 de julio del 2008, dictada por el CNSS, se refieren al contrato de póliza para el Seguro de Discapacidad y Sobrevivencia, que establecía condiciones referentes a la edad, plazos para solicitud de los beneficios y exclusión por preexistencias.

57 Sentencia del Tribunal Constitucional N° TC/0405/19 del 1.º de octubre del 2019.





5. Desafíos y/o amenazas para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social

Tanto en la carta magna como en la legislación vigente en la materia, se incluye el derecho a la seguridad social como un derecho fundamental, se regula la entrega de las prestaciones y se procura garantizar, de manera progresiva, el acceso universal a la seguridad social sin ningún tipo de exclusión y en condiciones oportunas y satisfactorias por parte de toda la población. Esto se basa en los principios de universalidad, progresividad y responsabilidad general del Estado, implícitamente reconocidos en la Constitución, complementados por los principios de obligatoriedad, equidad, solidaridad y demás principios definidos en la Ley 87-01.

No obstante, persisten algunos desafíos que aún enfrenta la seguridad social en la República Dominicana. Por ejemplo, pueden mencionarse algunos aspectos que, si bien se encuentran previstos en la Ley 87-01, a la fecha de elaboración de este artículo no han sido puestos en marcha, como la estrategia de atención primaria del Plan Básico de Salud, que debería incluir “emergencias, servicios ambulatorios y a domicilio, atención materno infantil y prestación farmacéutica ambulatoria”⁵⁸. La falta de implementación resulta en pagos de bolsillo y periodos de espera, así como en el mal funcionamiento del sistema de salud preventiva que afecta la eficacia del sistema, en particular en casos de seguimiento de problemas crónicos.

Además, a pesar de estar previsto por ley, el régimen contributivo subsidiado todavía no se ha iniciado, de manera que “los profesionales y técnicos independientes y a los trabajadores por cuenta propia con ingresos promedio, iguales o superiores a un salario mínimo nacional, con aportes del trabajador y un subsidio estatal para suplir la falta de empleador”⁵⁹ quedan desprotegidos (la mayoría de los cuales pertenecen a la economía informal). La falta de inclusión de este segmento poblacional a la seguridad social afecta en gran manera a estos trabajadores y a sus familias, pues no cuentan con protección por accidentes de trabajo. A esto se suma que la cobertura de salud es limitada, pues los planes que pueden adquirir de manera voluntaria contienen numerosas exclusiones, periodos de carencia y, sobre todo, un costo elevado.

Tampoco fue implementado **el seguro de desempleo**. Recientemente, con la crisis ocasionada por la pandemia de la COVID-19, se evidenció la necesidad de contar con un fondo para el caso de desempleo, ya que como consecuencia de la pandemia aproximadamente 469 494 trabajadores⁶⁰ perdieron el trabajo de manera definitiva. Esto inició un movimiento en procura del retiro de un porcentaje de los fondos de pensiones, en detrimento del ahorro y las futuras pensiones. De acuerdo al boletín trimestral de la Superintendencia de Pensiones, en abril del 2020 se registró el porcentaje más alto de caída de las cotizaciones, ya que aproximadamente un 21 por ciento de los trabajadores dejó de cotizar⁶¹.

Si bien el sistema de seguridad social, por autorización del CNSS, mantuvo la cobertura de salud para trabajadores suspendidos hasta el mes de febrero del año 2021 mediante varias resoluciones⁶², así como también se otorgó la cobertura de las pruebas de detección de COVID-19, la pérdida del empleo afectó el equilibrio financiero del sistema y en gran medida el ahorro previsional de los trabajadores.

Al igual, a la fecha, el CNSS aún no ha definido el seguro de salud para pensionados, por lo que el trabajador queda desprotegido a la hora de pensionarse, a pesar de ser una de las etapas en las que más se requiere contar con la cobertura de un seguro de salud.

58 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 129.

59 Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001, artículo 7, literal c.

60 Encuesta Nacional Continua de Fuerza de Trabajo (ENCFT) 2021. Banco Central de la República Dominicana.

61 Superintendencia de Pensiones. *Boletín Trimestral N° 68*, abril-junio de 2020.

62 Resoluciones 492-01, 493-01, 494-05, 496-01, 499-01, 505-02, 507-03 y 514-03

Por último, aún no se ha ejecutado la disposición que prevé el reconocimiento de los derechos adquiridos en el Sistema de Pensiones Público para aquellos trabajadores que cotizaron en el sistema de la Ley 379-81 antes de pasar a una AFP, afectando así a muchos afiliados que se han pensionado sin recibir este beneficio establecido en la ley.

6. Conclusiones

Desde los primeros textos constitucionales se han introducido menciones sobre seguros sociales, protección a la salud de los trabajadores, protección de segmentos vulnerables de la población, entre otras disposiciones, con el objetivo de reconocer el derecho a la seguridad social.

Con la evolución del ordenamiento jurídico, es un hecho que en República Dominicana ya se ha consagrado la seguridad social como un derecho fundamental y se ha procurado garantizar el acceso a determinadas prestaciones a través de la implementación del Sistema Dominicano de Seguridad Social. También se incluyeron las prestaciones médicas y las pensiones contributivas de vejez, discapacidad y sobrevivencia, estableciendo además los mecanismos de protección de este derecho, como se indicó anteriormente, a través del acceso a la justicia ordinaria y las acciones constitucionales.

En ese sentido, a dos décadas de la promulgación de la Ley 87-01, se pueden destacar como los logros fundamentales del sistema la creación y el funcionamiento de las entidades dispuestas por la ley, la elaboración de los reglamentos correspondientes para la implementación del sistema y la puesta en marcha de los tres seguros. Así, en junio del 2003 se inició el Seguro de Vejez, Discapacidad y Sobrevivencia, en 2004 el Seguro de Riesgos Laborales y en 2007 el Seguro Familiar de Salud. Asimismo, se amplió la cobertura en salud y se estableció un sistema de pensiones basado en la capitalización individual y obligatorio para todos los trabajadores del sector formal, ya que, con anterioridad a la aplicación de la Ley 87-01, solo existían algunos planes de pensiones especiales para determinados grupos de trabajadores, que no estaban regulados ni supervisados, y se excluía a la mayor parte de los trabajadores del sector formal⁶³.

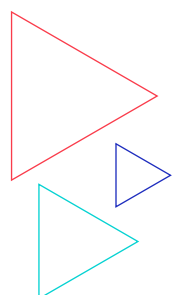
En el ámbito de la garantía constitucional, el Tribunal Constitucional ha enfatizado en varias sentencias el reconocimiento del derecho a la seguridad social como un derecho fundamental inherente a la persona, "revestido de la fuerza que aporta el texto supremo, que lo hace de cumplimiento obligatorio, máxime porque el derecho a la seguridad social responde también al principio de progresividad consagrado en el artículo 8 de la Constitución"⁶⁴.

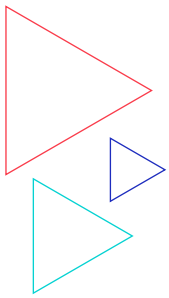
En ese mismo orden, se ha reconocido reiteradamente el principio de la protección reforzada de las personas de la tercera edad y de personas con discapacidad. Así, en varias sentencias se reafirmó la especial protección y tutela diferenciada de estos grupos por su condición, reconociéndoles el derecho a prestaciones dentro de la seguridad social, aun cuando de acuerdo a normativas internas no les correspondían.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha procurado garantizar las prestaciones de la seguridad social, en el marco de la sostenibilidad del sistema, reconociendo coberturas de medicamentos, así como también de procedimientos no incluidos dentro del catálogo del Plan de Servicios de Salud. Para eso se basó en el derecho a una seguridad social integral, la protección de la salud de las personas, vinculados con el derecho a la vida y a la dignidad.

63 Los trabajadores del sector público se encontraban protegidos por las disposiciones de la Ley N° 379-81 que estableció un nuevo régimen de Jubilaciones y Pensiones Civiles del Estado Dominicano para los Funcionarios y Empleados Públicos, del 11 de diciembre de 1981, la cual otorgaba pensiones bajo un esquema de reparto simple.

64 Sentencia TC/0203/13 del 13 de noviembre del 2013.





Al respecto, con fundamento en la jerarquía de la norma como principio del ordenamiento jurídico nacional, se ha establecido en varias ocasiones que disposiciones reglamentarias y que limitan derechos y el acceso a las prestaciones de la seguridad social no son superiores a las disposiciones de la Constitución y de las leyes vigentes. Por lo tanto, tal y como fue expuesto en la sección correspondiente a las sentencias relevantes, el Tribunal Constitucional ha dispuesto coberturas en medicamentos, tratamientos de salud y en pensiones para afiliados por la supremacía de este derecho, sobre lo indicado en normativas de las entidades del SDSS.

Sin embargo, todavía hay varios puntos que no se han implementado, lo cual limita la materialización del derecho fundamental a la seguridad social tal y como se ha previsto en el marco jurídico nacional.

Uno de los principios rectores de la ley, y en particular de los derechos fundamentales como es la seguridad social, es la universalidad, que procura la protección de toda la población, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. No obstante, con la falta de acceso de la población de la economía informal a los beneficios de la seguridad social no se ha dado cumplimiento a este principio, siendo este uno de los puntos pendientes necesarios para que exista una verdadera justicia social.

6. Bibliografía

- Banco Central de la República Dominicana. 2021. *Encuesta Nacional Continua de Fuerza de Trabajo (ENCFT)*. Disponible en <https://www.bancentral.gov.do/a/d/2541-encuesta-continua-encft>
- Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. 1952. Convenio núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima).
- Constitución de la República Dominicana. 1.º de diciembre de 1955.
- Constitución de la República Dominicana. 29 de abril de 1963. Gaceta Oficial N° 8758.
- Constitución de la República Dominicana. 28 de noviembre de 1966. Gaceta Oficial N° 3318051.
- Constitución de la República Dominicana. 26 de enero de 2010. Gaceta Oficial N° 10561.
- Constitución de la República Dominicana. 13 de junio de 2015. Gaceta Oficial N° 10805.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948.
- García, Juan Jorge. 2016. *Derecho Constitucional Dominicano*, 3.ª edición. República Dominicana: Tribunal Constitucional de la República Dominicana.
- Ñopo, Hugo y Sócrates Barinas. 2021. *Políticas de protección social y laboral en la República Dominicana*. UNDP LAC. *Working Paper Series*. Disponible en https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/human_development/politicas-de-proteccion-social-y-laboral-en-la-republica-dominic.html.
- Ley General de Salud N° 42-01 del 8 de marzo de 2001.
- Ley N° 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social del 9 de mayo del 2001.
- Ley N° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales del 15 de junio del 2011.
- Ley N° 1-12 Orgánica de la Estrategia Nacional de Desarrollo de la República Dominicana 2030 del 25 de enero de 2012.
- Ley N° 107-13 de Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo del 6 de agosto del 2013.

Ley N° 13-20 que fortalece la Tesorería de la Seguridad Social (TSS) y la Dirección General de Información y Defensa del Afiliado (DIDA). Modifica el recargo por mora en los pagos al Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) y modifica, además, el esquema de comisiones aplicados por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) del 7 de febrero del 2020.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966.

Reglamento sobre el Seguro Familiar de Salud y el Plan Básico de Salud, Decreto N° 74-03 del 31 de enero del 2003.

Reglamento que establece normas y procedimientos para las apelaciones por ante el Consejo Nacional de Seguridad Social, aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social mediante Resolución N° 124-02 del 16 de febrero del 2005 y Resolución N° 125-02 del 1.º de marzo del 2005.

Reglamento sobre el subsidio por maternidad y el subsidio por lactancia, aprobado mediante la resolución del CNSS N° 98-02 del 19 de febrero del 2004 y modificado por las resoluciones N° 138-08 del 11 de agosto del 2005, N° 181-01 del 14 de julio del 2008, N° 378-03 del 26 de noviembre de 2015 y N° 418-02 del 30 de marzo del 2017.

Superintendencia de Pensiones de la República Dominicana (SIPEN). *Boletín Trimestral N° 68*, abril-junio de 2020. Disponible en <https://www.sipen.gob.do/index.php/publicaciones/boletines-trimestrales>

Tribunal Constitucional de la República Dominicana:

Sentencia N° TC/431/11, del 19 de mayo del 2011.

Sentencia N° TC/0203/13, del 31 de enero del 2012.

Sentencia N° TC/0007/12, del 22 de marzo del 2012.

Sentencia N° TC/0203/13, del 13 de noviembre del 2013.

Sentencia N° C/0031/14, del 14 de febrero del 2014.

Sentencia N° TC/0119/14, del 13 de junio del 2014.

Sentencia N° TC/0335/16, del 20 de julio del 2016.

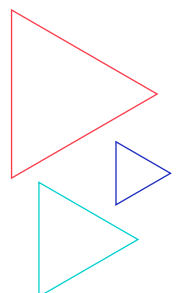
Sentencia N° TC/002/17, del 4 de enero del 2017.

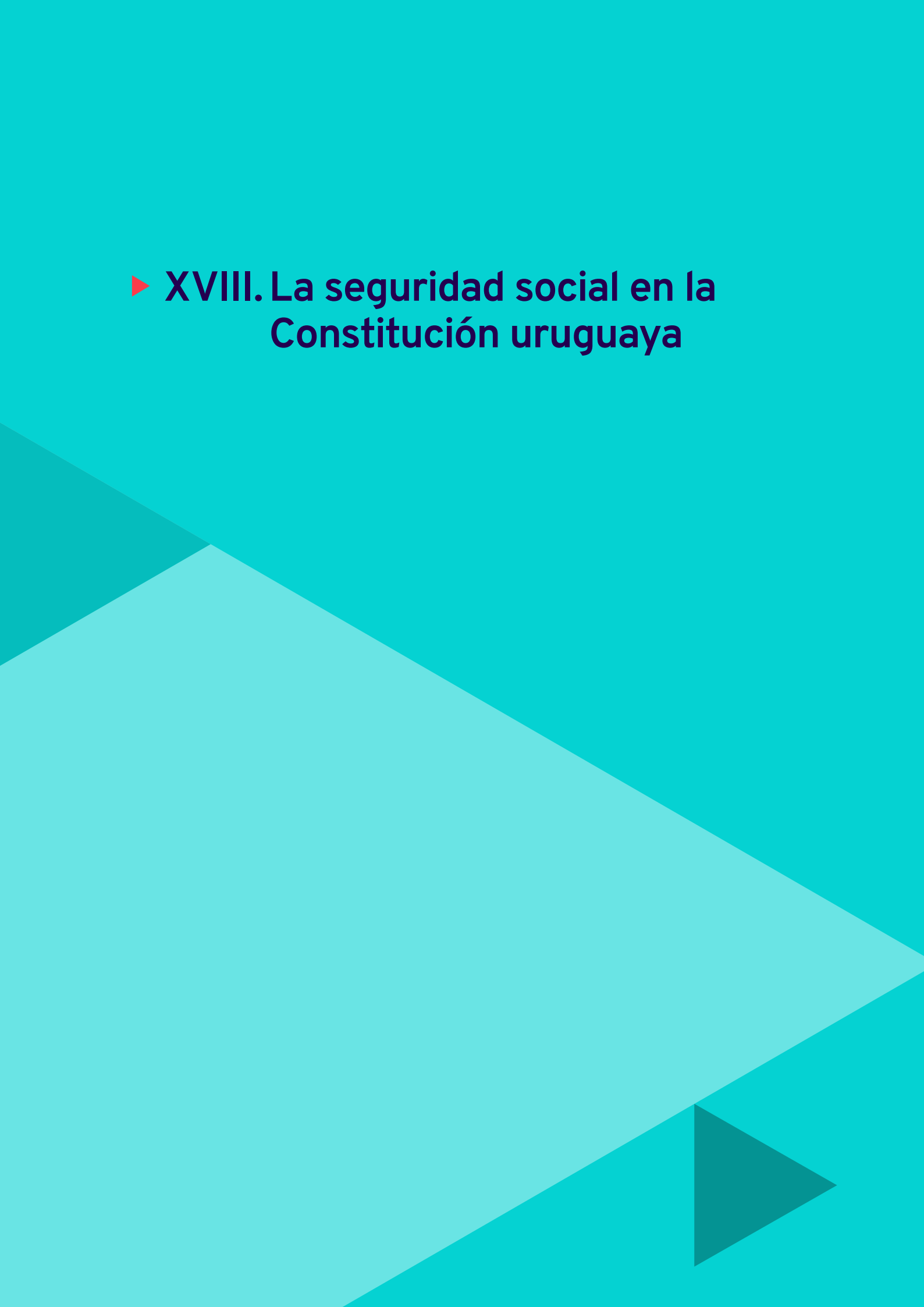
Sentencia N° TC/0111/19, del 27 de mayo del 2019.

Sentencia N° TC/0405/19, del 1.º de octubre del 2019.

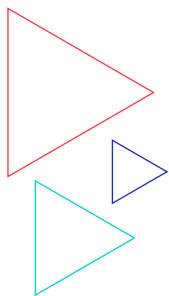
Tribunal Constitucional de la República Dominicana. 2019. *La Constitución dominicana y sus reformas (1844-2015)*, Tomo I, 2.ª edición.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Guía Básica sobre procedimientos ante el Tribunal Constitucional. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/servicios/centro-de-estudios-constitucionales-cec/publicaciones/>.





▶ **XVIII. La seguridad social en la
Constitución uruguaya**



XVIII. La seguridad social en la Constitución uruguaya

Gabriel Salsamendi¹

Resumen

Uruguay exhibe un temprano desarrollo de la seguridad social, si bien no se produjo en forma lineal ni ordenada, sino que parece obedecer a la capacidad de presión de los grupos organizados.

Este proceso se realizó fundamentalmente a través de leyes y no mediante disposiciones constitucionales. Sin perjuicio de ello, desde la Constitución de 1918, se establece que los derechos, deberes y garantías enumerados por la Constitución no excluyen los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

En el presente artículo se describe el contexto en el que se sancionó la Constitución vigente, el desarrollo de la legislación de seguridad social y el impacto que el diálogo social ha tenido como mecanismo de reforma en el siglo XXI.

Finalmente, se analiza cómo, a partir de la aplicación los artículos constitucionales citados, la jurisprudencia recogió la doctrina del bloque de constitucionalidad, que culminó un proceso de inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución. Se admite por esta vía, aunque con importantes restricciones, la exigibilidad judicial de estos derechos, aun cuando no estén reglamentados.

1. Introducción

La Constitución uruguaya reconoce la preexistencia de los derechos inherentes a la persona humana y protege en su goce a los “habitantes” de la República, partiendo de la premisa de que ciertos derechos son propios e intrínsecos a los seres humanos, no siendo estos “creados” por las normas y no pudiendo ser eliminados por ellas (iusnaturalismo) (Blengio Valdés, s. f., 91). La primera Constitución del país fue “jurada” en el año 1830 y ya contenía, en aquel caso identificado con el número 130, el siguiente artículo: “Artículo 7- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

El citado texto permaneció inalterado hasta el actual artículo 7º, por lo que se protegieron estos derechos fundamentales desde el inicio de la República y se estableció el interés general como límite para los casos de privación de estos, mediante normas sancionadas por el Poder Legislativo.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales egresado de la Universidad de la República, Uruguay. Máster en Dirección y Gestión de Sistemas de Seguridad Social, Universidad Alcalá de Henares. Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad de la República, Uruguay. Asesor del Director Representante de activos en el Banco de Previsión Social. Consultor de la OIT. Autor de publicaciones varias en materia de seguridad social y derecho del trabajo.

Sin perjuicio de lo expresado, la citada disposición debe leerse en concordancia con el artículo 72, que dispone: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

El texto citado se encuentra inserto en las constituciones uruguayas desde la primera reforma efectuada en el año 1918, expandiendo el elenco de derechos a todos los reconocidos a los seres humanos como tales o a los derivados del sistema republicano.

Mediante esta disposición, la Constitución uruguaya incluye todos los derechos humanos, y lo hace mediante el mecanismo del reconocimiento de su preexistencia a la propia Constitución, por lo que ninguna reforma de esta puede atacar su vigencia o privar a los ciudadanos de su goce.

En la actualidad, la doctrina constitucionalista entiende, prácticamente por unanimidad, que todos los instrumentos de derechos humanos tienen rango constitucional en el país, “ingresando” por la vía de este artículo. Con esta interpretación se da fin a largos debates sobre el rango o jerarquía de dichos instrumentos con respecto a la Constitución.

Finalmente, el artículo 332 indica: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

Con el citado artículo 332 se cierra el círculo de vigencia, posibilidad de goce y ejercicio de los derechos fundamentales, aun en ausencia de ley que los regule.

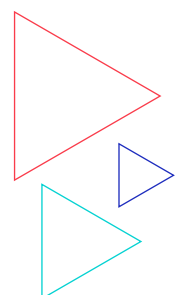
Con esta tríada inserta en la Constitución uruguaya, se puede afirmar que todos los derechos humanos fundamentales se encuentran incluidos en ella, y que los ciudadanos tienen derecho a su goce y deben ser respetados por el Estado, aun cuando no se hubiere dictado una ley que los reconozca o se establezca un mecanismo particular para su ejercicio o reclamación.

El derecho a la seguridad social, como derecho reconocido por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, integra, por tanto, el elenco de los constitucionalmente reconocidos por Uruguay.

Sin perjuicio de tener una carta magna de neto corte protector, y ser un pionero en América Latina en materia de reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social, el país no ha escapado a las olas autoritarias que se ciernen sobre América Latina cada tanto.

La última de ellas duró doce años, desde 1973 hasta 1985, si bien, como en todos los casos, el clima de represión se vivió desde bastante antes de que se explicitara el golpe de Estado (Busquets y Delbono 2016, 61-102). En ese clima se realizó la última gran reforma, en el año 1967, y luego hubo otros cambios de singular importancia en materia de seguridad social, pero que abarcaron aspectos parciales.

Por ello, el presente análisis se realiza tomando el año 1967 como punto de partida, transitando los cambios operados en la materia hasta la actualidad.





2. Contexto y desarrollo en la Constitución actual. La Constitución de 1967

La Constitución vigente fue aprobada en el año 1967, si bien posteriormente se introdujeron una serie de reformas parciales. Una de ellas, impulsada por organizaciones de jubilados y pensionistas ², refiere particularmente a la forma de ajuste de las prestaciones que sirve el sistema de seguridad social.

El contexto en el que se promovió el cambio constitucional aprobado en el año 1967 era de una profunda agitación política, con el accionar del movimiento tupamaro ³ en pleno auge, así como una creciente represión por parte del Estado.

Por ello, la historia señala los cambios operados en la organización del Poder Ejecutivo como los más importantes. Pero, desde la óptica que nos ocupa, se identifican una serie de modificaciones introducidas en dicha época, algunas de ellas con importante repercusión en la actualidad.

2.1 Cambios introducidos en materia de seguridad social y derechos conexos en la reforma realizada en 1967

2.1.1 Derecho a la vivienda ⁴

En materia de acceso a la vivienda, la Constitución vigente en dicho momento ya establecía “El derecho de todo habitante al goce de la vivienda decorosa”. En 1967 se agregó el siguiente

- 2 En Uruguay se utiliza el término “jubilaciones” para identificar las prestaciones, tanto contributivas como no contributivas, asociadas al retiro de la actividad. Por su lado, el término “pensiones” se asocia a las generadas por sobrevivencia, viudez, discapacidad o edad. En el presente artículo mantendremos la terminología internacional que distingue pensiones, de largo y corto plazo, pero se previene que, en caso de dirigirse a la bibliografía y jurisprudencia uruguayas, se encontrará la distinción entre jubilación y pensión.
- 3 “Luego de un periodo de relativo crecimiento y estabilidad económica de mano del desarrollismo económico y el modelo de sustitución de importaciones, a mediados de la década de 1950 la economía uruguaya entró en estancamiento por el agotamiento del modelo sustituidor y por la escasa entrada de divisas al país. Esto generó inflación y un importante deterioro en la balanza de pagos. En lo social, los trabajadores se organizaron en contra de esta situación y multiplicaron las huelgas. La influencia del neobatllismo de Luis Batlle se derrumbaba y en 1958 el Partido Colorado, al cual pertenecían los Batlle, pierde el poder frente a los Blancos, quienes estaban vinculados al ámbito rural. Su gobierno tuvo un marcado carácter nacionalista y se ligó fuertemente a las políticas económicas del Fondo Monetario Internacional (FMI). Las reformas implementadas poco tenían que ver con los problemas reales de la economía uruguaya, que se conectaban directamente con el atraso del sector ganadero y el agotamiento del proceso de sustitución de importaciones. Si bien, esta política del FMI no produjo la recesión característica que estas provocan, si promovió el descontento popular y la radicalización de quienes ‘se oponían a las formas tradicionales de autoridad política’ (Finch, 1998, p.169). Es en este contexto que se produce el nacimiento del MLN-T. Para Torres, el nacimiento de la izquierda rupturista ‘es el resultado de un periodo fermental y de la incapacidad de los propios partidos tradicionales, y cuyo propósito fue resolver a favor de las clases dominadas la crisis de la sociedad’ (Torres, 2012, p. 27). En este contexto, según José Pedro Cabrera, el MLN-T no solo hizo suyas las ideas socialistas, sino que se vinculó también con la historia nacional uruguaya, especialmente con las revoluciones liberales, las que ‘en nombre del pueblo’ eran un ‘ejemplo directo de rebeldía contra la opresión’ (Cabrera, 2009, p. 161). Esta construcción ideológica veía en la historia uruguaya un proyecto inconcluso de cambio social, en el cual estaban pendientes elementos como el autogobierno, las libertades civiles o la justicia social en lo rural. A pesar del agotamiento del sistema político uruguayo, no existía descontento social generalizado. El sistema de partidos aún tenía una relativa estabilidad, aunque el prestigio de los partidos políticos iba en descenso. A juicio de Finch, en las décadas de 1950 y 1960 habían muerto importantes líderes políticos, como Luis Batlle, los que podrían haber canalizado el descontento, descomprimir la situación para evitar un quiebre. Este vacío posibilitó el surgimiento de un nuevo caudillo, de tinte conservador, Oscar Gestido, quien luego de llegar a la presidencia, muere y es sucedido por Jorge Pacheco en diciembre de 1967. Así, ‘los cuatro años siguientes bajo la presidencia de Pacheco fueron un periodo de intensos conflictos sociales y de encono sin precedentes, un periodo que cabe considerar como la señal de que el tradicional Uruguay Batllista tocaba a su fin’ (Finch, 1998, p. 171). Es este el marco general, en el que se desarrolló la historia del MLN-T” (Dinamarca Opazo 2012, 46).
- 4 El acceso a la vivienda no es reconocido como una de las ramas tradicionales de la seguridad social, y no es contemplado en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo. Ha sido introducido en la agenda de

párrafo: “La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin” (artículo 45).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden en la actualidad que, con el agregado realizado al citado artículo, se establece una verdadera obligación del Estado a proporcionar una vivienda digna. No estamos ante una norma de carácter programático, sino ante el establecimiento de la obligación de parte del Estado de actuar en salvaguarda del derecho consagrado.

Así se entendió, y se falló en consecuencia, en el año 2021, al ampararse el derecho de un conjunto de ciudadanos que, al ser desalojados de un predio que ocupaban, recurrieron a la justicia, solicitando se obligara al Estado a proporcionarles una solución en materia de vivienda. Cabe aclarar que la sentencia no se basó solamente en el artículo 45, sino también en instrumentos de derechos humanos que protegen a los menores, ya que muchos de los involucrados tenían tal condición ⁵.

2.1.2 Financiación, gobernanza y reforma del sistema de seguridad social

El artículo 86 de la Constitución vigente hasta dicho momento ya establecía la potestad privativa del Poder Ejecutivo para la creación de empleos públicos, fijación de dotaciones, retiros o recompensas, agregándole, en este caso, la asignación o aumento de pensiones y los cómputos o beneficios jubilatorios. Por lo tanto, en Uruguay, una reforma de la seguridad social que involucre cualquiera de los aspectos mencionados debe ser impulsada por el Poder Ejecutivo.

Adicionalmente, se creó el Banco de Previsión Social con el objetivo de coordinar los servicios estatales y organizar la seguridad social (artículo 195), unificando una serie de servicios que funcionaban de manera autónoma ⁶.

las Naciones Unidas para el desarrollo con posterioridad a 2015, tal como lo señala la Confederación Sindical Internacional:

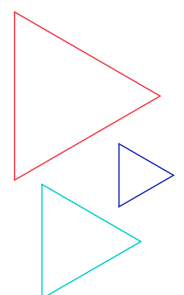
“La protección social es un derecho. Es un enfoque de política social coherente basado en derechos, que garantiza el acceso a servicios y prestaciones sociales básicas garantizadas. Los Pisos de Protección Social representan niveles mínimos de seguridad de los ingresos, definidos a nivel nacional y que toman la forma de transferencias sociales de diversos tipos, e incluyen el acceso asequible a servicios sociales esenciales. La protección social incluye:

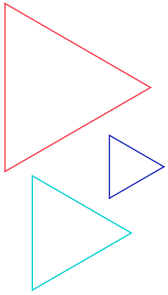
- La seguridad de los ingresos para las personas desempleadas (prestaciones de desempleo)
- La seguridad de los ingresos para las personas mayores (pensiones)
- La seguridad de los ingresos para las personas discapacitadas (pensiones)
- La seguridad de los ingresos para los niños (prestaciones por hijos)
- La seguridad de los ingresos para las mujeres embarazadas (prestaciones y licencia de maternidad)
- Acceso a una atención sanitaria asequible
- El acceso a una educación asequible (al menos en el nivel primario)
- El acceso a la vivienda asequible
- El acceso al saneamiento”.

La protección social en la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo con posterioridad a 2015. Confederación Sindical Internacional – Nota informativa – diciembre de 2012. https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/la_proteccion_social_en_la_agenda_de_las_naciones_unidas_para_el_desarrollo_con_posterioridad_a_2015.pdf

Se incluye el análisis del derecho al acceso a una vivienda asequible, además del fundamento mencionado, en virtud de que el citado derecho ha sido reconocido por la justicia uruguaya, fundándose en la disposición constitucional, y otorgándole el carácter de derecho ejecutable, tal como se desarrolla en el presente capítulo.

- 5 Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno. Sentencia 68/2021 del 4 de mayo de 2021. <https://uy.vlex.com/vid/868306883>
- 6 “En cuanto a la organización del sistema en su conjunto, la evolución fue la siguiente. El 3 de diciembre de 1933 se unifica el sistema, organizándose el Instituto de Jubilaciones y Pensiones del Uruguay integrado por la Caja de Empleados y de Obreros del Servicio Público, la Caja de Jubilaciones y Pensiones Civiles, la Caja Escolar de Jubilaciones y Pensiones y el Instituto de Pensiones a la Vejez. Desde el 28 de abril de 1939 la Caja de Jubilaciones y Pensiones Civiles y la Caja Escolar tendrán un patrimonio común, constituidos por el fondo de cada una de ellas. El 14 de enero de 1948 se deroga la ley que organizó el Instituto de Jubilaciones





Sin embargo, la unificación no alcanzó a todo el sistema, ya que permanecieron funcionando una serie de servicios de manera autónoma. Estos abarcaban al conjunto de los profesionales que ejercen su actividad de manera independiente (Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios), los notarios (Caja de Jubilaciones y Pensiones Notarial) y los dependientes del sistema financiero (Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias). Estos colectivos son amparados bajo un sistema de seguro social organizado en instituciones públicas no estatales, administradas por los propios interesados, conjuntamente con directivos designados por el Poder Ejecutivo de turno. Se financian con aportes de los afiliados y tributos destinados a tal fin.

También, y bajo el sistema de servicios subordinados al Poder Ejecutivo, se nuclean los militares (Servicio de Retiros y Pensiones de las Fuerzas Armadas), que dependen del Ministerio de Defensa, y el personal policial (Dirección Nacional de Asistencia y Seguridad Social Policial), dependiente del Ministerio del Interior.

En el año 2019⁷, el total de cotizantes a todos los sistemas fue de 1 602 956 personas, de las cuales, 1 455 481 lo hicieron al Banco de Previsión Social. Además, en el mismo año se sirvieron 829 283 prestaciones de largo plazo, de las cuales 706 981 fueron por el Banco de Previsión Social, lo que denota la importancia de este organismo en el sistema. Desde su creación, se debate en el país la necesidad de la unificación de todos los servicios, tema que se trató nuevamente en el año 2021 en el seno de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, creada con el fin de asesorar al Poder Ejecutivo en una posible reforma de la seguridad social⁸.

2.2 La dictadura cívico-militar, 1973-1985

En 1973 se instauró en el país una dictadura cívico-militar que se desarrolló hasta 1984, año en el que se realizaron elecciones generales. El gobierno democrático asumió el 1.º de marzo de 1985.

Durante dicho periodo se intervinieron todas las instituciones estatales, se disolvió el Parlamento y se pretendió sustituirlo por un Consejo de Estado, que asumiría las funciones legislativas. También el Banco de Previsión Social fue intervenido y luego “sustituido por la Dirección General de Seguridad Social”. Dicha sustitución se realizó mediante instrumentos conocidos como “actos institucionales”, que eran votados por el consejo elegido por el gobierno dictatorial, por lo que, dichas normas, sancionadas por organismos que no fueron electos de manera democrática, eran claramente inconstitucionales. Toda esta actividad “legislativa” se realizó sin reformar la Constitución, bajo el fundamento de que, en virtud de la conmovición interna, esta se encontraba suspendida⁹.

y Pensiones del Uruguay, constituyéndose tres Cajas: a) Industria y Comercio, b) Civil, Escolar y Servicios Públicos y Afines, c) Pensiones a la Vejez, Jubilaciones y Pensiones Rurales, Personal de Servicios y Afines. El 1º de noviembre de 1951 se modifica, nuevamente, la denominación de las instituciones, que se llamarán en lo sucesivo: Caja de Jubilaciones y Pensiones Civiles y Escolares y Caja de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores Rurales y Domésticos y de Pensiones a la Vejez (ver cuadro 2.1). En 1967 se creó el Banco de Previsión Social (BPS) integrado por la Caja de Jubilaciones y Pensiones Civiles y Escolares, la Caja Jubilaciones y Pensiones de Industria y Comercio y la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Trabajadores Rurales y Servicio Doméstico y de Pensiones a la Vejez” (Sienra 2007).

7 Informe diagnóstico del sistema de Seguridad Social. Comisión de Expertos en Seguridad Social, pág. 153.

8 “A partir de una explicitación de principios y atributos de la reforma, se recomienda establecer un régimen uniforme o igualitario. La principal recomendación en este sentido es que todos los nuevos trabajadores que ingresen al mercado de trabajo, cualquiera sea el sector de actividad en que se desempeñen, se incorporen al mismo régimen.

ii. Los cambios paramétricos que se recomiendan aplican a todos los regímenes, cualquiera sea la entidad gestora. En consecuencia, los cambios recomendados en cuanto a extensión de la vida laboral, tiempo mínimo de aportación, cómputos fictos por cuidados –tanto los vigentes como los nuevos que se proponen– y fórmula de cálculo de los beneficios, aplicarían a todos los regímenes”. *Recomendaciones para la Reforma del Sistema Previsional uruguayo*. Informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, pág. 2

9 En el año 1980 el gobierno dictatorial presentó un proyecto de reforma constitucional y lo puso a consideración de la ciudadanía, la que, mayoritariamente, aun en dictadura, se pronunció en contra.

En materia de seguridad social, se dictó el Acto Institucional N° 9, mediante el cual se realizaron algunas reformas paramétricas, como el aumento de la edad y de los años de servicio requeridos para acceder a la prestación de retiro. También se eliminaron las prestaciones de retiro por maternidad y despido, y se estableció un régimen único para todos los subsistemas que se habían nucleado en el suprimido Banco de Previsión Social. Bajo el imperio de este "acto institucional", muchos ciudadanos accedieron a prestaciones, que continuaban gozando al momento del advenimiento de la democracia, lo que determinó que el citado Acto Institucional N° 9 fuera convalidado por el Parlamento electo en democracia.

2.3 La restauración democrática, 1985

Al restaurarse la democracia, se sancionó la Ley 15.783 el 13 de marzo de 1985. En su exposición de motivos se expresaba que

-
- los referidos actos legislativos del Consejo de Estado del gobierno militar "de facto" que acaba de fenecer, son radicalmente nulos, por emanar de un órgano inexistente para la Constitución de la República y por haber sido dictados sin seguir procedimientos que ésta prescribe para la sanción de las leyes, en cuyo mérito están afectados de un vicio de incompetencia absoluta, así como del señalado vicio de forma. Sin embargo, al amparo de su aplicación constante durante años, se han constituido infinidad de relaciones jurídicas, con la siguiente generación de derechos y obligaciones que no es prudente considerar en adelante sin respaldo legal, pues ello lesionaría muy respetables intereses y ocasionaría una situación general de inseguridad jurídica.
-

El mecanismo utilizado fue convalidar todos los actos legislativos dictados, estableciéndose excepciones, como en el caso de normas que limitaban la actividad sindical o se restringía el acceso a los empleos públicos de algunos ciudadanos, entre otras. Todas las normas convalidadas se identificaron con el nombre de decretos leyes, manteniendo su numeración original.

Mediante este mecanismo, se convalidó el Acto Institucional N° 9, que continúa teniendo efectos, en particular en materia de procedimientos, hasta el día de hoy.

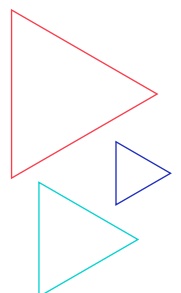
Asimismo, y en este caso por ley votada por el Parlamento electo, se reinstitucionalizó el Banco de Previsión Social, tal como había sido previsto en la reforma de 1967.

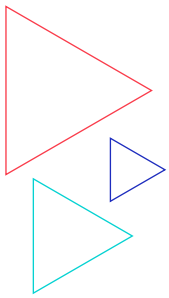
2.3.1 La reforma de 1989. Ajuste de prestaciones

En el año 1989, organizaciones que agremiaban a los beneficiarios de prestaciones de retiro del sistema de seguridad social (jubilados y pensionistas) promovieron una reforma constitucional sobre el mecanismo de ajustes de las prestaciones.

El artículo reformado fue el número 67, "Sección II - derechos, deberes y garantías", Capítulo II:

-
- Artículo 67 - Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales. Los ajustes de las asignaciones de Jubilación y Pensión no podrán ser inferiores





a la variación del Índice Medio de Salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central.

Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la base de:

A) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados, y B) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuere necesario (las negritas corresponden al texto introducido en la reforma).

Previo a dicha reforma, el Acto Institucional N° 9 establecía que los ajustes se debían realizar por este mismo índice, pero facultaba al Poder Ejecutivo a utilizar otros índices, así como a realizar ajustes diferenciales, según las necesidades económicas del país. Esta facultad venía siendo utilizada para establecer ajustes notoriamente inferiores, tanto al índice medio de salarios como al de precios al consumo, lo que afectaba el poder de compra de las prestaciones.

Esta forma de ajuste se relacionaba lógicamente con la intención de que los sucesivos gobiernos no utilizaran las prestaciones como herramienta de abatimiento del gasto público, pero tiene antecedentes históricos que se vinculan con los otros principios incluidos en la reforma, la prohibición de afectar recursos para otros fines y la asistencia financiera del Estado en caso de ser necesario.

Al respecto, vale la pena citar en extenso a Ulises García Repetto:

- Durante el periodo 1947-1967, las Cajas en general cerraron sus respectivos ejercicios presupuestales anuales con resultados positivos. Y, se vieron obligadas, por disposición legal, a destinar la mayor parte de los superávits a la compra de Deuda Pública. Esta manera de disponer los saldos positivos se había establecido al momento de crear los organismos previsionales con el objetivo de alcanzar una capitalización segura que contaría con la garantía del Estado. Pero este proceso que en un principio ofrecía certeza y estabilidad en el manejo de las reservas, comenzó a desvirtuarse a medida que la inflación se instala en el escenario económico del Uruguay a partir de la segunda mitad de la década del cuarenta y recrudece desde mediados de los cincuenta (...). De manera que será durante el periodo en estudio (1943-1967) que tan solo en una generación las reservas se incrementarán y, luego, se evaporarán por efectos de la inflación, concretándose el fenómeno conocido como: "empapelamiento de las cajas".

Respecto de la Caja de Trabajadores Rurales, Servicio Doméstico y Pensiones a la Vejez, la Caja Notarial y la Caja de Profesionales Universitarios, no existen datos completos y claros sobre tasa de aportes debido a que, en general, los afiliados de estos organismos cubrían sus aportes, en parte con desembolsos por sus afiliados (sobre ingresos fictos en el caso de los profesionales universitarios) o con impuestos afectados a las transacciones agropecuarias, timbres notariales o profesionales y otros tributos.

El "empapelamiento" se produce debido a que los organismos previsionales se vieron obligados a invertir sus superávits en papeles públicos que ofrecían un moderado interés (5 o 6 por ciento), en un escenario económico en que la inflación se instala como un dato que debería haberse tomado en cuenta al manejar inversiones. Sin embargo, las normas sobre inversión de superávits no se modificaron sustancialmente (indexación) para permitir a las autoridades de los Institutos previsionales defender mejor la capitalización de los mismos.

El proceso de empapelamiento se desarrolló por dos vías. La primera fue aprovechando la disposición que imponía a los organismos destinar la mayor parte de sus superávits

a crear reservas en títulos de deuda. La segunda vía fue la retención por parte del Estado de las rentas afectadas, e inclusive parte de los aportes obrero-patronales correspondientes a las Cajas, y luego saldar estos adeudos entregando títulos de deuda que no encontraban compradores privados en el mercado debido a las bajas tasas de retorno.

El problema de mantener un stock de deuda pública no provenía de una posible insolvencia del Estado que afectara la seguridad en el pago de intereses y capital, sino del hecho de que estos papeles en pesos no se encontraban indexados a la inflación y que solo ofrecían como dividendo el pago de intereses del 5 o 6 por ciento, los cuales resultaban negativos dada la tasa de inflación promedio del periodo (1947-1967) que se situó en el entorno del 25 por ciento anual (García Repetto 2014, 24-25).

El proceso descrito generó una fuerte desconfianza sobre el manejo que los gobiernos realizaban de los fondos destinados a la seguridad social, de la certeza del cobro de las prestaciones y de la utilización de estas como variable para ajustar a la baja el gasto público.

Sobre la base de estos elementos, se propuso incluir en la Constitución de la República los tres incisos mencionados, vinculando el ajuste de las prestaciones a los salarios, prohibiendo la utilización de los fondos para otros fines que no fuera el pago de prestaciones y estableciendo la garantía del Estado como forma de asegurar el pago de las prestaciones.

3. Evolución del derecho a la seguridad social en el derecho positivo uruguayo

Uruguay declaró su independencia el 25 de agosto de 1825 y sancionó su primera Constitución el 18 de julio de 1830, en la cual puso a cargo del Poder Ejecutivo el dar retiros, conceder licencias y arreglar las pensiones de los empleados públicos, tanto civiles como militares (artículo 81) (Grzetich Long 2005, 121-160).

En el año 1829 se sancionó la primera ley sobre invalidez, viudedad y orfandad, y en 1838 se estableció la financiación mediante aportaciones sobre salarios.

En 1896 se creó el seguro social que ampara a docentes escolares, siendo el primero de América, seguido en 1904 por la ley que estableció la “caja” que ampara a los funcionarios públicos, en 1911 la de los militares y en 1919 la de los trabajadores de la actividad privada ¹⁰.

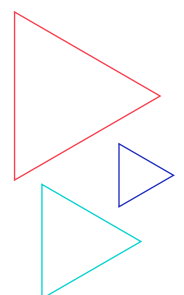
También en 1919, por Ley 6.874 del 12 de febrero de ese año, se creó la pensión no contributiva por vejez, que abarca a quienes no puedan subvenir sus necesidades vitales.

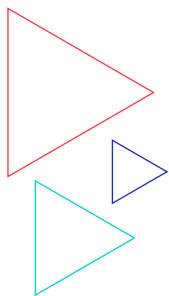
3.1 Subsidio por enfermedad y financiamiento de la atención de salud

Los primeros subsidios por enfermedad se crearon mediante convenios colectivos en empresas de gran porte, que luego fueron recogidos en leyes. Se financian mediante aportación tripartita y son administrados por consejos honorarios integrados por delegados de trabajadores, empresarios y el Estado. El primero de ellos se creó por Ley 12.177 del 4 de enero de 1955 para los trabajadores de la empresa CUTCSA ¹¹. Posteriormente, se fueron dictando leyes que

¹⁰ Estos sistemas de seguro social se denominaron “cajas”, término que sigue utilizándose en la actualidad.

¹¹ Empresa de transporte de pasajeros de la capital del país que continúa detentando en la actualidad gran parte de este mercado.





abarcaran a otro conjunto de trabajadores y se organizaron por sectores de actividad, como la construcción, la madera, etc. (Grzetich Long 2005, 126).

Por Decreto Ley 14.407 del 22 de julio de 1975 se creó la Administración de los Seguros Sociales por Enfermedad, organismo encargado de brindar asistencia en salud y administrar el subsidio por enfermedad para todos los trabajadores de la actividad privada. Para tener derecho a la prestación se requiere un periodo mínimo previo de trabajo, y se brinda un subsidio que asciende al 70 por ciento del total del promedio de los salarios percibidos en los 180 días anteriores. El periodo máximo de amparo son dos años corridos o el mismo periodo interrumpido, en el lapso de cuatro años.

Por Ley 18.161 del 29 de julio de 2007 se modificó la Administración de los Servicios de Salud del Estado ¹², cuyos cometidos son organizar y gestionar los servicios destinados al cuidado de la salud, coordinar con los demás organismos del Estado que prestan servicios de salud procurando la máxima accesibilidad, brindar servicios de salud y desarrollar el cumplimiento de los derechos en dicha materia, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución de la República (artículo 4). El citado organismo integra el Sistema Nacional Integrado de Salud, mediante el cual se atiende a la población del país conjuntamente con prestadores de salud privados.

El citado Sistema Nacional Integrado de Salud es señalado como una de las grandes transformaciones en materia de seguridad social de los últimos tiempos (Fernández Galeano, Levcovitz y Olesker 2015; Barot Costas 2016). Es un sistema por el cual todas las personas que trabajan en calidad de dependientes, públicos y privados, mediante un aporte personal proporcional al salario que perciben, tienen derecho a la asistencia en salud propia, de sus hijos menores o incapaces a cargo, y del cónyuge o concubino/a, en caso de que no generare el derecho por su cuenta. Se cubre también a quienes trabajan fuera de la relación de dependencia y tienen un limitado número de dependientes, y a los profesionales independientes.

La aportación se compone en el caso de dependientes de un porcentaje del salario, que oscila entre el 3 por ciento y el 8 por ciento según los casos, y la aportación del empleador, que es del 5 por ciento del salario pagado en todos los casos. Dicha retención compone el Fondo Nacional de Salud regulado por la Ley 18.211 del 5 de diciembre de 2007. Desde dicho fondo, se abona a los prestadores de salud en función de una cápita previamente establecida, que depende de la edad de la persona afiliada.

Se ha sostenido que este mecanismo no solo ha mejorado la atención de la salud, sino también ha significado un importante estímulo a la formalización de trabajadores debido a sus ventajas, fundamentalmente para quienes perciben ingresos bajos ¹³.

3.2 Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

En materia de accidentes de trabajo, por Ley 10.004 del 17 de marzo de 1941, se estableció la responsabilidad de los empleadores, tanto públicos como privados. Los montos por daños se establecen en unidades de salarios en los distintos casos, incluso en las hipótesis de fallecimiento y existiendo sucesores con derecho al cobro de la indemnización. Se regulan asimismo los

¹² Esta Administración existía anteriormente como una repartición dependiente del Ministerio de Salud Pública, que luego fue autonomizada de dicho organismo, el que ejerce actualmente funciones de rectoría y control, sin prestar atención en salud.

¹³ Informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, *Diagnóstico del Sistema Previsional Uruguayo*, 2021. <https://cess.gub.uy/sites/default/files/informes/Informe%20de%20Diagno%CC%81stico%20del%20Sistema%20Previsional%20Uruguayo.pdf>. Marcelo Bérgholo y Guillermo Cruces, *Work and tax evasion incentive effects of social insurance programs. Evidence from an employment based benefit extension* (Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales. Universidad Nacional de la Plata, 2012). https://conference.iza.org/conference_files/worldb2012/bergholo_m8176.pdf

procedimientos de reclamo y la justicia competente. Para los empleadores que hubieren contratado el seguro de accidentes de trabajo en el Banco de Seguros del Estado, se limita la responsabilidad de estos a los montos asegurados, relevándolos de toda otra responsabilidad, excepto que hubiere mediado dolo por parte del empleador.

El 10 de octubre de 1989 se dictó la Ley 16.074, que establece la obligatoriedad del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y otorga la potestad de brindar dicho seguro en forma monopólica al Banco de Seguros del Estado. Al igual que la legislación anterior, la responsabilidad se limita a la contratación y al pago del seguro, salvo que hubiere mediado dolo, y en este caso se agrega la hipótesis de culpa grave, y en ambos casos referente al incumplimiento de normas de seguridad y prevención de accidentes de trabajo. Se agrega, asimismo, y por norma posterior (Ley 19.196 del 25 de marzo de 2014), la responsabilidad penal en caso de incurrirse dolo o culpa por parte del empleador.

3.3 Seguro de desempleo

La cobertura por desempleo (Nicolliello 2018, 121-124) tiene su origen en la Ley 6.962 del 6 de octubre de 1919, que creó la Caja de los Empleados y Obreros de los Servicios Públicos, otorgando una cobertura, contratada con el Banco de Seguros del Estado, para quienes fueren despedidos sin cumplir diez años de trabajo. Posteriormente, se fueron estableciendo diversos servicios de cobertura del desempleo para diferentes ramas de actividad ¹⁴, hasta el 23 de octubre de 1958, cuando se dictó la Ley 12.570 que creó el régimen de seguro de paro administrado por la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Industria y Comercio, comprendiendo a todos los dependientes que realizaren actividad remunerada al amparo de dicha “caja”.

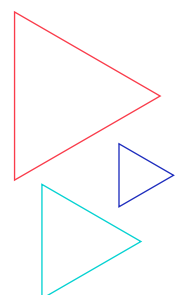
En el año 1979, durante la dictadura militar, mediante el Acto Institucional N° 9 se creó la Dirección de los Seguros de Desempleo, poniendo bajo dicha dirección los seguros que eran administrados por la Caja de Compensación de la Industria Frigorífica y de las Barracas de Cueros, Lanas y Afines, que fueron eliminadas ¹⁵.

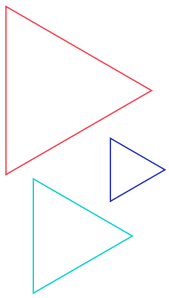
Este proceso de centralización de los servicios de desempleo se completó con la sanción del Decreto Ley 15.180 del 20 de agosto de 1981, en el que se derogaron todos los regímenes anteriores. Se incluyó en este seguro a todos los trabajadores de la actividad privada, con la excepción de los dependientes rurales y del servicio doméstico, los que fueron incorporados por Decreto 211/01 del 8 de junio de 2001 y por Ley 18.065 del 27 de noviembre de 2006, respectivamente.

Dicho régimen es el que continúa vigente, con las modificaciones introducidas por Ley 18.399 del 24 de octubre de 2008.

¹⁴ Ley 10.562 de 12 de diciembre de 1944 Caja de Compensaciones por Desocupación de la Industria Frigorífica de Montevideo; Ley 10.681 de 10 de diciembre de 1945 Caja de Compensaciones por Desocupación en Barracas de Lanas, Cueros y Afines; Ley 13.552 de 26 de octubre de 1966 Caja de Compensaciones por Desocupación de la Industria Frigorífica del Interior; Ley 12.797 de 24 de noviembre de 1960, que aseguraba 15 jornales de remuneración habitual para los trabajadores desocupados de la industria del vidrio.

¹⁵ La generalidad de estos sistemas establecía un mínimo de jornales mensuales para los trabajadores “efectivos”, y en caso de que no se llegara a dicho mínimo, la Caja abonaba la diferencia. Dado el carácter zafral de muchas de estas actividades, todos los trabajadores estaban inscriptos en una “bolsa de trabajo”, a la que el empleador tenía obligación de acudir, respetando el orden establecido. La no aceptación de un número determinado de convocatorias determinaba que el trabajador perdiera el derecho a la compensación, pudiendo llegar incluso a su exclusión del registro. Este mecanismo fue eliminado conjuntamente con las mencionadas Cajas de Compensación.





3.4 Otorgamiento y gestión de prestaciones de retiro de largo plazo

En el año 1933 se creó el Instituto de Jubilaciones y Pensiones del Uruguay, centralizando las Caja de los empleados de los servicios públicos, la Caja Civil y la Caja Escolar, así como el Instituto de Pensiones a la Vejez. Por Decreto Ley 10.318 del 20 de octubre de 1943 se creó la Caja de Trabajadores Rurales.

Esto se revirtió en el año 1947, cuando se volvió al sistema de “cajas” descentralizadas. Así, quedaron conformadas la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Industria y Comercio, la Caja de Jubilaciones y Pensiones Civiles y Escolares y la Caja de Trabajadores Rurales y Domésticos y Pensiones a la Vejez (Nicolliello 2018, 34-35). Todas estas “cajas” otorgaban prestaciones de retiro por causal común al alcanzar los mínimos de edad y servicios, por causal de invalidez en caso de discapacidad absoluta para todo trabajo y, en el caso de los trabajadores de la actividad privada, en hipótesis de despido. Asimismo, todas otorgaban pensiones a viudas e hijos.

Como se mencionó anteriormente, con la sanción de la Constitución de 1967, se creó el Banco de Previsión Social, en el cual se centralizaron todas las “cajas” mencionadas en el párrafo anterior y, por ende, la gestión y el servicio de estas prestaciones.

Mediante el Acto Institucional N° 9 del 23 de octubre de 1979, conjuntamente con el Acto Institucional N° 13 del 12 de octubre de 1982, se suprimió el Banco de Previsión Social, y las “cajas” se agruparon bajo la Dirección General de la Seguridad Social. Se creó asimismo lo que se denominó “Régimen General de Pasividades”, que se aplica a todas las personas comprendidas en el ámbito de afiliación de las “cajas” de la creada Dirección General.

Este régimen eliminó las prestaciones por despido y estableció cuatro pensiones de retiro: a) común, a la que se accede por cumplimiento de 60 años de edad para el hombre, 55 para la mujer y 30 años de servicios reconocidos para ambos casos; b) especial, para los casos de incapacidad absoluta y permanente para el trabajo; c) anticipada, para los casos de cargos electivos, y d) por edad avanzada, al cumplimiento de 70 años de edad para el hombre, 65 años para la mujer y, en ambos casos, 10 años de servicios efectivos.

Tal y como se señaló en párrafos anteriores, al restablecerse la democracia en el año 1985, se dictó una ley por la cual se “convalidaban” las normas dictadas en el periodo dictatorial, con algunas excepciones con respecto a la clasificación de los ciudadanos, el derecho de huelga, la limitación del acceso al empleo público en función de la actividad política, entre otras. Esta medida se fundamentó en el respeto a la seguridad jurídica y en que la eliminación de todas las normas generaría innumerables conflictos políticos. Por lo tanto, cuando retornó la democracia, las disposiciones de seguridad social referidas continuaron vigentes.

En 1986, mediante la Ley 15.800 del 17 de enero de ese año, se reinstitucionalizó el Banco de Previsión Social, el cual sucedió de pleno derecho a la Dirección General de Seguridad Social, liderado por un directorio de siete miembros, cuatro designados por el Poder Ejecutivo y tres electos por los representantes sociales, de acuerdo a lo que indica la Constitución de la República, en la disposición transitoria Letra M. Los tres representantes sociales –uno por los afiliados activos, otros por los retirados y otro por los empresarios– recién fueron designados por primera vez el 7 de octubre de 1991. Las designaciones se realizaban por parte del Poder Ejecutivo a propuesta de las organizaciones más representativas, la central única de trabajadores PIT-CNT en el caso de los activos, la Organización Nacional de Jubilados y Pensionistas en el caso de los retirados y las cámaras empresariales en el caso de los empresarios. Este mecanismo continuó hasta el año 2011 en que se realizaron elecciones con todos los involucrados, las cuales se llevan a cabo cada cinco años, el año siguiente a la elección de presidente y Parlamento Nacional.

La última elección se realizó el 28 de noviembre de 2021, con multiplicidad de listas. Resultaron reelectos por amplio margen el candidato propuesto por la central sindical PIT-CNT, el propuesto

por la Organización Nacional de Jubilados y Pensionistas y, en el sector de empresarios, el propuesto por algunas cámaras empresariales del interior del país, derrotando al presentado por las grandes cámaras empresariales.

En la citada ley, el artículo 28 establece: “Incompatibilidad. Declárase que el goce de pasividad solo resulta incompatible con el desempeño de actividad remunerada, cuando ambas correspondan a servicios que a la fecha de la presente ley eran amparados por una misma ex - Dirección de Pasividades (artículo 7º, ley 10.959, del 28 de octubre de 1947)”. El artículo 7º de la Ley 10.959 contiene una disposición similar. Por tanto, se recoge el criterio vigente hasta la fecha respecto a que la prestación de retiro es incompatible con la actividad, siempre y cuando se trate de actividades amparadas por una misma “caja”, aun entre las comprendidas dentro del ámbito de afiliación del Banco de Previsión Social. Es así como el retiro es compatible con la afiliación en cualquiera de los restantes servicios de seguridad social, como profesionales, notarios, bancarios, policías y militares.

El cambio más importante en materia de derechos de seguridad social se produjo en 1995, con la sanción de la Ley 16.713 del 3 de septiembre de ese año, enmarcada en la ola de reformas que abarcó América Latina en la década de los noventa. El impulso lo dieron los organismos internacionales de crédito que señalaban que la implementación de sistemas de ahorro individual era el único camino posible para solucionar los problemas de sostenibilidad financiera que exhibían la mayoría de los sistemas de seguridad social. En este contexto, se sustituyó un sistema puro de reparto por un sistema previsional mixto, dividido en tres pilares: uno de reparto administrado por el Estado (Banco de Previsión Social), uno de ahorro individual administrado por sociedades anónimas privadas lucrativas y un tercer nivel, también de ahorro, en este caso voluntario y también administrado por las citadas sociedades anónimas.

El proyecto de ley ¹⁶ del Poder Ejecutivo de la época se basaba fundamentalmente en un estudio realizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 1963, al que se le atribuía vigencia al momento del envío del proyecto, treinta años después.

Los principales cuestionamientos se centraban en una gestión poco profesional, el alto costo que generaba la seguridad social, no solo para cada empresa en particular, sino también para la sociedad en su conjunto, la evasión, la posibilidad de retiro en la plenitud de la vida, lo que afectaba la competitividad de las empresas y una invitación a vivir más de las prestaciones que del esfuerzo propio.

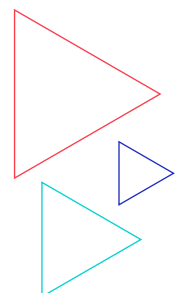
Como solución a tales deficiencias, se propuso una reforma del régimen legal de prestaciones, en la estructura orgánica, en el régimen legal de las aseguradoras y el saneamiento financiero de la seguridad social.

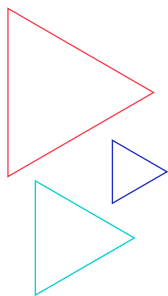
Como cambio principal se sugería la uniformización de la edad legal de jubilación y la “reducción de la cuantía de la jubilación, a un nivel justo, en relación con las necesidades disminuidas”. En materia de gestión, se propuso la separación de las funciones directivas a cargo del directorio del Banco de Previsión Social ¹⁷ y las funciones ejecutivas a cargo de los funcionarios, sin injerencia de los anteriores. El modelo propuesto se basaba, según el mensaje del Poder Ejecutivo de la época, en un informe de la OIT del año 1994 y en algunas reflexiones genéricas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

En relación con la transición, se estableció un corte único, para quienes al momento de implantación del sistema fueran menores de 40 años, o, con cualquier edad, ingresaran por

¹⁶ Para mayor información, consulte <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/01539>

¹⁷ Sin perjuicio de que se habla de reforma del sistema, esta se refirió exclusivamente al Banco de Previsión Social, señalándose el plazo de un año para realizar la reforma de los restantes subsistemas, lo que terminó verificándose varios años después.





primera vez al mercado de trabajo. Para los mayores de 40 años se mantuvo un régimen de transición, que conservaba las características del reparto intergeneracional.

El nuevo sistema, estructuralmente vigente hasta hoy, se compone de tres pilares definidos en función del ingreso. Un primer pilar de reparto, administrado por el Banco de Previsión Social, que se financia con aportaciones de trabajadores, empleadores, Estado e impuestos afectados, con prestaciones definidas de retiro a partir de los 60 años de edad, 35 de servicios¹⁸ y el 50 por ciento de tasa de reemplazo sobre el promedio de los últimos 10 años o los mejores 20 años más un 5 por ciento.

Quienes se encuentren en este primer pilar, a su vez, pueden “optar” por ingresar al ahorro individual. En ese caso, se dividen los aportes en un 50 por ciento al régimen de reparto y un 50 por ciento a la cuenta de ahorro individual. Al momento del retiro, en el pilar de reparto, se toman los promedios y se multiplican por 1,5, lo que determina en muchos casos que esta opción sea favorable. Esta “opción” fue y es severamente cuestionada por los críticos del sistema, fundados en tres razones principales: 1) que el sistema de ahorro individual es muy imprevisible, por lo que las opciones no se realizan sobre datos certeros; 2) que los únicos casos en los que resulta ventajoso es cuando se realiza el cálculo más favorable, el que se financia con fondos públicos y no con rentas de ahorro individual (Salsamendi 2016, 21 y 22), y 3) que termina siendo una manera de beneficiar a las administradoras de fondos de ahorro previsional¹⁹.

Un segundo pilar, de ahorro individual obligatorio, está financiado con un 15 por ciento²⁰ de aportación personal de los ingresos que superen el primer nivel. Las condiciones son las mismas y se obtiene la prestación en forma conjunta de todo el sistema. En este caso, se calcula en función de lo ahorrado más las rentabilidades, menos las comisiones y seguros, dividido en función de la tabla de expectativa de vida²¹. En este esquema la prestación se sirve bajo un régimen de seguro de renta previsional pagado por una empresa aseguradora.

El tercer pilar tiene las mismas características que el anterior, pero es de carácter voluntario, por lo que quienes se encuentran comprendidos en el sistema de ahorro individual y perciben ingresos altos no aportan por el total de sus salarios.

Más allá de los cambios estructurales, en la misma reforma establecida por la Ley 16.713 del 3 de septiembre de 1995, se dieron una serie de reformas paramétricas al sistema de pensiones que implicaron una importante limitación en materia de derechos. Por ejemplo, las condiciones de jubilación se modificaron, pues se aumentó la edad mínima de las mujeres de 55 a 60 años, y los años de trabajo de 30 a 35, en este caso con carácter general. En el caso de la jubilación por edad avanzada, el requisito de edad y años de servicios se aumentó a 70 y 15, respectivamente.

El haber de retiro se compone del monto percibido por el sistema de reparto y el de ahorro individual combinados, y en el caso de retiro debe ser de ambos sistemas en conjunto, con las incompatibilidades anotadas en párrafos anteriores. Asimismo, en el sistema de reparto se establecen mínimos y máximos para obtener por prestación.

18 Modificado en la reforma del año 2008 por Ley 18.395 de 24 de octubre de 2008.

19 Hugo Bai, “La opción voluntaria de aportar a las AFAP. Inequidades y otros problemas del artículo 8”, Equipo de Representación de los Trabajadores en el BPS, 13 de abril de 2018. https://issuu.com/ert-comunicacion/docs/resumen_ejecutivo

20 La tasa de aportación es uniforme para todo el sistema. Es recaudada centralmente por el Banco de Previsión Social y vertida a las administradoras de fondos de ahorro individual sin que signifique un costo para estas, siendo uno de los cuestionamientos efectuados al nuevo diseño.

21 Esta tabla en la actualidad es dinámica y se modifica cada seis meses, pero en aquel momento era fija.

4. El papel del diálogo social en las reformas del siglo XXI

En los años 2008 y 2012 se realizaron dos instancias de diálogo nacional en seguridad social, en las cuales se implantaron una serie de reformas, básicamente orientadas a subsanar deficiencias de la reforma de 1995. El contexto en el que se desarrollaron estas instancias de diálogo social se resume a continuación.

En el año 2005, el partido Frente Amplio, de orientación izquierdista, accedió al gobierno por primera vez, rompiendo el bipartidismo imperante en Uruguay. La base social de este partido está compuesta por trabajadores y retirados organizados, pequeños empresarios y profesionales, que bregaban por mejoras en la protección social, aumento de las jubilaciones y mejores regulaciones laborales.

El país venía de una de las peores crisis económicas de su historia, que se produjo en los años 2001 y 2002. Asimismo, había atravesado una década de reformas de corte neoliberal, que habían promovido la flexibilización de las regulaciones laborales y de seguridad social, lo que había provocado un fuerte aumento de la utilización de mecanismos de “huida” del derecho del trabajo, con la consiguiente desprotección en materia de seguridad social. También se había promovido legalmente la utilización de la figura de los autónomos, lo que determinó que muchas de estas personas quedaran sin cobertura en la crisis, sobre todo por falta de pago de sus obligaciones.

En este contexto, principalmente las organizaciones sociales que nuclean a trabajadores y retirados presionaron con fuerza para que se instaurara un mecanismo de diálogo social que analizara el sistema de seguridad social e impulsara reformas a fin de modificar sobre todo el sistema implantado en 1995. Dichas organizaciones eran, y son, claramente contrarias al sistema de ahorro individual lucrativo, y su objetivo principal era eliminar las administradoras de fondos de ahorro previsional.

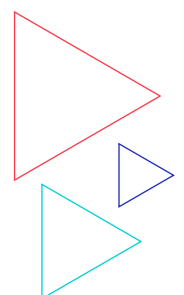
El Gobierno conformó varias mesas de diálogo con organizaciones representativas de trabajadores, empleadores, retirados y partidos políticos, sin perjuicio de que la oposición prácticamente no participó.

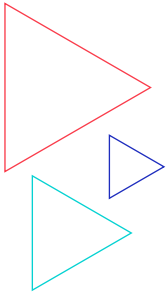
En dicho diálogo se elaboraron una serie de recomendaciones que se elevaron al Poder Ejecutivo, que envió dos proyectos de ley al Parlamento, los que, con algunos cambios, fueron aprobados prácticamente por unanimidad. De los citados proyectos, surgieron las Leyes 18.395 y 18.399, ambas del 24 de octubre de 2008, mediante las cuales se realizaron reformas paramétricas, siendo la primera de ellas la reducción de los años de trabajo requeridos para acceder a la jubilación de vejez de 35 a 30 y la tasa de sustitución del 50 por ciento al 45 por ciento. Este cambio se realizó en función de que todos los análisis indicaban que una parte importante de los cotizantes no alcanzaría el mínimo de años requeridos para retirarse.

Asimismo, se modificó el mecanismo de cómputo de los tiempos mínimos de servicio necesarios para el acceso a las pensiones por discapacidad. Con carácter general, se requieren dos años mínimos de actividad, y para menores de 25 años, dicho plazo es de seis meses. Previo a la reforma, en ambos casos, el plazo de seis meses debía ser inmediatamente anterior a la declaración de incapacidad, requisito que fue eliminado en la modificación, quedando solo los plazos mínimos previos.

En el caso de retiro por edad avanzada, se flexibilizaron los años mínimos requeridos, en orden descendente de 70 de edad y 15 de servicios a 65 de edad y 25 de servicios, en escalas de dos años de servicio por año de edad.

Esta reforma también estableció el cómputo de año de servicio por hijo para las mujeres, con un máximo de cinco. El fundamento radicó en que, de sus historias laborales, surgía que un alto porcentaje de ellas no se reintegraba al mercado de trabajo luego de la maternidad, o





que lo hacían con dificultad. Bajo dicha premisa, se promovió este cómputo ficto de actividad registrada.

Asimismo, y también sobre la base de datos estadísticos, se verificó que, en caso de perder el empleo, las personas mayores eran las que tenían mayores dificultades para reintegrarse al mercado de trabajo. Por ello, para quienes hubieran sido despedidos, permanecido un año en situación de desocupación y contaran con 58 años de edad y un mínimo de 28 años de trabajo, se estableció el Subsidio Especial por Inactividad Compensada, prestación proporcionada por hasta dos años o hasta que configurasen la causal de 60 años de edad y 30 de trabajo registrado.

Finalmente, se establecieron modificaciones al seguro de desempleo, flexibilizando los requisitos para su acceso.

Adicionalmente, en el año 2012 hubo una nueva instancia de diálogo en que se modificaron las condiciones de afiliación voluntaria a las administradoras de fondos de ahorro previsional.

Como se expresó previamente –cuando se analizó la reforma impuesta por la Ley 16.713 del 3 de septiembre de 1995–, el sistema pensional uruguayo se componía de tres pilares, siendo el primero de ellos de reparto puro. Sin embargo, la ley permitió la opción por el ahorro individual, por la cual al afiliado se le abre una cuenta de ahorro individual e ingresa al sistema mixto. La ley solamente establece la posibilidad de opción, pero, mediante decreto reglamentario del Poder Ejecutivo, se dispuso que dicha opción era irrevocable. La academia, y fundamentalmente el movimiento sindical, entendían que establecer la irrevocabilidad mediante decreto reglamentario implicaba ir más allá de la autorización legal²². A esto se sumó que las administradoras de fondos de ahorro individual realizaron una agresiva campaña de “afiliación”, logrando que los trabajadores optaran, pero sin que tuvieran claro cuáles eran las consecuencias de dicha opción. En definitiva, estas afiliaciones no eran voluntarias, sino inducidas. En virtud de estos cuestionamientos, se acordó establecer legalmente la posibilidad de revocar la opción, aunque solamente entre los 40 y los 50 años de edad, y previo asesoramiento por parte del Banco de Previsión Social, el que ensaya una simulación sobre los resultados que obtendrá el afiliado, tanto en uno como en otro caso²³.

En 2016, cumplidos veinte años de la implantación del sistema previsional mixto, muchas personas que quedaron comprendidas en este comenzaron a generar el derecho a la prestación de retiro. En dicha instancia se verificó que quienes quedaban en el nuevo régimen percibían prestaciones sensiblemente inferiores a quienes habían permanecido en el régimen de transición²⁴. Por ello se sancionó la Ley 19.590 del 28 de diciembre de 2017, por medio de la cual se permitía la desafiliación del sistema mixto para quienes les resultara conveniente. Dicha ley no surgió de un diálogo social institucional, pero fue claramente impulsada por la central sindical PIT-CNT y su representación en el Banco de Previsión Social, conjuntamente con un grupo de afectados por el tema.

22 Equipo de Representación de los Trabajadores en el BPS, *Manual de Seguridad Social para los Trabajadores*, 2014, 28-29. http://www.inefop.org.uy/docs/Manual_de_Seguridad_Social-WEB.pdf

23 Ley 19.162 de 1.º de noviembre de 2013.

24 “Algunas simulaciones teóricas presentadas en el Anexo I muestran claramente el perjuicio. Comparando la jubilación del régimen de transición y el mixto, se observa que los más perjudicados son los que hoy tienen casi 60 años y pretenden jubilarse a la brevedad. Para estos casos, el análisis muestra perjuicios para todos los niveles salariales. En el caso de las remuneraciones más altas, las pérdidas llegan a ubicarse por encima de 32%.

A medida que estos trabajadores de casi 60 años postergan la edad de jubilación, igualmente se siguen viendo perjudicados al comparar con el régimen solidario en igualdad de condiciones (es decir, con la misma edad de retiro). Alguien que espera hasta los 66 años para retirarse y hoy gana \$ 80.000 pierde un 18%. Para quienes hoy tienen 57 años, la pérdida máxima si se jubila a los 60 años supera el 26%. Aun estirando el retiro hasta los 66 años, las pérdidas pueden llegar a 12% para ciertos tramos salariales. Incluso para alguien que hoy tiene 54 años, la pérdida máxima si se jubila a los 60 años puede alcanzar el 20%”. Equipo de Representación de los Trabajadores en el Banco de Previsión Social, *A 20 años del Régimen de Ahorro Individual. Entre el lucro como fin y el fin del lucro*, 2020, 12. https://issuu.com/ert-comunicacion/docs/a-20-a__os-del-sistema-mixto

El proceso de desafiliación es similar al utilizado para la reversión de la opción voluntaria, con asesoramiento previo por parte del Banco de Previsión Social. En caso de optar por la desafiliación, los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual se vierten al Banco de Previsión Social. Con estos fondos se constituye un fideicomiso aparte de los restantes fondos del organismo, y se invierten de similar manera a como lo realizan las administradoras de fondos de ahorro previsional, pero en este caso, con administración estatal.

Otro punto establecido en la referida ley es la fijación de un tope de las comisiones que pueden cobrar las administradoras de fondos de ahorro previsional, cuyo máximo se establece en el 50 por ciento más de la comisión más barata del mercado.

En el año 2019 se celebraron elecciones generales en Uruguay y el partido Frente Amplio perdió el gobierno, luego de quince años de ejercer la administración del país. Uno de los temas de campaña fue el déficit del sistema de seguridad social administrado por el Banco de Previsión Social y el impacto que esto tendría en el futuro en las finanzas públicas.

En el primer año del nuevo gobierno que se instaló en marzo de 2020 –una coalición de centro-derecha de cinco partidos–, se sancionó una ley por la cual, entre otra gran variedad de temas, se conformó una Comisión de Expertos en Seguridad Social, integrada por técnicos sugeridos por organizaciones sociales y todos los partidos políticos, para analizar el sistema de seguridad social y realizar sugerencias de reformas al Poder Ejecutivo. En su primera etapa elaboró un diagnóstico que no fue acompañado por los técnicos designados por la oposición ni por los retirados y trabajadores, quienes sostuvieron que el informe se encontraba muy sesgado, que tenía una orientación exclusivamente economicista y no tomaba en cuenta los aspectos de protección social²⁵.

En una segunda etapa, finalizada en el mes de noviembre de 2021, se elaboró un informe con recomendaciones al Poder Ejecutivo, como el aumento de la edad jubilatoria a 65 años, la reducción de la tasa de sustitución para las prestaciones por incapacidad y la introducción del sistema de ahorro individual obligatorio para todos los sistemas no incluidos hasta ese momento (militar, policial, profesionales, notarios y bancarios).

Cabe mencionar que el informe de recomendaciones también fue cuestionado por los técnicos designados por la central sindical PIT-CNT, por la organización de los retirados ONAJPU y por el partido Frente Amplio, hoy en la oposición. Asimismo, fue fuertemente cuestionado que, salvo los técnicos que se opusieron, los restantes dijeron haber actuado a título personal, por lo que no se habría realizado un diálogo, sino solamente una reunión de técnicos.

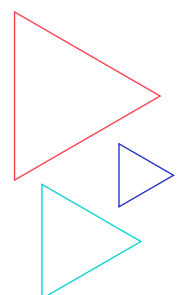
Del referido informe se desprende que la necesidad de una reforma se fundamenta casi exclusivamente en los aspectos financieros del sistema, bajo la premisa de su inviabilidad a mediano plazo, lo que no es compartido por todos los sectores de la sociedad. En todos los casos, las propuestas implicarían una rebaja de las prestaciones actuales o una redistribución de las existentes entre los mismos beneficiarios del sistema.

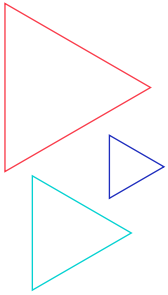
5. El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. Su recepción en la Constitución uruguaya

El concepto de bloque de constitucionalidad de los derechos humanos venía siendo lenta y aisladamente recepcionado por la justicia uruguaya, aunque había sido muy desarrollado en forma previa por la doctrina.

A partir de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia número 365/2009 de 19 de octubre de 2009, se podría decir que se consolidó jurisprudencialmente la postura. En dicha instancia, se reclamó la declaración de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 15.848 de

²⁵ Para mayor información, consulte <https://cess.gub.uy/>





22 de diciembre de 1986, que establece la caducidad de la pretensión punitiva del Estado por ciertos delitos cometidos durante el periodo dictatorial, conocida popularmente como “Ley de Caducidad”.

En la citada sentencia, la Suprema Corte de Justicia expresó que adhería a la postura “según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos”.

El citado artículo 72 de la Constitución uruguaya dispone: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Fundándose en el citado artículo, la Suprema Corte de Justicia concluyó que los derechos humanos previstos en los tratados internacionales forman parte de las disposiciones constitucionales del país, al ser inherentes a la personalidad humana. Por vía de este artículo 72, ingresaron a las disposiciones de la carta fundamental y, por ende, pasaron a formar parte de ella.

-
- “En América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Risso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114)²⁶.
-

Con la citada sentencia, Uruguay completó lo que se ha llamado

-
- un largo proceso de constitucionalización e internacionalización que se inició en los primeros años del siglo XX, con la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones políticas y con la casi simultánea producción regular de convenios internacionales del trabajo. El campo se amplió con la sanción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 (DUDH) y con la adopción en 1966 de los Pactos internacionales sobre la materia (PIDESC y PIDCP²⁷), así como con los instrumentos regionales y ulteriormente con los comunitarios de la misma clase. Todo lo cual fue complementado por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que dio soporte a la primacía de las normas internacionales, y que replanteó el *ius cogens* como nota característica de las reglas legales o consuetudinarias sobre derechos humanos (Barbagelata 2010, 144-145).
-

Bajo esta lectura de la Constitución, las normas internacionales sobre derechos humanos adquieren aceptación, aun cuando no hubieren sido ratificadas por el país, al formar parte de la conciencia jurídica universal e ingresan al *ius cogens* de manera imperativa.

Las normas incorporadas a este orden imperativo conformadas por el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos alcanzan a los convenios internacionales del trabajo y de la seguridad social “que no han sido ratificados o no han sido perfeccionados en el

²⁶ Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 365/2009 de 19 de octubre de 2009.

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

derecho interno [son obligatorios en cuanto]... pudiere probarse que solo codifican principios o reglas de Derecho Internacional General Consuetudinario”²⁸.

La recepción jurisprudencial de la doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de la justicia uruguaya implica también la recepción de sus reglas de interpretación e integración. Estamos ante un conjunto de estándares mínimos de derechos, por lo cual es un límite infranqueable, debiendo aplicarse siempre la norma más favorable al derecho, independientemente de su origen. “La directriz de preferencia de normas tiene como fundamento incuestionable, las regulaciones de derechos y estándares mínimos. Se aplica siempre la más protectora para el derecho” (Risso Ferrand 2016, 194).

En definitiva, y en función de las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales actuales, puede afirmarse que la Constitución uruguaya recoge e incorpora los estándares mínimos de derechos humanos vigentes en la actualidad. Estos mínimos son pisos infranqueables, tanto para el legislador como para el juez, que debe recurrir a la norma que mejor proteja el derecho en juego.

6. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social de fuente constitucional

6.1 Control de constitucionalidad²⁹

El control de constitucionalidad en Uruguay es concentrado y se refiere a las leyes dictadas por el Poder Legislativo y por los gobiernos departamentales.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es aplicable al caso concreto y puede ser accionada por cualquier persona, física o jurídica, que tenga un interés directo, personal y legítimo en la desaparición de la norma en cuestión (artículo 258, inciso 1). La Suprema Corte de Justicia declara inconstitucional la norma para el caso concreto, pero esta continúa vigente en el ordenamiento jurídico.

Existen dos mecanismos para solicitar la inconstitucionalidad. Uno es la vía de acción, en la cual se comparece directamente ante el máximo órgano judicial y se solicita la declaración de inconstitucionalidad de la norma. El otro mecanismo es la vía de excepción, que es el caso en que la persona demandada en juicio solicita la declaración de inconstitucionalidad en el juzgado en el que se la demanda.

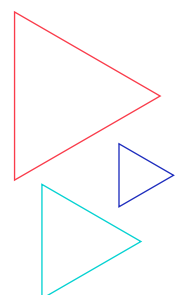
También existe un control difuso, por parte de los jueces, quienes pueden desaplicar reglamentos dictados por los órganos administrativos, en caso de que consideren que estos se oponen a la ley o a la Constitución.

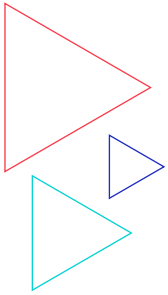
En el caso de que entiendan que una ley dictada por el Poder Legislativo adolece de un vicio de inconstitucionalidad³⁰, es decir, es contraria a las disposiciones constitucionales, pueden

28 Jorge Precht Pizarro, “Incorporación de las normas internacionales al ordenamiento interno chileno”. *Derecho Laboral* 197 (2000): 119 y ss. Citado por Héctor Hugo Barbagelata, “La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”, *Derecho Laboral* 53 (237) (2010): 145-146.

29 Véase la Constitución de la República, artículos 256 a 261.

30 El artículo 239 de la Constitución de la República establece la competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia para entender en las acciones de inconstitucionalidad. Pueden ser declarados inconstitucionales, tanto por razones de forma, por ejemplo, no habiendo observado la mayoría necesaria para su aprobación, o de fondo, los contenidos de los actos dictados por el Poder Legislativo, así como los dictados por los gobiernos departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción. Dicho control, además, es a *posteriori* de la sanción del acto legislativo y puede ser interpuesto por toda aquella persona que se sienta lesionada en su interés directo, personal y legítimo. Asimismo, puede accionar de oficio si entiende que la ley que debe





accionar ante la Suprema Corte de Justicia para su análisis. Mientras esta no se pronuncia, no se aplica la norma y se detienen los procedimientos judiciales.

Por ello, la doctrina sostiene que el sistema uruguayo, sin perjuicio de concentrar el control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Justicia, permite un control difuso por parte de cualquier juez, que puede recurrir a dicho organismo en caso de entender que está ante una norma inconstitucional. Tal requerimiento siempre debe ser fundado y debe solicitarse la declaración de inconstitucionalidad para el caso concreto. Esta acción no tiene, en ningún caso, carácter consultivo.

6.2 Exigibilidad judicial de derechos contenidos en la Constitución. Acción de amparo

Por Ley 16.011 de 19 de diciembre de 1988, Uruguay reglamentó la acción de amparo. En su artículo 1 esta ley establece lo siguiente:

-
- Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (artículo 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de “habeas corpus”.
-

La acción no procede contra actos jurisdiccionales de cualquier naturaleza ni contra los emanados de la Corte Electoral o los gobiernos departamentales. Es un mecanismo de carácter residual, ya que procede cuando no exista otro medio judicial o administrativo para obtener el mismo resultado, o si existiese, fuera claramente ineficaz para la protección del derecho³¹. La acción de amparo debe ser interpuesta dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión (Ley 16.011, artículo 4, inciso 2).

De conformidad con esta ley, admitida la demanda, el juez debe celebrar audiencia dentro de los tres días a partir de la fecha de su presentación. En dicha audiencia se escuchará a las partes, que deberán ir munidas de todas las pruebas de las que se pretendan valer. La sentencia deberá dictarse dentro de la misma audiencia y puede diferirse por el plazo de veinticuatro horas (artículo 6).

Sin perjuicio de que mediante este mecanismo se han tutelado una serie de derechos fundamentales, el proceso de amparo regulado en Uruguay ha sido criticado por la doctrina por ser excesivamente restrictivo (Risso Ferrand 2017, 143-167). Los principales cuestionamientos radican en el plazo de treinta días para accionar, así como en la exigencia de que no existan otros medios judiciales o administrativos para accionar que ofrezcan resultados similares. En este último caso, se señala que la justicia uruguaya ha sido muy estricta en dicha consideración, tomando como medidas aptas para obtener el mismo resultado otros procesos excesivamente

aplicar no se ajusta a las disposiciones constitucionales. Podrá solicitarse por vía de acción, presentándose directamente ante la Suprema Corte de Justicia, o por vía de excepción, al ser demandado en juicio sobre la base de una ley que la parte demandada entiende es inconstitucional. En este último caso, se suspende el juicio y se eleva el expediente a la Suprema Corte de Justicia a efectos de que se expida sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada. Los efectos son siempre para el caso concreto, no extendiéndose a otras personas. En algunos casos, luego de dictadas varias sentencias declarando la inconstitucionalidad de una norma, el Poder Legislativo la deroga o sustituye por otra, recogiendo las observaciones de la justicia.

31 Ley 16.011 de 19 de diciembre de 1988, artículo 2.

largos, como es el caso de los vigentes para cuestionar las decisiones de los organismos de seguridad social estatales³².

7. Derechos de seguridad social y derechos conexos incluidos a texto expreso en la Constitución uruguaya, aplicados en forma directa por los tribunales

Tal como se expresó en párrafos anteriores, todos los derechos inherentes a la persona y la dignidad humana tienen rango constitucional en Uruguay, y para su aplicación al caso concreto rige la directriz de preferencia de normas, independientemente del origen de estas.

Sin perjuicio de ello, una serie de derechos son específicamente enumerados, los que son interpretados, aplicados y complementados con lo dispuesto por los artículos 72 y 332, analizados en secciones anteriores.

7.1 Derecho a la salud

En la actualidad se encuentra superada la noción de salud como la ausencia de enfermedad, pues se ha evolucionado hacia la definición de “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, tal como surge de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Por tanto, el perfeccionamiento del derecho a la salud abarca la situación social en que se encuentran las personas, y bajo dicho estándar mínimo debe ser interpretada y aplicada la disposición constitucional contenida en el artículo 44:

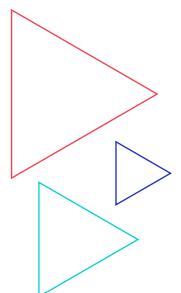
-
- Artículo 44 - El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Este artículo ha sido aplicado en reiteradas oportunidades por la justicia uruguaya, en particular, estableciendo la obligación del Estado de proporcionar medicamentos, interpretándolo en consonancia con la normativa internacional de derechos humanos.

Entre sus fundamentos, cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su interpretación sobre el alcance de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales:

32 En el caso de los organismos de seguridad social regidos por las normas de derecho público, se encuentra establecido un procedimiento recursivo que puede insumir hasta 200 días de duración. La justicia competente para entender en dichos casos es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En dicho organismo, el proceso puede llegar a insumir 455 días, sin tomar en cuenta los tiempos de notificaciones, movimiento del expediente, ferias judiciales, así como las diligencias realizadas fuera de los plazos que no tienen el carácter de perentorios. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo procesa alrededor de 1 000 a 1 500 expedientes anuales, y el proceso insume entre dos a tres años, a los que se suma, en promedio, un año más del proceso administrativo. Jaime Greif, “El proceso contencioso administrativo en Uruguay”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), 286. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/18.pdf>. Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya”, *Revista de la Facultad de Derecho* 23 (2004): 125.





-
- En particular, concluyó que el derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; que este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; y que el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable ³³.
-

Por lo tanto, aun cuando estemos ante un texto constitucional que puede lucir incluso restringido, en aplicación del bloque de constitucionalidad recogido en el artículo 72 del mismo texto, su interpretación debe realizarse en consonancia con los derechos mínimos universalmente aceptados.

La sentencia citada encuadra en una corriente jurisprudencial consolidada, y ampliamente mayoritaria, que se basa en la interpretación *pro homine* y reconoce la incorporación de los derechos humanos fundamentales en la Constitución uruguaya.

Así lo ha expresado también la Suprema Corte de Justicia:

-
- El derecho a la salud es, entonces, un derecho humano y, como tal, goza de protección internacional y constitucional (...).

En especial, y en relación con el tema del derecho prestacional, el art. 44 inc. 2 de la Constitución es claro cuando dice que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia a las personas “carentes de recursos suficientes”.

Es este el caso de autos y por ello cabe concluir que “de lo que aquí se trata es de que el actor no se vea privado de un medicamento esencial para su salud durante el lapso indicado por sus médicos tratantes, puesto que lo que está en juego es, nada menos, que la posibilidad de que el paciente continúe con vida” ³⁴.

7.2 Derecho a la vivienda

En el mismo sentido expresado en el apartado anterior, la justicia uruguaya, en este caso en el año 2021, fue llamada a expresarse ante la solicitud de amparo del derecho a la vivienda de un grupo de ciudadanos. En la instancia se mantuvo la interpretación respecto a la ejecutabilidad de los derechos establecidos en la Constitución, al contenido de estos en consonancia con los derechos humanos fundamentales, estimando superadas las posturas que las consideran normas programáticas.

Con respecto a este derecho, la Constitución establece lo siguiente: “Artículo 45 - Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin”.

La justicia, al interpretar dicho artículo, sostuvo:

³³ Sentencia 132/2021 del 4 de octubre de 2021. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º. Turno.

³⁴ Suprema Corte de Justicia. Sentencia 396/2016 del 5 de octubre de 2016. <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

-
- Expresa el compareciente que estando ante normas pragmáticas, la Constitución deja al legislador un amplio espacio para valorar la conveniencia y necesidad de los medios que elige para lograr alcanzar los fines constitucionales como los previstos.

Al respecto debe advertirse que la norma constitucional no es una norma meramente programática ya que refiere a derechos esenciales que son reconocidos también a nivel internacional por instrumentos ratificados por el Estado y, a los cuales debe dar estricto cumplimiento. Por ende, se debe dar una solución real y claramente eficaz en protección de los derechos inherentes al ser humano.

Está claro que la reforma del artículo 45 de la Constitución, implicó la llegada de una nueva concepción sobre derechos fundamentales para la cual, se consagran en el texto mínimos operativos exigibles, que van más allá del desarrollo de planes globales.

No resulta admisible que la falta de recursos del Estado justifique la vulneración de derechos humanos de niños y niñas. No hay más opciones que vivir en la calle, vivir en un asentamiento se vuelve la única opción y no la preferida o elegida ³⁵.

7.3 Derecho a retiro adecuado, protección ante contingencias y garantía estatal del pago de las prestaciones

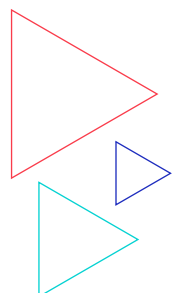
En la Constitución del año 1934 se incorporó el artículo que en la actualidad lleva el número 67, el que, tal como señalamos anteriormente (véase, más arriba, la cita de este artículo en el apartado 2.3.1), fue reformado en 1989, a iniciativa de organizaciones de usuarios del sistema, que recogieron las firmas necesarias para someter la reforma a consideración popular. Fue aprobada por el 72,5 por ciento de la población (Bottinelli, Giménez y Marius, s. f., 1666).

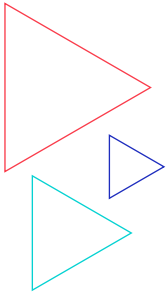
El artículo, con la reforma correspondiente, establece condicionantes al Estado sobre varios aspectos, lo que le habría merecido algunas críticas. En primer lugar, establece una forma de revaluación de las prestaciones, condicionada a la evolución de los salarios. En segundo lugar, dispone que el sistema siempre deberá financiarse mediante aportaciones obreras y patronales, aunque el legislador podrá establecer la incidencia de cada una de ellas (Pérez del Castillo y Rodríguez Azcúe 2020, 96-97).

La citada disposición ha sido puesta a consideración de la Suprema Corte de Justicia, con ocasión de la implantación del impuesto a la renta de las personas físicas sobre las prestaciones de seguridad social, el que fue posteriormente sustituido por el Impuesto de Asistencia a la Seguridad Social, hoy vigente. Los cuestionamientos sobre el impuesto, entre otros, se basaban en una supuesta violación del principio de retiro adecuado, y que este no puede ser afectado, ni siquiera por razones de interés general. La sentencia no otorgó una definición de retiro adecuado, pero sostuvo que, aun en su calidad de derecho constitucionalmente protegido, no es ilimitado, y puede ser afectado por razones de interés general, en este caso, la financiación de la seguridad social:

-
- Además, y como lo ha recordado reiteradamente la Corporación, si bien el derecho al retiro adecuado está amparado constitucionalmente, el mismo, como todo otro derecho individual, no es absoluto ni irrestricto y tolera las limitaciones que la Ley establezca por razones de interés general. No se vulneran los artículos 7, 72 y 332 de la Carta, pues la finalidad protectora de los derechos inherentes a la personalidad humana no permite concluir que las prestaciones recibidas y que se dirigen a solventar tanto las necesidades

35 Sentencia 68/2021. Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno. <https://uy.vlex.com/vid/868306883>.





como las obligaciones –incluyendo las tributarias–, afecten el valor “vida” tutelado. Es sabido que al igual que la protección de los otros derechos a que refiere la norma (con excepción del derecho a la vida en cuanto a la previsión del art. 26 inc. 1 de la Carta) no son ilimitados ni absolutos (Risso Ferrand, Derecho Constitucional, T. 1 págs. 475 y ss.) sino que son limitables por las leyes que se dictaren por razones de interés general, como el propio art. 7 prevé. La norma tributaria responde a tales razones, sin juzgar el mérito de la legislación, relevando sólo la razonabilidad del interés colectivo, razones de justicia y propias necesidades del Estado ³⁶.

Esta interpretación ha sido constante por parte de la Suprema Corte de Justicia, aun con diferentes integraciones, y la ha vinculado con la garantía de pago que debe brindar el Estado a través de la asistencia financiera:

- Como se ha señalado en las discordias a la Sentencia N° 43/2008, el eventual destino del tributo no vulnera el art. 67 inc. 3 de la Carta, pues la limitación refiere al destino de la recaudación y no al tributo que la origina y, además, la asistencia financiera supera los ingresos del instituto de seguridad social. No se ha acreditado que se utilice a las extracciones impositivas a jubilados y pensionistas para financiar otras áreas del Presupuesto del Estado a lo que, como ciudadanos, están obligados sin inmunidad o intangibilidad alguna.

La “asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuese necesario” (lit. B) art. cit.), implica que toda suma recaudada sin desglose, respalda la obligación constitucional ³⁷.

8. Conclusiones

Históricamente se concibió la Constitución como una organización del Estado que regulaba las relaciones “verticales” entre los ciudadanos.

La fuente clásica del derecho de la seguridad social en Uruguay no es la Constitución, sino la ley, los decretos y los reglamentos. Asimismo, todos los estudiosos de la seguridad social uruguaya sostienen que la carta magna se fue conformando de manera aluvional, y no de una forma ordenada en función de derechos que se deben proteger, sino más bien en virtud de la capacidad de presión de los grupos de interés.

En los últimos tiempos, estas posturas respecto a las disposiciones constitucionales vienen cambiando:

- (...) desde el último cuarto del siglo XX, ha cobrado cada vez mayor fuerza la doctrina que reconoce la validez jurídica de las disposiciones calificadas como programáticas, de los instrumentos internacionales o de la propia Constitución, en el entendido que no solo “constituirá un deber para el Estado legislar en el sentido de tales disposiciones, sino que

³⁶ Suprema Corte de Justicia. Sentencia 80/008 del 30 de abril de 2008. Acción de inconstitucionalidad. http://www.acostaylara.com/contenidos/contenidos_masinfo.php?id=60&path=0.2355

³⁷ Suprema Corte de Justicia. Sentencia 80/008.

además estas, ofrecerán un criterio de interpretación del derecho interno vigente y, a falta de disposición de derecho interno en la materia, tendrán valor supletorio”³⁸.

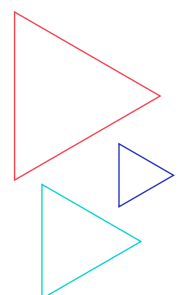
En el sentido mencionado por la doctrina citada, se encuentran las últimas sentencias de amparo referidas, tanto respecto a la provisión de medicamentos de alto costo como de una vivienda digna en el caso de menores.

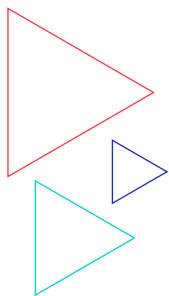
Es de esperar que esta línea jurisprudencial continúe abriéndose paso en la justicia uruguaya, dejando de lado las argumentaciones restrictivas respecto a la competencia del Poder Judicial o al carácter programático de las disposiciones que refieren al derecho social.

9. Bibliografía

- Barbagelata, Héctor Hugo. 2010. “La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”. *Derecho Laboral* 53 (237): 141-149.
- . 2011. “El derecho universal del trabajo”. *Revista de la Facultad de Derecho* 31: 49-62.
- Barot Costas, Patricia. 2016. “Reforma de la salud en Uruguay. Avances y vacíos”. Tesis de Licenciatura en Trabajo Social. Universidad de la República. Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Trabajo Social.
- Blegio Valdés, Mariana. s. f. *Manual de Derechos Humanos*. Montevideo: Facultad de Derecho. Universidad de la República. <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/203/194>
- Bottinelli, Oscar, Wilfredo Giménez y Jorge Marius. s. f. *Enciclopedia electoral del Uruguay*. Montevideo: Instituto Factum. https://legislativo.parlamento.gub.uy/OtrosDocumentos/EnciclopediaElectoral1900_2010.pdf
- Busquets, José M. y Andrea Delbono, A. 2016. “La dictadura cívico-militar en Uruguay (1973-1985): aproximación a su periodización y caracterización a la luz de algunas teorizaciones sobre el autoritarismo”. *Revista de la Facultad de Derecho* 41: 61-102. <https://doi.org/10.22187/rfd201624>
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo. 2014. “Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya”. *Revista de la Facultad de Derecho* 23: 123-144.
- Comisión de Expertos en Seguridad Social. 2021. *Diagnóstico del Sistema Previsional uruguayo y Recomendaciones para la Reforma del Sistema Previsional uruguayo*. <https://cess.gub.uy/>
- Correa Freitas, Rubén. 2002. “La inconstitucionalidad de los actos legislativos en el Uruguay”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* 6: 33-62. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1975560>
- Dinamarca Opazo, Renato. 2012. “Una aproximación a la guerrilla urbana: el Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros (MLN-T)”. *Revista Divergencia* 2 (1), julio-diciembre de 2012.
- Equipo de Representación de los Trabajadores en el Banco de Previsión Social. 2016. *A 20 años del Régimen de Ahorro Individual. Entre el lucro como fin y el fin del lucro*. <https://issuu.com/ert-comunicacion/docs/a-20-a-os-del-sistema-mixto>

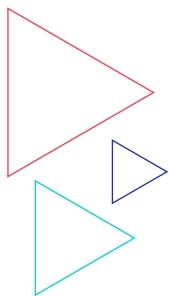
³⁸ Héctor Hugo Barbagelata, *El particularismo del derecho del trabajo*, 221. Citado por Santiago Pérez del Castillo y Álvaro Rodríguez Azcúe, *Derecho de la Seguridad Social* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2020): 94-95.





- Fernández Galeano, M, E. Levcovitz y D. Olesker, coords. 2015. *Economía, política y economía política para el acceso y la cobertura universal en salud en Uruguay*. Montevideo: Organización Panamericana de la Salud. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/53930>
- García Repetto, Ulises. 2014. "La descapitalización de los institutos de jubilaciones en el Uruguay: el empapelamiento de las cajas. 1943-1967". Serie Documentos de Trabajo 23/14. Montevideo: Instituto de Economía. Facultad de Ciencias y Administración. Universidad de la República.
- Greif, Jaime. 2008. "El proceso contencioso administrativo en Uruguay". En *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/18.pdf>.
- Gros Espiell, Héctor y Eduardo Esteva Gallicchio. 2005. *Constituciones Iberoamericanas. Uruguay*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Grzetic Long, Antonio. 2005. *Derecho de la Seguridad Social*. Parte General, volumen I: "Concepto y evolución histórica de la Seguridad Social". Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Harriett, Silvana. s. f. *Apuntes en torno a la incidencia de los actores privados en la conformación del sistema de seguridad social en el Uruguay en la segunda mitad del siglo XIX*. Asociación Uruguaya de Historia Económica.
- Nicoliello, Ariel. 2018. *Derecho de la Seguridad Social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria - Fundación Electra.
- Pérez del Castillo, Santiago y Álvaro Rodríguez Azcúe. 2020. *Derecho de la Seguridad Social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Risso Ferrand, Martín. 2016. "El control de convencionalidad". *Revista de Derecho Público* 25 (50).
- . 2017. "Acción de amparo sobre el acceso a los servicios de comunicación audiovisual de personas con discapacidad auditiva". *Revista de la Facultad de Derecho* 43: 143-167. <http://dx.doi.org/10.22187/rfd2017n2a6>
- Salsamendi, Gabriel. 2016. "A veinte años del régimen de ahorro individual. Balance y perspectivas". *XXVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Secretaría de Derechos Humanos, Presidencia de la República. 2020. Documento de trabajo: *Indicadores del derecho a la vivienda adecuada*. <https://www.gub.uy/secretaria-derechos-humanos/comunicacion/publicaciones/indicadores-del-derecho-vivienda-adeuada>
- Sienra, Mariana. 2007. *La evolución del sistema de seguridad social en el Uruguay (1829-1986)*. Instituto de Economía. Serie Documentos de Trabajo DT 07 /07.
- Suprema Corte de Justicia. Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. La normatividad de la Constitución. Respuestas al cuestionario sobre Uruguay. <https://www.cijc.org/es/conferencias/2014-SantoDomingo/Respuestas%20al%20Cuestionario/Uruguay%20-%20Suprema%20Corte%20de%20Justicia.pdf>

▶ **XIX. Desarrollo del derecho a la seguridad social en la Constitución venezolana de 1999**



XIX. Desarrollo del derecho a la seguridad social en la Constitución venezolana de 1999

Luis Eduardo Díaz¹

Resumen

La Constitución configura un Estado de derecho, democrático, social y de justicia que aspira al bienestar general, garantizando la igualdad ante la ley y organizando a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo. Sus recursos no podrán ser utilizados para otros fines y serán administrados bajo la rectoría del Estado, que tiene como uno de sus ejes a la solidaridad social, repartiendo las cargas entre la sociedad y el Estado. El derecho a la seguridad social consagrado posee jerarquía supraconstitucional y su contenido es de aplicación directa, independientemente de su regulación legal, aunque existen algunas restricciones interpretativas en lo que respecta a su alcance. Se establece un nivel mínimo de protección para la tercera edad, aun cuando resta por definir su adecuación y financiamiento. La legislación ha evolucionado con el fin de apuntalar un sistema integral, pero existen diferentes regímenes que dificultan su conformación. A los fines de dar cumplimiento al programa previsional establecido en la normativa constitucional, se requiere la aplicación del principio de participación ciudadana en ella comprendido, garantizando la igualdad ante la ley y adoptando medidas positivas a favor de personas y grupos que puedan ser discriminados o marginados.

1. La Constitución vigente de 1999 y el Estado social de derecho y de justicia

La Constitución de 1999 es heredera de los valores de libertad, igualdad y propiedad asentados en el primer ordenamiento venezolano e hispanoamericano de 1811. Pero más de un siglo debió transcurrir para que el Estado de derecho, democrático y social se configurase en la Constitución de 1947, a la que los asambleístas de 1999 le adicionaron la palabra “justicia”, la que estará por encima de *formalidades no esenciales* y será base del sistema económico (artículos 257 y 299) (Chacín 2013).

El Estado así constituido tendrá como fin esencial la defensa y el desarrollo de la persona, el respeto a su dignidad, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo (artículo 3). Este bienestar, entendido como satisfacción de necesidades materiales e inmateriales, se logrará garantizando la igualdad ante la ley y prohibiendo cualquier tipo de discriminación, adoptando el ordenamiento de medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados o marginados (artículo 21)².

1 Docente e investigador en seguridad social. Exdirector de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (LUZ), Venezuela.

2 Véase la relación entre los valores de bienestar e igualdad en Werner Maihofer, “Principios de una democracia en libertad”, en *Manual de Derecho Constitucional*. Presentación de Conrado Hese (Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996), 295-302. En la obra el autor también establece la relación entre la libertad y la igualdad. Expresa que para garantizar el disfrute de la primera, se requiere de la justicia, compensando con su correcta aplicación cualquier posible desequilibrio.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado lo siguiente:

-
- ▶ (El) Estado Social de Derecho persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

(...), el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales.

El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

(...) En las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes sólo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda –fundada en la autonomía– esquilmar a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal³.

La sentencia finalmente alude a los derechos prestacionales:

-
- ▶ El Estado Social desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad.

La Sala repite, una vez más, que las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchas tienen límites difusos o son indeterminadas, pero el Juez Constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ellas se emite⁴.

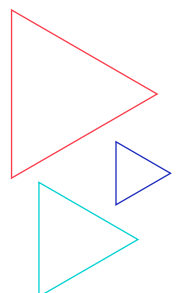
El Estado social y el Estado democrático bajo esta concepción se funden en uno solo y, como manifiesta la exposición de motivos de la Constitución, se *nutrirá* tal amalgama de la voluntad de los ciudadanos, lo que será indispensable para alcanzar el progreso integral al cual se aspira.

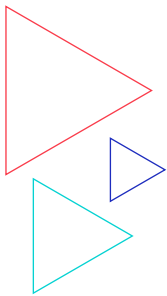
1.1 El derecho de la seguridad social

La Constitución de 1947 es la primera carta política que dedica un apartado a la seguridad social. El Capítulo IV (de la salud y de la seguridad social), correspondiente al título sobre los deberes y derechos individuales y sociales, establece que el Estado velará por el mantenimiento de la salud pública. Todos los habitantes tendrán el derecho a la protección de su salud, debiendo

3 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 01-1274 (Sala Constitucional, 24 de enero de 2002).

4 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 01-1274 (Sala Constitucional, 24 de enero de 2002).





erigir el Estado los servicios necesarios para la prevención y el tratamiento de las enfermedades. Señala que los habitantes de la República tendrán el derecho de vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlos y contra la necesidad que de ellos se derive. El capítulo termina subrayando que el Estado establecerá en forma progresiva un sistema amplio y eficiente de seguridad social y fomentará la construcción de viviendas baratas destinadas a las clases económicas débiles (artículos 51 y 52).

La Constitución posterior de 1953 planteó que el “trabajo, la previsión y seguridad sociales” eran competencia del poder nacional (artículo 60, numeral 25), en tanto que la siguiente, de 1961, dispuso que en forma progresiva se desarrollaría un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes contra los infortunios y riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar. Y quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social (artículo 94). Por último, determina la Constitución derogada que la legislación de trabajo, previsión y seguridad sociales es una competencia exclusiva del poder nacional (artículo 136, numeral 24). En tanto que el artículo 86 de la Constitución vigente de 1999 reza así:

-
- Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.
-

Si se comparan las normas de la Constitución anterior de 1961 y la vigente de 1999, la derogada era de tipo programática y de naturaleza inclusiva, universal y solidaria, mientras que la nueva se alimentará de estos caracteres y del valioso caudal preceptivo que representa la conciencia universal sobre la seguridad social: que toda persona tiene el derecho inalienable a prestaciones preventivas o reparadoras, integrales e indispensables, seguras y suficientes para el libre desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad⁵.

A juicio del autor, la norma posee las siguientes claves: la seguridad social es un servicio público, formando parte del elenco de los demás que están señalados en la Constitución (artículo 75 al 118); tal servicio no será lucrativo para evitar su desplazamiento hacia una eventual reforma estructural, capaz de alterar su naturaleza desmercantilizada; enumerará, sin propósito exhaustivo, las ramas que protegerá, las incluidas en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102),

⁵ Véase la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), del 10 de mayo de 1944; la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), del 30 de abril de 1948, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre del mismo año.

ratificado por el país, comprendiendo la asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes y enfermedades profesionales, maternidad y sobrevivencia, y otras más recientes que se incorporan al texto constitucional, como la paternidad, las enfermedades catastróficas, la discapacidad, las necesidades especiales y la falta de vivienda ⁶.

El artículo detalla la configuración de la seguridad social como sistema y resuelve la tensión preexistente entre las posiciones en pugna: la de organizarla como un espacio público o la de consentir la competencia privada. La seguridad social será considerada en la definitiva como *servicio público de carácter no lucrativo; donde los recursos financieros no podrán ser destinados a otros fines y serán administrados bajo la rectoría del Estado*.

La ley que desarrollará al sistema es denominada “orgánica”, como la titula la propia Constitución, reconociendo de antemano su importancia al diferenciarla de las ordinarias. La ley de seguridad social tiene el mismo rango y naturaleza de aquellas que organizan los poderes públicos, llevan adelante los derechos constitucionales o sirven de marco normativo a otras leyes (artículo 203 de la carta magna).

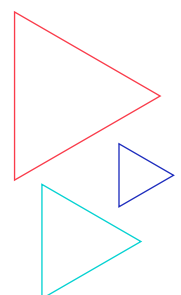
La norma, al desplazarse en medio de dos fuerzas (entre la libertad de mercado o la interferencia estatal), remarca los aspectos concretos de la segunda, procurando la desmercantilización de la seguridad social. Esto se evidencia en distintas partes de la extensa disposición, aunque de forma dispersa, sobre todo cuando insiste en la rectoría del Estado en la administración de los recursos ⁷.

A primera vista, el artículo 86 plantea varios retos:

- ▶ Construir un espacio público que no sea poseído por entidades privadas, dado que se concibe a la seguridad social como “servicio público de carácter no lucrativo”. Se establece que “el Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho” y que las cotizaciones de los trabajadores se administrarán solo con fines sociales bajo la rectoría del Estado.
- ▶ Administrar nuevas prestaciones, como la vivienda, lo que constituye una novedad; las necesidades especiales, sin señalar expresamente cuáles; la paternidad; la discapacidad. También las enfermedades catastróficas, para las cuales, si bien no están desarrolladas por la legislación, el seguro social como institución, en combinación con el Ministerio de Salud, otorgan en la práctica medicamentos de alto costo para diferentes patologías que se han ido incorporando gracias a la organización y movilización de sus demandantes.
- ▶ Constituirse como sistema unitario, ampliando y mejorando el sistema de recaudación de cuotas sociales y prolongando la protección social a la población no contribuyente.
- ▶ Instalar una administración eficiente como estrategia diferenciadora del pasado, que permita el acceso a todos y asegure altos niveles de calidad en la prestación del servicio público.

6 Vale la pena advertir que Venezuela es parte del Convenio núm. 102 desde el 5 de noviembre de 1982, habiendo aceptado las partes II, III, V, VI y VIII, IX y X. Las prestaciones o asignaciones familiares, previstas en la parte VII del Convenio núm. 102, no fueron aceptadas al momento de su ratificación y siguen aún sin ser desarrolladas por la legislación. Tampoco se aceptó la parte IV sobre prestaciones de desempleo. La parte III ya no es aplicable en virtud de la ratificación del Convenio núm. 130. La parte VI ya no es aplicable en virtud de la ratificación del Convenio núm. 121 y las partes V, IX y X por la ratificación del Convenio núm. 128.

7 Méndez Cegarra señala que la presión ejercida por diversos sectores gubernamentales y de opinión pública determinaron una redacción un tanto ambigua y, en algunos pasajes, contradictoria. Sin embargo, la norma es de extraordinaria significación e importancia, por cuanto prescribe la creación de un sistema de seguridad social sustentado sobre la mejor filosofía y doctrina. Véase Absalón Méndez Cegarra, “El derecho a la seguridad social en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura* VII (1), enero-julio de 2001: 145-169.





El derecho de la seguridad social aquí expresado supone una participación estatal importante que no tendría éxito alguno sin la concertación ciudadana, necesaria para elaborar y llevar a cabo el plan contenido en el artículo 86 antes citado.

1.2 La solidaridad social

La solidaridad social es en uno de los ejes transversales de la Constitución, que aparece ya en su preámbulo; es uno de los valores para “refundar” la República y establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica. Es también un principio del Estado federal descentralizado, una guía de participación popular en los ámbitos de la política y la economía (artículo 70), el basamento de las relaciones familiares (artículo 75) y uno de los principios que informa el derecho a la salud y la seguridad social (artículos 84 y 86). La solidaridad es una obligación de los particulares –según su capacidad– para cumplir con los fines del bienestar social general (artículo 135), de manera tal que la dignidad no dependerá simplemente de la libertad, sino de la existencia y el apoyo solidario de los otros. La solidaridad es, en definitiva, valor, eje y principio, adoptado como norma generalísima en la Constitución de 1999, la que adquiere un papel principal en su interpretación para concretarla (Combellas 2001).

La Sala Constitucional ha señalado:

-
- El Estado Social de Derecho se funda igualmente en la solidaridad, y no admite ni en el Estado, ni en los particulares autorizados para actuar en áreas de interés social o público, que en base a silencios de la ley, asuman conductas discriminatorias o que propendan al empobrecimiento y explotación de clases sociales o grupos de población considerados débiles. El fin de lucro, debe conciliarse con la solidaridad y la responsabilidad social.

La solidaridad social de quien realiza la actividad económica, sea venezolano o extranjero, a juicio de esta Sala va aún más allá. Las personas no pueden estar encaminadas a obtener ventajas usurarias, o a realizar contratos –así las partes los acepten– donde una de ellas no corre riesgos y obtiene todas las ganancias, mientras la otra está destinada a empobrecerse. Hasta allí no llegan las consecuencias de la autonomía de la voluntad en un Estado Social de Derecho, en el cual la solidaridad social es uno de sus elementos, que existe no para explotar o disminuir a los demás, ni para premio de los más privilegiados.

Tal proceder, que se enmarca dentro del capitalismo liberal, es contrario de la dignidad humana y no es más que un abuso del o de los propietarios de las empresas que lo adelanten.

(...)

La solidaridad social nace del deber de toda persona de contribuir a la paz social (artículo 132 constitucional), de ayudar al Estado, según su capacidad, en las obligaciones que a él corresponden en cumplimiento de los fines del bienestar social general (artículo 135 eiusdem); y en el ámbito familiar, de participar en los procesos señalados en los artículos 79, 80 y 81 constitucionales. Luego, existe en la población una obligación solidaria por el bienestar social general⁸.

⁸ Los artículos 79, 80 y 81 contienen las siguientes frases: *El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad (...) creará oportunidades a los jóvenes para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta (art. 79); está obligado a respetar la dignidad humana de la tercera edad, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida (art. 80); y, le garantizará a los discapacitados, el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades y condiciones laborales satisfactorias (art. 81). Véase Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 01-1274 (Sala Constitucional, 24 de enero de 2002).*

La Constitución ha consagrado el principio de la solidaridad social como necesario para el funcionamiento del Estado social. Este principio engrana las diversas responsabilidades ciudadanas para satisfacer las también diversas demandas sociales, repartiendo las cargas entre la sociedad y el Estado.

2. Jerarquía de las convenciones sobre derechos humanos en la Constitución de 1999

La política y la actuación internacional de la República es competencia del Poder Público Nacional (artículo 156, numeral 1), correspondiéndole al Presidente celebrar y ratificar los tratados internacionales (artículo 236, numeral 1). Estos deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación, “a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional” (artículo 154) ⁹.

Le corresponderá a la Asamblea Nacional aprobar por ley los tratados que celebre el Ejecutivo Nacional (artículo 187, numeral 18), quedando a discreción de este, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República, la oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria (artículo 217). Asimismo, el Presidente podrá solicitar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que verifique, antes de la ratificación, la conformidad del tratado internacional con la Constitución.

Dentro de la normativa general, cabe mencionar el artículo 74, que, en su parte *in fine*, advierte que no podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

En materia de derechos humanos, el Título I de la Constitución, que se refiere a sus principios fundamentales, establece como uno de los “valores superiores de su ordenamiento jurídico” el de la “preeminencia de los derechos humanos” (artículo 2). Tal prerrogativa los dota de un rango superior, con jerarquía *supraconstitucional*, siendo su contenido de aplicación directa, independientemente de su regulación legal (Combellas 2001).

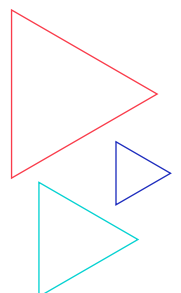
En correspondencia con lo anterior, la Constitución de 1999, como norma suprema (artículo 7), obliga a todos los órganos que ejercen el poder público a garantizar a toda persona de forma inmediata el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (artículo 19) ¹⁰.

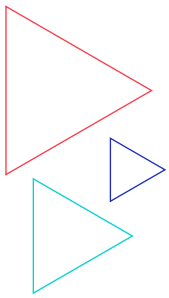
Por su parte, el artículo 22, que era el antiguo artículo 50 de la Constitución de 1961, señala: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Destaca pues, por una parte, la preeminencia de los derechos humanos y, por la otra, la cláusula abierta de derechos inherentes a la persona humana que, aunque no figuren expresamente en

⁹ Estas excepciones al sistema tradicional de incorporación de la norma internacional como derecho interno ya aparecían en el artículo 129 de la Constitución de 1961.

¹⁰ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desarrolló estos aspectos cuando expresó en la Sentencia N° 343/2016: “El Constituyente de 1999, en el diseño del sistema de derechos humanos y en especial de los derechos sociales, no pretendió crear normas programáticas de aspiración a unos posteriores desarrollos legislativos o cuando se encontraran cumplidas ciertas condiciones para su reconocimiento como derecho. Nuestro constitucionalismo social se sitúa en la perspectiva de que las políticas públicas implementadas por el Estado a través del Ejecutivo lo obligan, en aras de superar el asistencialismo, a reconocer que las personas beneficiarias de la misma resultan titulares de derechos”.





el texto constitucional (artículos 2 y 22 ya citados), deben ser tutelados. Ello debería prevalecer como criterio interpretativo; no obstante, surge una limitación cuando el artículo 23 expresa lo siguiente:

-
- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos (términos sinónimos), suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y en las leyes, siendo de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público ¹¹ (el paréntesis y el subrayado me pertenecen).
-

A su vez, el artículo 31 señala que las peticiones o quejas antes los organismos internacionales serán solo sobre las convenciones que hayan sido ratificadas. Para resolver la aparente contradicción, la Sala Constitucional ha señalado, primero, que debe tratarse de convenios ratificados; segundo, que se decidirá entre normas que serán solo aplicables a personas naturales, y tercero, que cualquier decisión del Poder Judicial no tomará en cuenta fallos o dictámenes, informes, opiniones o resoluciones de los organismos prescritos en los tratados, “ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional” ¹².

De acuerdo a la interpretación de la Sala, la decisión de los órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales pasa por respetar las normas constitucionales. Por eso, los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad no podrán ejecutarse penal o civilmente en Venezuela si son violatorios de su Constitución, por lo que la Sala Constitucional los declara inejecutables ¹³.

Del mismo modo, con respecto a los derechos humanos no contemplados en alguno de sus instrumentos pero que son inherentes a la persona humana, la Sala Constitucional determinará cuáles serán los que predominan sobre el orden interno ¹⁴.

Para mayor abundamiento de lo dicho, advierte lo siguiente:

-
- El derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (...). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.
-

11 Advierte la limitación Hildegard Rondón de Sansó, *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución venezolana de 1999* (Caracas: XLibris, 2000).

12 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 01-0415 (Sala Constitucional, 15 de julio de 2003); Expediente N° 08-1572 (Sala Constitucional, 18 de diciembre de 2008) y véase Reseña de Juan Alberto Berríos Ortigoza, “Reseña ‘Sentencia de la Sala Constitucional sobre la inejecutabilidad de la decisión de 5 de agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’”, *Cuestiones Jurídicas* III (1), enero-junio (2009): 85-105.

13 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 01-0415 (Sala Constitucional, 15 de julio de 2003).

14 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 01-0415 (Sala Constitucional, 15 de julio de 2003).

Concluye que “no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución” y que son inaceptables las “teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”.

En caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos (...) sobre los intereses particulares”¹⁵.

La Sala ha expresado la necesidad de salvaguardar a la Constitución de toda desviación que involucre “las pretensiones de entes extraterritoriales que revestidos de una aparente legitimidad e imagen de dominio de la función arbitral (...) de estatuir obligaciones que en nada se compatibilizan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el ordenamiento jurídico que de ésta se desarrolla, más aun en franca incoherencia con los postulados que la misma Convención Interamericana de Derechos Humanos consagra para el procesamiento de causas”¹⁶.

La Convención, suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969, fue ratificada el 9 de agosto de 1977. El 10 de septiembre de 2012, la República Bolivariana de Venezuela realizó una denuncia a la Convención, la que se hizo efectiva un año después. Con relación a esta última, la Sala Constitucional consideró que

-
- es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.

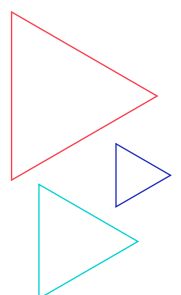
Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia¹⁷.

En opinión del autor, los derechos humanos inherentes a la persona humana pueden aparecer en una declaración, la que como tal no se suscribe ni es objeto de ratificación, o bien derivarse de un pacto no ratificado; en estos supuestos, el artículo 22 constitucional debería aplicarse de forma inmediata, porque la falta de ley reglamentaria no menoscaba su ejercicio. Pudiera eventualmente surgir un conflicto entre un derecho inherente a la persona humana y determinado valor o derecho constitucional, lo que hasta la fecha no se ha planteado ante la Sala Constitucional. En cuanto al artículo 23, este debería ser interpretado por el juez nacional, con base en el margen de apreciación que posee ante dos normas de igual jerarquía constitucional, predominando la más favorable.

15 Véase Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 15-0992 (Sala Constitucional, 10 de septiembre de 2015).

16 Véase Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 15-0992 (Sala Constitucional, 10 de septiembre de 2015).

17 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 11-1130 (Sala Constitucional, 17 de octubre de 2011).



Instrumentos internacionales relativos al derecho de la seguridad social

El país ha suscrito, en el área andina, el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez, de 23 de junio de 2001; el Instrumento Andino de Seguridad Social y el de Seguridad y Salud en el Trabajo en virtud de las Decisiones N° 583 y N° 584, respectivamente, de 7 de mayo de 2004, y el Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, por resolución N° 957, suscrita el 23 de septiembre de 2005.

En el campo multilateral, figuran el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito, suscrito el 26 de enero de 1978; el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, suscrito el 10 de noviembre de 2007; y el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, suscrito el 11 de septiembre de 2009.

Venezuela fue el tercer Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, en 1977, y también fue el tercero que, luego de firmarla, la ha denunciado en el año 2012.

De los convenios de la OIT actualizados en materia de seguridad social, el país ha ratificado casi todos: el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) en 1982; el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118) en 1982; el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121) en 1982; el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128) en 1983; el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130) en 1982; y el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168) en 1985. Los Convenios sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157) y sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) no han sido ratificados a la fecha del presente artículo. Tales instrumentos, al ser desarrollados por los mandantes tripartitos de la organización, constituyen una referencia fundamental para el marco legal nacional que se ajusta a sus estándares o sirven de referencia para su adopción futura.

Del resto del inventario del Sistema de Naciones Unidas, destaca la adopción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1978; la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, el 24 de septiembre de 2013; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados, el 23 de septiembre de 2003; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el 8 de mayo de 2002; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 13 de mayo de 2002.

Venezuela ha firmado también convenios bilaterales con España: Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988 (publicado en Gaceta Oficial N° 34.120 de 22-12-1988), en vigor desde el 19 de julio de 1990; con Portugal el Convenio de Seguridad Social entre Venezuela y Portugal, suscrito el 21 de julio de 1989 (publicado en Gaceta Oficial N° 4.340 extraordinaria, del 28 de noviembre de 1991); con Suiza el Convenio de Seguridad Social entre Suiza (Confederación Helvética) y Venezuela (publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.339 del 26 de noviembre de 1991); con Uruguay el Acuerdo de Aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre Venezuela y Uruguay, suscrito el día 20 de mayo de 1997 (publicado en Gaceta Oficial N° 36276 de 25 de agosto de 1997); y con Chile el Convenio de Seguridad Social entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Chile, suscrito el 20 de agosto de 2001 (publicado en Gaceta Oficial N° 5.754 de 3 de enero de 2006). El objetivo general de estos instrumentos es promover la coordinación de las legislaciones nacionales a través de una oficina de enlace que permita determinar la normativa aplicable, acreditar los periodos de cotización y conservar, si fuere el caso, los derechos adquiridos.

3. Evolución de la seguridad social en el derecho positivo

3.1 La legislación sobre el seguro social

La Ley del Seguro Social es de 1967 y cubre a los trabajadores permanentes bajo la dependencia de un patrono público o privado. Los empleados del Estado quedan cubiertos por el régimen del seguro social obligatorio solo en los casos de prestaciones en dinero por vejez, invalidez y sobrevivientes (no cotizan para la asistencia médica), como si lo hacen para tener derecho a una jubilación, adquirida en razón de la edad y el tiempo de servicio en la función pública. En consecuencia, tendrán derecho a la pensión de vejez en los términos previstos en la Ley del Seguro Social y aparte a una jubilación derivada del empleo público ¹⁸.

La inclusión de trabajadores a domicilio, temporeros, ocasionales, domésticos, independientes y de cooperativas queda sujeta a medidas y condiciones por parte del Poder Ejecutivo, las que han sido temporales y poco efectivas en el transcurso del tiempo ¹⁹.

La administración del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) está a cargo de un Consejo Directivo, constituido por representantes en número igual del Ejecutivo Nacional, de los patronos y de los asegurados, y por un representante de la Federación Médica Venezolana con derecho a voz. La dirección tripartita no existe en la actualidad, signo de un clima general de deterioro del diálogo social, lo que ha sido planteado también por el Comité de Libertad Sindical ²⁰.

La ley previó una Comisión de Inversiones *ad honorem*, también tripartita, a cargo de determinar el monto, distribución y oportunidad de las inversiones de los fondos recaudados, la que no llegó a constituirse. A nivel de las regiones, la ley previó la creación de juntas asesoras también *ad honorem*, integradas por representantes del Colegio de Médicos, de los patronos y de los asegurados, que tampoco llegaron a formarse.

La ley de 1967 estableció el derecho a recibir del IVSS la asistencia médica a través de una red nacional de 63 ambulatorios y 39 hospitales –según datos oficiales– para los asegurados, los pensionados y miembros de su familia, si bien a partir de la década de los noventa, debido a la crisis del sistema sanitario nacional, los que no son asegurados también pueden recibirla ²¹. Del mismo modo, la ley fijó las reglas para la obtención de las prestaciones en dinero, el cálculo y pago de las cotizaciones y la organización de sus fondos.

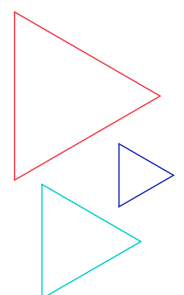
En el año 2008, el propio IVSS impulsó una reforma por ley habilitante para adecuar las sanciones imponibles a los empleadores a Unidades Tributarias, las que van de leves a graves, hasta el cierre temporal del establecimiento, según la falta u omisión de alguna información relevante, como el registro de la empresa o la inscripción del trabajador, del salario, retenciones y pagos.

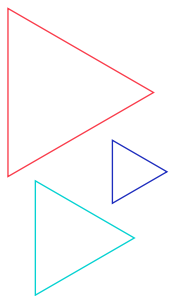
18 En virtud de un acta-convenio de 1992, la jubilación se extendió al personal obrero al servicio del Estado en las mismas condiciones que las establecidas para los empleados.

19 En el reglamento de la Ley del Seguro Social se incluyen disposiciones que permiten la inscripción de trabajadores independientes de forma facultativa, cotizando mensualmente el 13 por ciento de la remuneración o ingreso declarado, que suponemos será el mínimo salarial vigente, porque no hay ningún incentivo para adecuar la pensión según el salario. También las cooperativas, entidades gremiales y otras organizaciones sociales de trabajadores no dependientes podrán asegurar a sus afiliados, cotizando el 9 por ciento y los trabajadores el 4 por ciento para completar la cotización exigida (artículos 7 y 8) (Presidencia de la República 2012).

20 Véase a este respecto, OIT, 395° informe del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: Consejo de Administración de la OIT, 342.ª reunión, 2021 (apartado 373, literales c, d y e).

21 Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, *Memoria 2015* (Caracas, 2016). En el año 2012 se modificó el artículo 7 de la Ley del Seguro Social para establecer que “Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud y recibirán asistencia médica integral, siempre que lo necesiten, sin discriminación alguna”.





En el 2010, la pensión de sobrevivencia –como ya se hacía con la pensión de vejez para los trabajadores del sector público y privado y la jubilación de los empleados públicos– se homologó al salario mínimo urbano y se estableció que la prestación no se perdería si se contrajeran nuevas nupcias o se iniciara una relación concubinaria.

La Ley del Seguro Social se modificó en el año 2012 para cambiar las reglas sobre la afiliación facultativa. Antes de esa reforma, los asegurados con al menos 250 cotizaciones semanales en los últimos diez años tenían derecho, si dejaban de estar obligados al régimen, a continuar en él siempre que lo solicitaran a los seis meses siguientes a la fecha en que dejaran de estar sujetos al seguro social obligatorio, cotizando su parte de cotización y la que le hubiere correspondido al patrono. Este mecanismo permitía, primero, seguir cotizando hasta alcanzar las 750 imposiciones necesarias para tener derecho a la pensión de vejez para los trabajadores de los sectores público y privado y, segundo, poder incrementar la pensión en una unidad por cada 50 nuevas cotizaciones por encima de las 750 requeridas. La nueva disposición, si bien no establece un número mínimo de cotizaciones para continuar de forma facultativa en el seguro social, no permite incrementar la pensión, ni existe tampoco algún incentivo para continuar afiliado, dado que las pensiones no contributivas tienen el mismo valor que las contributivas, equivalentes ambas al salario mínimo nacional.

3.2 La legislación en seguridad social

La Ley Orgánica de Seguridad Social es de 1997 y fue precedida por un Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial. Las características más importantes de esta ley que se anticipa a la Constitución de 1999 son las siguientes: comprende, formando parte de su objeto, a la recreación y la vivienda, prestaciones que se reflejarán más tarde en la ley fundamental; subraya que la seguridad social es una responsabilidad del Estado; propone un consejo asesor y consultivo integrado por los actores sociales, un representante de los pensionados y jubilados, y otros miembros de organizaciones laborales y empresariales representativas ²².

El cuerpo normativo preveía servicios de apoyo técnico y afiliación, los que volvieron a aparecer cuando la ley se reformó en 2002, lo mismo que la obligación de certificar y publicar los estados financieros y los resultados de una evaluación demográfica y actuarial del sistema.

La gestión de los fondos de capitalización individual podía ser pública, privada o mixta. El Estado, a través de un fondo de solidaridad intergeneracional, pagaría una pensión mínima vital para los que, habiendo cotizado, no hubieren acumulado lo suficiente para obtenerla (artículo 28) ²³.

La ley de 1997 no llegó a aplicarse y, después de varios diferimientos legales, la nueva legislación se promulgó en el año 2002, aunque sin consulta tripartita y sin haber sido posible tampoco la concertación interna en el seno de una Comisión Presidencial. El instrumento concebía un sistema de información para el levantamiento de los datos previsionales, dividía a la administración en tres planes interdependientes: los de salud, previsión social y el de vivienda y hábitat, con valuaciones bianuales y certificación actuarial anual de todos ellos. También se establecía un órgano rector y se incluía a la recreación como prestación contingente, pero a la larga, la normativa resultaría también ineficaz. Asimismo, las nuevas entidades no fueron creadas, como sería el caso de los institutos de pensiones y empleo. Y salvo por la reforma de la ley de riesgos laborales, ninguno de los aspectos medulares contemplados en la transición

²² Los interlocutores sociales aspiraban a que el consejo compartiera funciones directivas con el Ministerio del ramo, lo que al final no pudo concretarse durante el trámite parlamentario, limitándose a ser un órgano asesor, tal como estaba previsto en el acuerdo.

²³ Se perfilaba así un régimen mixto, lo que se pondría en duda al proyectar una evaluación actuarial de la OIT un déficit del fondo solidario en apenas dos años. Véase OIT, *La reforma de pensiones en Venezuela: costos de transición. Análisis y recomendaciones*. Consultor Fabio Durán Valverde. Informe de consultoría elaborado para el Proyecto de Reforma de la Seguridad Social. Ministerio del Trabajo, OIT. Oficina de Área y Equipo Multidisciplinario para los Países Andinos, 1998.

fue cumplido, incluyendo la liquidación del IVSS o la creación de una jurisdicción especial en seguridad social.

La ley de 2002 establecía una serie de lapsos para su efectiva realización, pero, dado su incumplimiento, otra reforma en el 2007 los eliminó. Se trataba de un plazo de seis meses para presentar un plan sobre la nueva institucionalidad y cinco años para que el sistema estuviera en pleno funcionamiento. También se nombraba una Comisión Técnica de Transición (lo que nunca ocurrió), se concedían diez años para integrar todo el sector salud del IVSS en el Sistema Público Nacional de Salud y cinco años para liquidar dicha entidad. Nada de ello sucedió.

El Ejecutivo tuvo después la oportunidad de legislar en materia de seguridad social por ley habilitante, una competencia que le puede ser atribuida temporal y extraordinariamente, dado que la llamada “reserva legal” es una garantía formal para que sea la Asamblea Nacional, como fiel representante de todos los ciudadanos, la que la desarrolle a través de una ley ²⁴.

Fue entonces que por ley habilitante se reformó parcialmente el marco normativo de la seguridad social en el 2008 ²⁵. El nuevo texto estipuló que existirían exclusivamente para el sistema prestacional de vivienda y hábitat las cuentas individuales de capitalización, las que serían propiedad exclusiva de los afiliados. Sus cotizaciones se concebirían como ahorro y no como cuotas parafiscales ²⁶, las cuales serían calculadas a salario integral (todos los ingresos regulares) y no sobre la base del salario normal (ingresos periódicos y sin tope salarial). El otro cambio consistió en separar al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat de la seguridad social. Después de esta división a contracorriente del mandato expresado en el artículo 86 constitucional, hubo otro cambio en el año 2012, pues se modificó la elección del Superintendente y del Tesorero de la Seguridad Social, atribución que ejercería unilateralmente el presidente de la República y no la Asamblea Nacional con el voto de una mayoría calificada ²⁷.

En el año 2014, también por ley habilitante, se modificó la Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal (que abreviaremos en adelante “Ley del Estatuto”). Mediante esta ley se dispuso mantener el fondo de jubilaciones de los trabajadores del sector público que debía antes haberse liquidado y sus haberes transferidos al nuevo sistema; además, se dispuso que la Tesorería se encargaría de su administración ²⁸.

La evolución del derecho del seguro social al de la seguridad social ha ocurrido solo con el paso de una legislación a otra; sin embargo, a juicio del autor, para que las modificaciones legislativas permitan alcanzar los objetivos propuestos se requiere un mayor compromiso institucional por el cambio. De hecho, dotado el Ejecutivo Nacional de poderes extraordinarios para legislar, las reformas introducidas podrían considerarse incongruentes de cara a los principios consagrados en la Constitución y las obligaciones internacionales, sobre todo al no ser fruto de un amplio

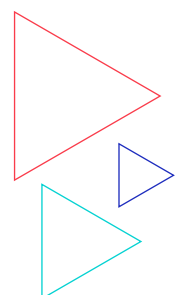
24 Potencialmente existirá el peligro de violentar esta garantía al regular la Constitución de 1999 la delegación legislativa al presidente de la República en cualquier materia, a diferencia de lo que establecía la de 1961, conforme a la cual solo podían dictarse habilitaciones legislativas en materias económicas y financieras (artículo 190, numeral 8). En este sentido, véase Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001).

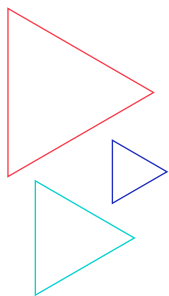
25 Presidencia de la República. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (Gaceta Oficial N° 5.891 Extraordinario, 31 de julio de 2008).

26 La Sala Política Administrativa venía sosteniendo hasta esa reforma que el aporte exigido para vivienda era una contribución parafiscal, siendo el régimen aplicable el previsto en el Código Orgánico Tributario. Véase a este respecto la decisión del Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 11-1279 (Sala Constitucional, 28 de noviembre de 2011).

27 La designación del Superintendente y el Tesorero pasaba por el nombramiento de un Comité de Evaluación de Postulaciones conforme a un reglamento interno del Parlamento. De la preselección de los postulados, la Asamblea Nacional, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, integraría una terna que sería presentada al presidente de la República (artículos 29 y 39 derogados de la Ley de Seguridad Social de 2008).

28 Presidencia de la República. Decreto N° 1.440 (Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014).





consenso y de evaluaciones actuariales y financieras que permitan el diseño de un sistema solidario y universal ²⁹.

3.3 Protección social no contributiva

Las juntas de beneficencia pública regionales existieron desde los años sesenta y ofrecían donaciones y ayudas monetarias temporales. Una década más tarde, a nivel nacional empezaron a entregarse pensiones de vejez basadas en prueba de necesidad y comenzaron algunos servicios de atención a la infancia y la tercera edad. A partir del año 2003, el Ejecutivo Nacional puso en marcha diversos programas asistenciales conocidos como “misiones”. La primera fue Barrio Adentro, para atender la salud de forma integral, a la cual le siguieron las destinadas a la población vulnerable y hogares más pobres (indígenas, campesinos, amas de casa, discapacitados y personas mayores), constituidos como programas paralelos a la institucionalidad existente ³⁰.

La administración de estos programas se concentró en la Presidencia de la República (a través de una comisión presidencial o una fundación), sin integrarse a marcos legales previos que pudieran haberles servido de base reglamentaria. En algunos casos, se utilizó al IVSS como plataforma, como ocurrió, por ejemplo, con el Decreto 7.401 del año 2010, sobre el reconocimiento de cotizaciones efectuadas, el cual permitía al exafiliado cancelar las restantes para disfrutar de la pensión si tenía menos de las necesarias y cumplido el requisito de edad para la fecha de vigencia del decreto, manifestando su voluntad expresa de completar las 750 requeridas en el lapso comprendido entre el 1.º de mayo de 2010 hasta el 31 de diciembre del mismo año. Asimismo, el IVSS sirvió para que ingresaran hasta 100 000 personas, venezolanas o extranjeras con residencia legal y mayores de 70 años con derecho a una pensión equivalente al 60 por ciento del salario mínimo (Decreto N° 5.316 de 2007), y también le fueron confiados con cargo a su presupuesto 20 000 campesinos y pescadores que nunca habían cotizado (Decreto 7.402 de 2010).

Las “misiones” tienen su origen mayoritariamente en decretos, actos sublegales, atendiendo a diversas dinámicas de movilización política, y se caracterizan por su temporalidad, a excepción de Barrio Adentro, Guaicaipuro, Negra Hipólita y Amor Mayor, que han ido cambiando continuamente sus fines y destinatarios ³¹.

En el año 2014, con la Misión Hogares de la Patria, la población beneficiaria sería censada y carnetizada en jornadas públicas, hasta su migración a una plataforma electrónica llamada “Patria”. Los inscritos, sin atender a un grupo vulnerable en específico, perciben distintos bonos que les son transferidos a sus cuentas bancarias, sus montos están por debajo del umbral

29 A los efectos de elaborar una estrategia general, consúltase *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, nonagésima séptima reunión (Ginebra: OIT, 2008). Igualmente, sus programas de referencia, a modo de guía operativa, como el piso de protección social para todos, disponible en <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/flagships/lang--es/index.htm>

30 Destacan, entre otras, las Misiones Barrio Adentro (salud integral-2003), Guaicaipuro (indígenas-2004), Madres del Barrio (mujeres-2006), Negra Hipólita (adulto mayor en pobreza extrema-2006), Decreto 4.269 (completar cotizaciones del IVSS-2006), Decreto N° 5.370 (50 000 mujeres mayores de 65 años, beneficiarias de pensión-2007), José Gregorio Hernández (discapacitados-2008), Decreto N° 7.401 (completar cotizaciones del IVSS-2010), Amor Mayor (tercera edad-2011), Hijas e Hijos de Venezuela (ley habilitante-mujeres embarazadas, hijos e hijas menores de 17 años y personas con discapacidad, 2011), Decreto N° 7.402 (20 000 campesinos beneficiarios de pensión-2013), Hogares de la Patria (población que posea carnet de la patria-2014).

31 Véanse Transparencia Venezuela, Observatorio de Misiones, “Bases de Misiones Sociales: Una estrategia electoral” (Caracas, 2016); PROVEA, *Derecho a la alimentación. Situación de los Derechos Humanos en Venezuela* (Caracas: Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos, 2018); y Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. *Situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* (ver apartado 51), 47.º periodo de sesiones, 2021.

de pobreza, detentan distintos nombres y motivos, y, salvo por la pensión de vejez, no son entregados de forma periódica³².

Con el objeto de establecer un sistema nacional de *misiones, grandes misiones y micromisiones*, se promulgó una ley marco (Decreto 1.394. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.154 de 13 de noviembre de 2014), por medio de la cual se pueden crear, fusionar y eliminar misiones. Se propone en el artículo 16 del instrumento una estructura conformada por una coordinación general, un consejo nacional de política social, un servicio nacional de información social, un consejo nacional de misioneros y misioneras, los que aún no están operativos. También un consejo de planificación comunal, además de otro de contraloría comunal (artículo 45), concebidos como instancias de participación, pero que tampoco están funcionando.

A modo de balance, podría decirse que no existe un punto de encuentro entre esta ley marco y la de seguridad social, y, aunque hay muchas instancias y entidades, no hay coordinación con el fin común de evitar o erradicar la pobreza.

4. Otros cuerpos legales que desarrollan el derecho a la seguridad social

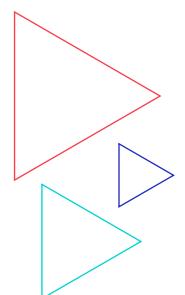
Tras la adopción de la Ley Orgánica de Seguridad Social en 2002, se produjeron otras reformas legislativas vinculadas a esta. Esto incluyó cambios legislativos en la gobernanza administrativa y financiera en relación con la salud y la seguridad en el trabajo, la sistematización de los servicios públicos de empleo, disposiciones en relación con los cuidados de larga duración, así como servicios en relación con las personas con discapacidad. Algunas reformas también tuvieron como objetivo extender la protección a grupos habitualmente desprotegidos, así como a los trabajadores del sector de la cultura. Concretamente, se estableció una normativa para un subsidio a la cotización del trabajador cultural por cuenta propia y de bajos recursos a través de un fondo, aún por crearse, previendo como uno de sus ingresos el 6 por ciento de la taquilla de espectáculos públicos en los que se contratasen artistas extranjeros. Muchas de las reformas aún requieren medidas adicionales para garantizar la plena aplicación de sus objetivos.

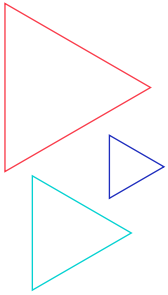
5. Justiciabilidad y exigibilidad del derecho a la seguridad social

5.1 Mecanismos de justiciabilidad

De conformidad con el artículo 27 de la Constitución, de redacción análoga al 49 de la abolida, toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en ella o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (véase, más arriba, punto 2). El trámite, conforme a la norma, debe ser oral, público, breve,

32 A este respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas recomendó al Estado venezolano “que realice una evaluación exhaustiva e independiente de las ‘misiones’, a fin de identificar los obstáculos que impiden seguir avanzando en la lucha contra la pobreza; y consecuentemente, adopte las medidas correctivas necesarias, asegurando que tales programas y otros con objetivos similares integren un enfoque de derechos humanos y cuenten con los recursos suficientes para su implementación, prestando la debida atención a las diferencias y brechas existentes entre las zonas urbanas y rurales, así como a las necesidades de los grupos más desfavorecidos y marginados”. Véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, “Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015.





gratuito, no sujeto a formalidades, tramitable en todo tiempo y con preferencia a cualquier otro. La autoridad judicial tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella.

La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigencia de los derechos y las garantías establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos. Le corresponde velar por el funcionamiento de los servicios públicos, como el de la seguridad social (artículos 280 y 281), al punto que la propia ley de la materia establece en su artículo 15 que el Defensor del Pueblo creará la Defensoría de la Seguridad Social, experiencia que hasta el presente ha estado circunscrita al área de la salud.

El Defensor del Pueblo, el “representante” o el “ombudsman”, como también se lo conoce, sería un procurador del derecho humano a la seguridad social, a cargo de controlar los actos de la administración estatal (arbitrariedades, desviaciones de poder y retrasos injustificados en trámites o pagos). De desarrollarse la figura en toda su plenitud, como es de esperar, velaría por los derechos de afiliados, pensionados y sus familiares, interpondría acciones judiciales en el ejercicio de sus atribuciones y presentaría proyectos y recomendaciones para el eficaz funcionamiento del sistema de seguridad social.

5.2 Control de la constitucionalidad

El artículo 335 del estatuto constitucional reza que las interpretaciones que establezca la Sala de la materia sobre el contenido o alcance de sus normas y principios serán vinculantes para las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. La Sala Constitucional con tal poder asume un modelo axiológico del ordenamiento como principio de orden, potenciando el valor y la trascendencia política de sus sentencias (Berríos Ortigoza 2013).

La Constitución le confiere atribuciones exclusivas para declarar la nulidad de leyes, actos y decretos, así como declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo cuando haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la carta magna, o las haya dictado de forma incompleta. También puede resolver colisiones entre diversas disposiciones y revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de la constitucionalidad de las leyes ³³.

La Sala hizo uso de estos medios jurisdiccionales cuando la Ley Orgánica de Seguridad Social no estableció el hecho imponible de la contribución de paro forzoso. Así, determinó la inconstitucionalidad de la omisión, ordenó sancionar la ley respectiva y declaró la ultraactividad del decreto con rango y fuerza de ley, cautelarmente vigente de nuevo a partir de la sentencia ³⁴.

La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, siendo competentes para, entre otros asuntos, conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer de lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa (artículo 259).

Le corresponderá a cualquier juez, en el ámbito de sus competencias, asegurar la integridad de la Constitución, decidiendo de oficio, si fuere el caso, cualquier incompatibilidad entre esta y una ley u otra norma jurídica (artículo 334).

³³ Véanse el artículo 336 de la Constitución y también el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Asamblea Nacional. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 39.483, 9 de agosto de 2010).

³⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 03-1100 (Sala Constitucional, 2 de marzo de 2005).

La Sala ha desarrollado algunos criterios jurisprudenciales que han sido divididos como se detalla a continuación.

5.2.1 Aplicación del artículo 80 constitucional

En su artículo 80, la carta magna dispone lo siguiente:

-
- ▶ El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.
-

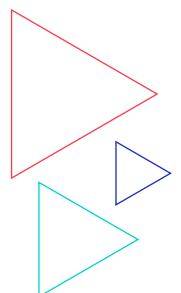
Según la Sala, resulta obligatoria la aplicación del artículo a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, al considerarse parte integrante del sistema de seguridad social, incluso aquellos derivados de contrataciones colectivas o laudos arbitrales, por lo que pagaran jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no inferiores al salario mínimo urbano. Así, por ejemplo, de existir una pensión pagada por el IVSS y otra que corresponda a un plan de pensiones y jubilaciones de una empresa, las dos pensiones deberán estar homologadas al salario mínimo, la segunda, en consecuencia, no será *complementaria* de la otorgada por el seguro social³⁵.

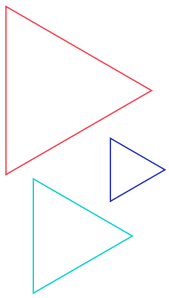
Como es un hecho notorio la depreciación de las pensiones y jubilaciones con respecto al costo de vida, diferentes organizaciones sindicales han demandado su actualización con base en los aumentos salariales de los trabajadores activos. Sin embargo, la Sala ha desestimado tal parámetro y se ha contraído a aplicar el artículo 80, se trate de pensiones contributivas o no, de fuente legal o contractual. Así, la Sala hace un exhorto a la empresa pública y privada para que estén atentas a las variables socioeconómicas que puedan afectar a activos y jubilados “y de esa manera ir adaptando progresivamente las condiciones y beneficios que se le puedan brindar a la nómina pasiva en proporción del bienestar de la nómina activa de los trabajadores, y poder así, seguir superando las viejas concepciones del liberalismo económico”, ordenándose aplicar la cláusula contractual, pero teniendo al salario mínimo como cimiento. En cualquier caso, los aumentos en las pensiones de jubilación pueden pactarse por los celebrantes de una convención colectiva, pero sin pretender la extensión automática de los beneficios de los trabajadores activos a los jubilados, sin soporte jurídico para ello³⁶.

La Sala, en otra decisión, declaró improcedente un amparo en contra del IVSS, porque el demandante de 83 años fue ingresado al IVSS fuera del lapso de vigencia del Decreto N° 7.401 (véase, más arriba, sección 3.3.), ni tampoco presentaba cotizaciones acreditadas con anterioridad a la publicación del referido instrumento legal, por lo que no pudo ser calificado como beneficiario de una pensión de vejez. Sin embargo, se notificó a la Comisión Presidencial Gran Misión en Amor Mayor, adscrita al despacho de la Presidencia, a los fines de informar la situación del demandante en razón de su avanzada edad y las acciones que a bien pudiera

35 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 16-0518 (Sala Constitucional, 15 de diciembre de 2016).

36 Véanse Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 04-2847 (Sala Constitucional, 25 de enero de 2005) y Expediente N° 14-1227 (Sala Constitucional, 14 de agosto de 2017).





tomarse en su beneficio, pero ya como una posible decisión discrecional por parte del Ejecutivo y no como un derecho propio derivado de la aplicación directa del artículo 80³⁷.

Como de la transcripción del artículo 80 se desprende, este establece un nivel mínimo de protección social para las personas adultas mayores, aun cuando resta por definir si se trata de un régimen de pensiones de carácter no contributivo, financiado con fondos del presupuesto general o con cotizaciones, cuya pensión no puede ser inferior al salario mínimo urbano. La universalidad de la cobertura podría lograrse mediante un régimen universal no contributivo o mediante la combinación del seguro social y el modo no contributivo, siempre garantizando un nivel adecuado de ingresos y prestaciones.

Las pensiones contributivas deberían separarse de las no contributivas, garantizando la sostenibilidad del sistema de seguridad social. El nivel complementario no puede seguir siendo igual al básico, pues su finalidad es la de aumentar las prestaciones del régimen general obligatorio. Puede ser voluntario o no, basado en diferentes planes y administrado de forma privada, entre otras características que se orientan a aumentar los beneficios del nivel general obligatorio (OIT 2018).

5.2.2 El derecho a la jubilación

La Sala ha entendido que el derecho a la jubilación de los funcionarios públicos debe primar sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución. La Administración debe proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o puede serle atribuido.

El legislador ha establecido los requisitos concurrentes que se deben dar para que un empleado público se haga acreedor del derecho a la jubilación, estableciendo como límite de edad para ello 60 años en el caso de los hombres y 55 años en el de las mujeres. Por este motivo, y salvo las excepciones previstas en la propia norma, no puede otorgarse este derecho a quien no haya cumplido dicho requisito y el tiempo de antigüedad en el cargo. Al respecto, cabe citar en extenso las consideraciones de la Sala:

- No obstante, una interpretación acorde con la finalidad de la institución de la jubilación debe llevar a garantizar la protección de aquellas personas que han entregado su vida productiva al Estado, por lo que si bien un funcionario al momento de su retiro de la Administración Pública podría haber prestado sus servicios por la cantidad de años establecidas en la norma, 25 años, puede no tener la edad necesaria para ser titular de tal derecho, situación que irremediamente cambiará el transcurso del tiempo, ya que eventualmente llegará a cumplir la edad mínima requerida, aunque, como en el presente caso, puede ser que ya no esté al servicio de alguna institución pública, con lo cual quedaría desprotegido al no ser amparado por el derecho de jubilación, no obstante haber entregado su vida productiva a la organización estatal.

En este sentido, se estaría vulnerando el derecho constitucional a la jubilación de aquellas personas que, habiendo cumplido con su deber de trabajar, prestando sus servicios a los órganos del Estado durante la cantidad de años requeridos por la Ley, no serían amparadas por tal beneficio al alcanzar su vejez.

37 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 11-1219 (Sala Constitucional, 22 de octubre de 2012). La Sala bien pudo haber resuelto, con base en su propia doctrina, conceder la pensión homologada al salario mínimo aplicando el artículo 80, pero tal vez no lo hizo porque convertía, a juicio del autor, la pretensión en una pensión universal para cualquier adulto mayor que al tener la edad, sin importar las cotizaciones, la obtendría sin necesidad de esperar su asignación por el Estado.

La interpretación constitucionalizante que debe hacerse del artículo 3, numeral 1 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (Ley del Estatuto), es que el derecho a la jubilación surge en el funcionario público en el momento en que concurren los requisitos de edad y años de servicios allí previstos, pero la Ley no exige que tal circunstancia deba ocurrir mientras el funcionario se encuentre activo al servicio del órgano público, es decir, que un funcionario que haya cumplido con el tiempo de servicio estipulado, al surgir el evento de alcanzar la edad requerida mientras se tramita algún juicio relativo a su condición de funcionario público, o para la obtención de algún beneficio relacionado con su relación laboral con el Estado, tiene el derecho a que se le otorgue la jubilación, como derecho social de protección a la vejez y en resarcimiento a haber entregado su fuerza laboral durante sus años productivos (el paréntesis y el subrayado me pertenecen).

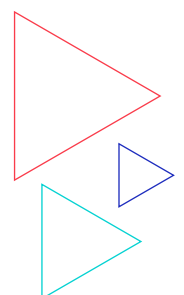
De no hacerse la anterior interpretación, además se estaría vulnerando el principio de igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución, ya que tendríamos adultos mayores que prestaron la misma cantidad de años de servicios para el sector público, amparados unos por el derecho de jubilación y otros no beneficiados por tal derecho, por la sola diferencia de que al momento de alcanzar la edad requerida para ello se encontrasen o no prestando servicio activo.

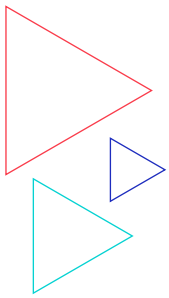
Así las cosas, en el caso de autos, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo debió interpretar la norma legal, contenida en el literal "a" del artículo 3 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, de manera tal que garantizara el derecho constitucional a la jubilación del recurrente, ya que al comprobar, como se desprende de la propia sentencia, que había prestado sus servicios por más de 25 años y que ya tiene una edad superior a los 60 años, (la fecha de nacimiento aparece en la cédula de identidad es 23-09-43, con lo cual ya habría cumplido los 70 años) ha debido ordenar a la Administración Pública (...), que tramitara lo conducente para hacerle efectivo su derecho a la jubilación, en consecuencia, debe ser declarada ha lugar la solicitud de revisión constitucional planteada ³⁸.

Reconocido como está en la Constitución el derecho a la jubilación del empleado público (artículo 147) y el derecho a la pensión (artículos 80 y 86), a juicio del autor, sería recomendable uniformar las condiciones de acceso a la jubilación a fin de hacer más equitativa la redistribución de los recursos, porque a la fecha coexisten diferentes regímenes y beneficios en el sector público. El Ejecutivo ha intentado sin éxito realizar dos censos nacionales (1997 y 2000) a través de la oficina central de personal de la Administración pública para saber con precisión cuántos son (creados por leyes, ordenanzas municipales, actos administrativos o convenciones colectivas) y conocer los beneficios que otorgan y la población cubierta, pero esto no se ha podido concretar.

La propia Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social indica en su disposición final primera que el Ministerio de Planificación y Finanzas ordenaría la realización de un censo integral de funcionarios, obreros, jubilados y pensionados de los órganos del gobierno, del Poder Judicial, Legislativo, de las demás ramas del poder público y órganos con rango constitucional a los que se les reconoce autonomía plena para crear sus propios regímenes de previsión social. Se trata en este último caso del Tribunal Supremo de Justicia, la Contraloría de la República, la Procuraduría General de la República, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Banco Central, el Consejo Nacional Electoral y las universidades. El censo persigue determinar la población que recibe pensiones y jubilaciones a través de las nóminas y con cargo a recursos

38 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 14-0264 (Sala Constitucional, 21 de octubre de 2014).





fiscales o presupuestarios, para llevar a cabo el control anual del gasto y limitar la inclusión de nuevos beneficiarios, lo que hasta el presente no ha ocurrido.

5.2.3 La adecuación de las pensiones

Como la Ley del Estatuto acuerda una jubilación que no debe exceder del 80 por ciento del sueldo base, se demandó la nulidad de las normas que determinan esta fórmula de cálculo con el propósito de obtener una mejor. La Sala, sin embargo, negó la acción, razonando así su fallo:

-
- La causa de la pensión de jubilación es evitar la degradación de la persona que ha cesado su desempeño profesional, permitiéndole al empleado jubilado mantener sus condiciones de vida y salvaguardar su realidad personal y social, mientras que la causa del sueldo es retribuir los servicios del trabajador activo, para que éste pueda beneficiarse económicamente de su actividad. En segundo lugar, la diferenciación de remuneraciones entre funcionarios activos y jubilados, tiene un origen fiscal, ya que los funcionarios activos se encuentran sujetos a todas las cargas tributarias y parafiscales vinculadas a la generación de riqueza (vía trabajo, comercio o ejercicio profesional), mientras que los funcionarios jubilados se encuentran exencionados de las mismas.

Por tanto, los artículos bajo examen no tienen por objeto desmejorar la condición económica de los empleados jubilados, respecto de los activos, sino compensar ambos ingresos, sobre la base de que los empleados activos tienen obligaciones tributarias que no se aplican a los jubilados.

Según lo expuesto, el tope máximo que establece la normativa impugnada no resulta caprichoso o arbitrario, ni busca establecer distinciones que pudieran afectar el acceso a los bienes y servicios a los que aspira un trabajador una vez que pasa a condición de jubilado, sino que procura nivelar su retribución económica una vez que empieza a gozar de las exenciones fiscales que se le aplican a quienes trabajan activamente ³⁹.

Como se ha señalado, existen regímenes de jubilación más favorables, programas que no cotizan al sistema general previsto en la Ley del Estatuto y a algunos de los cuales se les ha reconocido autonomía plena para conformar sus propios sistemas de protección, lo que la jurisprudencia inveterada del más alto tribunal de la República ha declarado como posible desde antes de la vigencia de la Constitución de 1999.

Otra decisión acordó una jubilación como parte de un daño material causado. El demandante exigió un pago ajustado por Unidades Tributarias, lo que fue así establecido, aunque por una cantidad menor, ajustada a la entidad real del daño. La pensión vitalicia mensual se justificó porque “el Estado Venezolano impidió su desarrollo laboral lo cual redundó en un grave deterioro de su proyecto de vida”, concluyendo que la “actuación irregular de la Administración de aquel entonces no permitió que el actor obtuviese oportunamente los beneficios de la seguridad social”. Pero ello no significa que

-
- la pensión vitalicia haya sido conforme al sistema de seguridad social. Por consiguiente, el valor de dicha pensión no tiene por qué ser igual o superior al salario mínimo urbano. Ello así, se colige que el otorgamiento de pensiones vitalicias a título indemnizatorio por actuaciones irregulares de la Administración no niega la posibilidad de que el beneficiario de tales prestaciones dinerarias obtenga, por ejemplo, una pensión de vejez, bien por algún Decreto dictado por el Ejecutivo Nacional, o bien producto de haber cumplido

³⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 10-0462 (Sala Constitucional, 16 de octubre de 2013).

con los requisitos de edad y pago de las cotizaciones correspondientes en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

Finalmente, considerando que la naturaleza de la pensión vitalicia otorgada por la sentencia cuya revisión se solicita no responde al derecho a la seguridad social, mal puede exigirse su equiparación a un monto igual o superior al salario mínimo urbano⁴⁰ (el subrayado me pertenece).

En la práctica, la tasa de reemplazo, ya sea de la pensión pagada por el seguro social, la no contributiva o la jubilación por antigüedad en el empleo público, no pasa del salario mínimo, fungiendo como mínimo y techo a la vez, dejando a salvo los regímenes más favorables. El monto de estas prestaciones es insuficiente, lo que anula la autonomía personal y debilita a la solidaridad como deber social, por lo que los beneficios actuales de la seguridad social no elevan la calidad de vida del adulto mayor o del jubilado de la Administración pública⁴¹.

5.2.4 La administración participativa

En materia de participación, el artículo 62 constitucional indica que todos tienen derecho a hacerlo libremente en los asuntos públicos, en forma directa o por medio de sus representantes. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública se considera como el medio necesario para lograr su protagonismo, siendo obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

En ocasión del nombramiento de un director de un centro asistencial regional del IVSS, su presidente solicitó la interpretación del artículo 84⁴² *in fine* acerca de la participación de la comunidad en el área de salud. Señaló el fallo que la comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones en las instituciones públicas de salud, entendiendo como comunidad organizada a las cooperativas, empresas comunitarias y todo ente corporativo o asociativo con forma de derecho público o privado y cuya labor se refiera al sector. Esta participación se ejercerá solo en los términos y las condiciones que disponga una norma legal, siendo solo vinculante cuando así lo disponga dicha norma⁴³.

Sobre el particular, la Recomendación de la OIT sobre la seguridad de los medios de vida, 1944 (núm. 67) establece que la administración del seguro social debería unificarse o coordinarse dentro de un sistema general de servicios de seguridad social. También que los cotizantes, por intermedio de sus organizaciones, deberían estar representados en los órganos que determinen o aconsejen la política administrativa y presenten proyectos legislativos o redacten reglamentos.

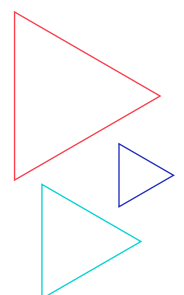
Reconociendo además que el Convenio núm. 102 fue ratificado por el país, los representantes de las personas protegidas deberían participar en la administración o estar asociados a ella (artículo 72). Ello contribuiría a la promoción del diálogo social y a evitar, entre sus muchas

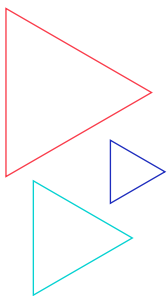
40 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 14-1020 (Sala Constitucional, 9 de diciembre de 2014).

41 Véanse las observaciones del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones relativas al nivel de beneficios en efectivo, conforme a los Convenios núms. 121, 128 y 130. OIT, *Observación (CEACR) - adoptada en 2020, publicada en la 109.ª reunión de la CIT (2021)*, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:4051451

42 El artículo 84 de la Constitución actual dispone: "Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud".

43 Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 00-1253 (Sala Constitucional, 28 de octubre de 2005).





bondades, el enfrentamiento entre los poderes públicos. Tal contienda condujo a la Sala Constitucional a declarar la nulidad de la Ley Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Policiales, sancionada por la Asamblea Nacional el 21 de febrero de 2017, debido al desacato en el que se encontraba el órgano legislativo. En efecto, todos sus actos serían declarados nulos mientras siguieran juramentados tres diputados opositores de Amazonas cuya elección había sido cautelarmente suspendida, luego de que se impugnaran los resultados por parte del partido de gobierno, determinando la nulidad de cualquier acto de este poder a partir del 28 de julio de 2016, además de no haber consultado la Asamblea la viabilidad económica de ese cuerpo legal ⁴⁴.

En esta misma circunstancia, el presidente de la República solicitó, de conformidad con el artículo 214 constitucional, el control previo de la norma suprema de la Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados, sancionada por la Asamblea Nacional el 30 de marzo de 2016, por cuanto imponía gastos no prescritos en la Ley de Presupuesto para el ejercicio económico financiero (artículo 314 de la Constitución). La ley establecía un bono de 67 Unidades Tributarias mensuales en efectivo o *tickets* de alimentación, regidos por la Ley del Cestaticket Socialista. La Asamblea Nacional –señaló la decisión– desconocía las competencias del rector de la Hacienda Pública –que es el Presidente de la Nación–, sin considerar el impacto del instrumento, en especial de su fuente de financiamiento, por lo que su entrada en vigencia quedaba supeditada a la existencia de recursos en Tesorería y se declaraba a la ley como *conceptualmente* constitucional, pero sometida a su viabilidad económica ⁴⁵.

Sobre este particular, podría considerarse, en opinión del autor, que el hecho de privar a la Asamblea Nacional de sus competencias, y en particular de las requeridas para el cumplimiento de sus tareas constitucionales, vetando sus actos, es contrario al Estado de derecho y al principio del equilibrio de poderes (Benda 1996).

6. Desafíos para la realización del derecho a la seguridad social y la justicia social

La preeminencia de los derechos humanos y el pluralismo político constituyen parte del valioso conjunto de valores contenidos en la Constitución de 1999, los que deben atar a la sociedad y al propio Estado para la realización de la justicia material. Para su efectiva realización, hay que entablar el diálogo social (Govea 2001; Lucena 2003; Chirinos y Villasmil 2010; Camejo 2017). La Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral de 1997 suponía la concreción del principio de participación, lo mismo ocurrió en el 2002 con la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, pero la intervención de los actores nunca se concretó. Igualmente el principio de colaboración y control entre los poderes desapareció con la elección unilateral del Superintendente y el Tesorero en el 2012, y con el apoderamiento del fondo de jubilaciones por parte de la Tesorería de Seguridad Social en el 2014. En ese mismo año, los jubilados de la empresa estatal de petróleo, PDVSA, denunciaban la liquidación de activos de su fondo de jubilaciones en el exterior y su uso para gastos corrientes de la empresa (*Crónica Uno* 2020).

Conforme al artículo 3 de la Constitución de 1999, el Estado tiene dentro de sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, por lo que el ciudadano debería disponer de una base de protección que lo libere de la extrema necesidad (Benda 1996, 525). Al respecto, en la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social de la OIT, se establece que todas las personas necesitadas deberían poder acceder a una atención de

⁴⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 17-0440 (Sala Constitucional, 1.º de junio de 2017).

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 16.0363 (Sala Costitucional, 14 de abril de 2016).

salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional (Parte II, párrafo 4).

Para entender el tamaño de este desafío, el piso de protección social comprende la atención a la maternidad; la seguridad básica del ingreso para los niños, equivalente a un mínimo definido en el plano nacional; la seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes. También la seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional y que les asegure una vida digna ⁴⁶.

Dicho esto, no se debe renunciar a proporcionar un grado mayor de seguridad de los ingresos y de protección de la salud, esto es, la dimensión vertical que la OIT enmarca en su estrategia bidimensional. Por un lado, la dimensión horizontal con el piso de protección y, por el otro, la dimensión vertical mediante mecanismos que proporcionen mayor grado de protección, teniendo en cuenta el Convenio núm. 102 y las normas más avanzadas en materia de seguridad social (OIT 2011).

Lo que queda claro es que el *piso* no se debería convertir en el *techo*, en un *derecho plano* como ocurre en Venezuela, donde las pensiones contributivas o no contributivas están homologadas al salario mínimo. Esta es una pretensión que corresponde a un *universalismo básico* que genera desincentivos e inequidad por la existencia de planes de jubilación en el sector público con tasas de sustitución más generosas.

Un sistema de seguridad social sostenible fomenta la estabilidad en todos sus órdenes y el crecimiento de la economía. Su administración implica combinar técnicas actuariales y de gobierno, basadas en los principios y en las normas de seguridad social de la OIT. Existen procedimientos de modelización cuantitativa adaptables a cada país y unos principios universales consensuados que parten de la “responsabilidad general y principal del Estado” para ponerlos en práctica en Venezuela ⁴⁷.

La cláusula del Estado social brinda una perspectiva metodológica que permite aproximarse a la meta (Benda 1996, 558). El vivir de la renta del petróleo ha empañado este mandato y el principio ordenador que debe llevarlo a la práctica. En alusión a esto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas instó a que el Estado venezolano:

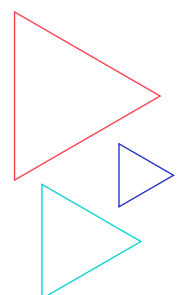
-
- a) Intensifique sus esfuerzos para asegurar que todas las personas estén cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto ⁴⁸; b) Adopte las medidas necesarias para que el monto de las prestaciones de la asistencia social permita a todas las personas y familias sufragar el costo real de la vida, entre otras cosas mediante el establecimiento de un sistema de indexación eficaz y transparente; c) Adopte las medidas necesarias para crear el sistema de seguridad social establecido por la Ley Orgánica del Sistema (Naciones Unidas 2015).
-

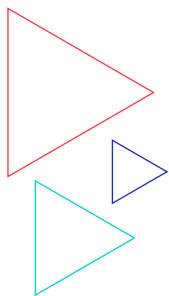
El enfoque basado en derechos humanos contenido en la Agenda para el Desarrollo 2030 de las Naciones Unidas supone, en toda su magnitud, priorizar el proceso participativo, la

⁴⁶ Véase parte II, cardinal 5 de la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202) de la OIT.

⁴⁷ A tal efecto, consúltese, por ejemplo, la sección 3 del apartado I de la Recomendación núm. 202 y las disposiciones comunes del Convenio núm. 102 (artículos 69 a 72).

⁴⁸ El artículo 2.2. del Pacto [Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.





transparencia y rendición de cuentas, integrando el enfoque de género como parte de las obligaciones asumidas para su realización (Corella 2020).

En concreto, el objetivo “Fin de la pobreza”, meta 1.1, establece que para 2030 deberá erradicarse para todas las personas y en todo el mundo la pobreza extrema. Por tanto, para alcanzar sus objetivos, el sistema de seguridad social debería incorporar en su diseño mecanismos efectivos para evitar que sus beneficiarios caigan en ella. Para eso, se deberían transferir más riquezas a los miembros más pobres, asegurar la suficiencia de ingresos, trazando para ello las fuentes de financiamiento y alentando a los trabajadores a permanecer en el sistema (Brown 2008).

7. Conclusiones

La Constitución de 1999 es heredera del primer ordenamiento hispanoamericano de 1811 y hace suyos valores republicanos que, para ser materializados, requieren que se garantice la igualdad ante la ley y la adopción de medidas positivas a favor de personas y grupos que puedan ser discriminados o marginados. Tales acciones se apoyarían en la solidaridad, que se convierte en valor, eje y principio constitucional, existiendo, como ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “una obligación solidaria por el bienestar social general”. Para alcanzarla, está la seguridad social, contemplada como un *servicio público no lucrativo*, cuyos recursos financieros no podrán ser destinados a otros fines y serán administrados bajo la rectoría del Estado. El artículo 86, a título enunciativo, menciona las antiguas y nuevas contingencias administradas por dicho sistema público, siendo el derecho a la seguridad social *superior al ordenamiento jurídico* según el artículo 2 de la Constitución. Esto produce como efecto que su aplicación sea preferente e inmediata.

Surge, sin embargo, una interpretación de la Sala Constitucional limitada a los convenios que hayan sido ratificados, prescindiendo además de los fallos, laudos, dictámenes, informes, opiniones o resoluciones provenientes de los organismos internacionales, los que no podrán ejecutarse penal o civilmente si son violatorios de la Constitución, por lo que la Sala declara su inejecutabilidad. Adicionalmente, cabe recordar que, en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y un tratado internacional, incluso ratificado, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Sala ha señalado que “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos (...) sobre los intereses particulares”⁴⁹. Precedente que, a juicio del autor, resulta muy discrecional, porque pueden adoptarse decisiones complacientes. Además, los derechos humanos son capaces de expresarse en cualquier instrumento validado por una entidad internacional, sin necesidad de ser un convenio o que, siéndolo, no esté ratificado, por lo que se deberá ejecutar su contenido de forma inmediata. En concreto, la seguridad social debería ser apreciada como un derecho supraconstitucional, reconocimiento que le viene otorgado por la propia carta magna y que supone la incorporación de todo su instrumental al derecho nacional.

De los convenios de la OIT actualizados sobre seguridad social, el país ha ratificado casi todos, los que, al ser desarrollados por los mandantes tripartitos de la organización, constituyen una referencia fundamental para la implementación de un sistema de protección social sostenible. Sin embargo, en la práctica, la dirección tripartita en los seguros sociales no existe, signo de un clima general de deterioro del diálogo social, según lo planteado también por los órganos de control de la OIT.

Con respecto al desarrollo de la seguridad en el derecho positivo, se destaca la inclusión de trabajadores a domicilio, temporeros, ocasionales, domésticos, independientes y de cooperativas

⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 11-1130 (Sala Constitucional, 17 de octubre de 2011).

en el campo de aplicación de la Ley del Seguro Social de 1967. Sin embargo, esta ha quedado sujeta a medidas y condiciones por parte del Poder Ejecutivo que han sido temporales y poco efectivas en el transcurso del tiempo. La Ley Orgánica de Seguridad Social de 1997 que le siguió no llegó a aplicarse y, después de varios diferimientos legales, se promulgó una nueva en el año 2002 y otra en el 2007, sin resultados concretos. El Ejecutivo tuvo después la oportunidad de legislar en materia de seguridad social por ley habilitante, una competencia que le puede ser atribuida temporal y extraordinariamente, ya que la llamada “reserva legal” es una garantía formal para que la Asamblea Nacional sea la que la desarrolle a través de una ley. En este sentido, por leyes habilitantes, se reformó parcialmente el marco normativo de la seguridad social en los años 2008, 2012 y 2014, modificaciones que, a juicio del autor, corresponden más a conveniencias burocráticas que a enmiendas integrales.

El Ejecutivo Nacional puso en marcha diversos programas de asistencia social conocidos como “misiones”, paralelos a la institucionalidad existente, desarrollados por actos sublegales y con diversas motivaciones políticas que les imprimen existencia temporal. Por eso, a la fecha, no existe un punto de encuentro entre las “misiones” y la seguridad social.

Otras reformas legislativas sobre salud y seguridad en el trabajo, servicios de empleo, servicios sociales, entre otras, exhiben algunos progresos de ejecución, pero requerirán integrar instituciones y fondos, extender la solidaridad y aunar los diferentes niveles de gobierno para su plena aplicación.

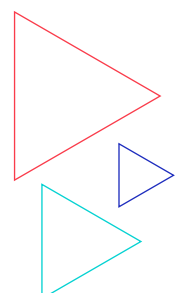
El artículo 80 constitucional es una norma que debería interpretarse como el derecho de todo adulto mayor a una pensión no inferior al salario mínimo, que deberá definirse si es contributiva o no. La universalidad de la cobertura podría lograrse mediante un régimen universal no contributivo o combinando el seguro social y el modo no contributivo, siempre garantizando un nivel mínimo de ingresos y un nivel adecuado de prestaciones, tal y como lo prevé la Recomendación núm. 202 de la OIT.

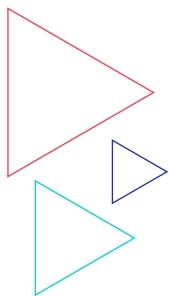
Como se mencionó anteriormente, el piso de protección social comprende un conjunto de prestaciones básicas e indispensables, equivalente a mínimos definidos en el plano nacional que aseguren una vida digna, procurando un grado mayor de ingresos y de protección de la salud y no convirtiendo al *piso* en el *techo*. Esto último es lo que ocurre en Venezuela, donde las pensiones contributivas o no contributivas están homologadas al salario mínimo, situación que corresponde a un *universalismo básico* que genera desincentivos para participar en los regímenes contributivos y también inequidad, dada la existencia de planes con tasas de sustitución más generosas.

La proyección debe hacerse a largo plazo, pero empezando desde hoy a construir servicios para una sociedad que envejece. Diversos factores, complejos todos, han afectado la construcción de ese modelaje en Venezuela, algunos de los cuales envuelven cuestiones cruciales en torno al diálogo social, lo que sugiere soluciones políticas concertadas, si realmente se quieren alcanzar los objetivos constitucionales aquí descritos.

8. Bibliografía

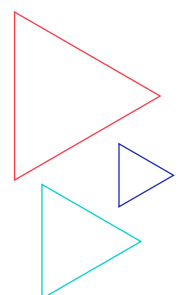
- Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (Gaceta Oficial N° 38.236, 26 de julio de 2005).
- . Ley de Servicios Sociales (Gaceta Oficial N° 38.270, 12 de septiembre de 2005).
- . Ley del Régimen Prestacional de Empleo (Gaceta Oficial N° 38.281, 27 de septiembre de 2005).
- . Ley para las Personas con Discapacidad (Gaceta Oficial N° 38.598, 5 de enero de 2007).





- Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (Gaceta Oficial N° 38.668, 23 de abril de 2007).
 - Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 39.483, 9 de agosto de 2010).
 - Ley de Protección Social al Trabajador y a la Trabajadora Cultural (Gaceta Oficial N° 40.491, 5 de septiembre de 2014).
- Benda, Ernesto. 1996. "El Estado social de derecho". En E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse y W. Heyde, comps., *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Bermúdez, Gabriela Mendizábal y Josué Mesraím Dávila Soto. 2021. "La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social desde las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso México". *Estudios Constitucionales* 19 (1): 205-235.
- Berriós Ortigoza, Juan Alberto. 2009. "Reseña 'Sentencia de la Sala Constitucional sobre la inejecutabilidad de la decisión de 5 de agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos'". *Cuestiones Jurídicas* III (1), enero-junio de 2009: 85-105.
- 2013. "El juez constitucional y la política en Venezuela". *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy. Memoria del XI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*. Caracas: UCAB-Konrad Adenauer Stiftung: 461-497.
- Brewer-Carías, Allan R. 2001. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- 2004. *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano I*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brown, Robert L. 2008. "Diseño de un régimen de pensiones de seguridad social". *Revista Internacional de Seguridad Social* 61 (1): 71-92.
- Camejo, Armando. 2017. "Concertación Social y Relaciones Laborales. Debate en la Sociedad del Siglo XXI". *Revista Científica Electrónica de Ciencias Humanas* 38 (13): 59-72.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). 2021. *Panorama Social de América Latina 2020*. Santiago: CEPAL.
- Chacín, Ronald. 2013. "Las teorías de la justicia y los derechos humanos: Referencias a Venezuela (Constitución de 1811 y Constitución vigente de 1999)". *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy. Memoria del XI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional I*. Caracas: UCAB-Konrad Adenauer Stiftung: 113-142.
- Chirinos, Lisbeth y Jorge Villasmil. 2010. "El diálogo social y la concertación como práctica política en la Venezuela contemporánea". *Revista de Ciencias Sociales* 16 (4).
- Cichon, Michael y Krzysztof Hagemeyer. 2007. "Cambios en el paradigma de las políticas de desarrollo: inversión en una seguridad social mínima para todos". *Revista Internacional de Seguridad Social* 60 (2-3): 189-219.
- CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales). 2013. *Pobreza y protección social universal*, Eduardo Chávez Molina et al. Buenos Aires: CLACSO.
- Combellas, Ricardo. 2001. *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: McGraw Hill.
- Congreso de la República de Venezuela. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud (Gaceta Oficial N° 33.745, 23 de junio de 1987).
- Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.199, 30 de diciembre de 1997).

- Corella, Ángeles Solanes. 2020. "La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos". *Derechos y Libertades* 43: 19-53.
- Crónica Uno*. 2020. "Trabajadores petroleros protestaron por segunda vez en julio y piden renuncia de Wills Rangel". 28 de julio de 2020. <https://cronica.uno/trabajadores-petroleros-protestaron-por-segunda-vez-en-julio-y-piden-renuncia-de-wills-rangel/>
- Federici, Silvia. 2013. *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Govea, María Bernardoni. 2001. "Relaciones de trabajo en Venezuela. ¿Avance o retroceso?". *Gaceta Laboral* 7 (3): 289-322.
- Lucena, Héctor. 2003. "Situación político-laboral en Venezuela: la estabilidad perdida". *Papers* 71: 99-130.
- Maihofer, Werner. 1996. "Principios de una democracia en libertad". En E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse y W. Heyde, comps., *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Méndez Cegarra, Absalón. 2001. "El derecho a la seguridad social en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela". *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura* VII (1), enero-julio de 2001: 145-169.
- Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo. 2016. *Memoria 2015*. Caracas.
- Musalem, Alberto y Maribel Ortiz. 2011. "Gobernanza y seguridad social: progresos en las directrices de la AISS para una buena gobernanza". *Revista Internacional de Seguridad Social* 64 (4): 11-41.
- Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. 2015. "Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- . Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. 2021. *Situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 47.º periodo de sesiones.
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). 2017. *Mejorando la inclusión social en América Latina. Desafíos clave y el rol de los sistemas de protección social*. Reunión Ministerial del Programa Regional para América Latina y el Caribe "Hacia Sistemas Inclusivos de Protección Social en América Latina y el Caribe". Asunción.
- OIT. 1998. *La reforma de pensiones en Venezuela: costos de transición. Análisis y recomendaciones*. Consultor Fabio Durán Valverde. Informe de consultoría elaborado para el Proyecto de Reforma de la Seguridad Social. Ministerio del Trabajo, OIT. Oficina de Área y Equipo Multidisciplinario para los Países Andinos.
- . 2008. *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Conferencia Internacional del Trabajo, nonagésima séptima reunión. Ginebra: OIT.
- . 2011. *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*. 100.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), Informe VI. Ginebra: OIT.
- . 2012. Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R202
- . 2018. "The ILO Multi-Pillar pension model: Building equitable and sustainable pension systems". <https://www.social-protection.org/gimi/RessourcePDF.action?id=55234>
- . 2021. *395º informe del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra: Consejo de Administración de la OIT, 342.ª reunión.





—.2021. *Observación (CEACR) - adoptada en 2020, publicada en la 109.ª reunión de la CIT (2021)*. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:4051451.

Presidencia de la República. 2014. Decreto 1.394 con rango y fuerza de Ley de Misiones, Grandes Misiones y Micro Misiones (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.154, 13 de noviembre de 2014).

—. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (Gaceta Oficial N° 5.891 Extraordinario, 31 de julio de 2008).

—. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Especial para la Dignificación de Trabajadoras y Trabajadores Residenciales (Gaceta Oficial N° 39.688, 6 de mayo de 2011).

—. Decreto N° 5.545 (Gaceta Oficial N° 38.757, 28 de agosto de 2007).

—. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES) (Gaceta Oficial N° 38.958, 23 de marzo de 2008).

—. Decreto N° 1.440 con rango, valor y fuerza de Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal (Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014).

—. Reglamento General de la Ley del Seguro Social (Decreto N° 8.922. Gaceta Oficial N° 39.912, 30 de abril de 2012).

PROVEA. 2018. *Derecho a la alimentación. Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*. Caracas: Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos.

Sansó, Hildegard Rondón de. 2000. *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución venezolana de 1999*. Caracas: XLibris.

Transparencia Venezuela. 2016. Observatorio de Misiones. "Bases de Misiones Sociales: Una estrategia electoral". Caracas.

Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 01-0072 (Sala Constitucional, 2 de agosto de 2001).

—. Expediente N° 01-1274 (Sala Constitucional, 24 de enero de 2002).

—. Expediente N° 01-0177 (Sala Constitucional, 17 de mayo de 2002).

—. Expediente N° 01-0415. (Sala Constitucional, 15 de julio de 2003).

—. Expediente N° 04-2847 (Sala Constitucional, 25 de enero de 2005).

—. Expediente N° 03-1100 (Sala Constitucional, 2 de marzo de 2005).

—. Expediente N° 00-1253 (Sala Constitucional, 28 de octubre de 2005).

—. Expediente N° 03-1644 (Sala Constitucional, 20 de enero de 2006).

—. Expediente N° 08-1572 (Sala Constitucional, 18 de diciembre de 2008).

—. Expediente N° 11-1130 (Sala Constitucional, 17 de octubre de 2011).

—. Expediente N° 11-1279 (Sala Constitucional, 28 de noviembre de 2011).

—. Expediente N°12-0243 (Sala Constitucional, 10 de julio de 2012).

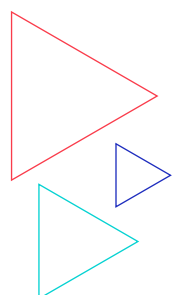
—. Expediente N° 11-1219 (Sala Constitucional, 22 de octubre de 2012).

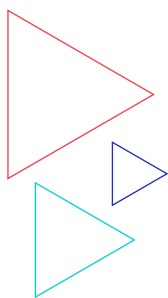
—. Expediente N° 10-0462 (Sala Constitucional, 16 de octubre de 2013).

—. Expediente N° 14-0264 (Sala Constitucional, 21 de octubre de 2014).

—. Expediente N° 14-1020 (Sala Constitucional, 9 de diciembre de 2014).

- . Expediente N° 15-0992 (Sala Constitucional, 10 de septiembre de 2015).
- . Expediente N° 15-1458 (Sala Constitucional, 30 de diciembre de 2015).
- . Expediente N° 16.0363 (Sala Costitucional, 14 de abril de 2016).
- . Expediente N° 16-0518 (Sala Constitucional, 15 de diciembre de 2016).
- . Expediente N° 17-0440 (Sala Constitucional, 1.º de junio de 2017).
- . Expediente N° 14-1227 (Sala Constitucional, 14 de agosto de 2017).



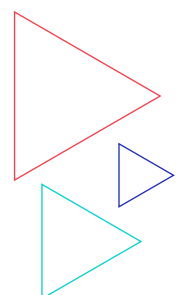


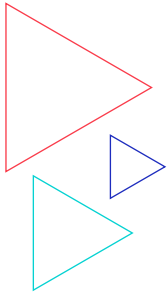
Anexo 1.

Recuento de disposiciones constitucionales relativas a la seguridad social

País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
Argentina	Reforma de la Constitución de la Nación Argentina de 1994	Art. 14 bis (...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.
Estado Plurinacional de Bolivia	Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009	Art. 45: I. Todas las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a acceder a la seguridad social. II. La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social. III. El régimen de seguridad social cubre atención por enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas; maternidad y paternidad; riesgos profesionales, laborales y riesgos por labores de campo; discapacidad y necesidades especiales; desempleo y pérdida de empleo; orfandad; invalidez y viudez, vejez y muerte; vivienda y asignaciones familiares y otras previsiones sociales. IV. El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo. V. Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los períodos prenatal y posnatal. VI. Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados".
Brasil	Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988	Art. 194. La seguridad social comprende un conjunto integrado de acciones iniciadas por el Poder Público y la sociedad, encaminadas a asegurar los derechos relacionados con la salud, la provisión social y la asistencia social. Párrafo único. Corresponde al Poder Público, en los términos de la ley, organizar la seguridad social, con base en los siguientes objetivos: I - universalidad de cobertura y servicio; II - uniformidad y equivalencia de prestaciones y servicios a la población urbana y rural; III - selectividad y distributividad en la provisión de beneficios y servicios; IV - irreductibilidad del valor de los beneficios; V - Equidad en la forma de participación en el financiamiento; VI - diversidad de la base de financiación, identificando, en partidas contables específicas para cada área, los ingresos y gastos vinculados a las acciones de salud, seguridad social y asistencia social, preservando el carácter contributivo de la seguridad social;

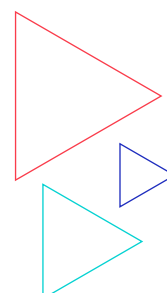
País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
		<p>VII - carácter democrático y descentralizado de la administración, a través de la gestión cuatripartita, con participación de los trabajadores, patrones, jubilados y el Gobierno en órganos colegiados.</p> <p>Art. 201. La Seguridad Social se organizará en forma de Régimen General de la Seguridad Social, de carácter contributivo y de afiliación obligatoria, observando criterios que preserven el equilibrio financiero y actuarial, y cumplirá, en los términos previstos en la ley, lo siguiente:</p> <p>I- cobertura de los eventos de incapacidad laboral temporal o permanente y edad avanzada;</p> <p>II - protección a la maternidad, especialmente a las mujeres embarazadas;</p> <p>III - protección a los trabajadores en situación de desempleo involuntario;</p> <p>IV - subsidio familiar y subsidio a los dependientes de los asegurados reclusos en establecimientos penitenciarios con bajos ingresos</p> <p>V - pensión por fallecimiento del asegurado, hombre o mujer, al cónyuge o pareja y a las personas a su cargo, observando lo dispuesto en el artículo 2.</p> <p>§ 1º Se prohíbe la adopción de requisitos o criterios diferenciados para la concesión de las prestaciones, salvo, en los términos de una ley complementaria, la posibilidad de prever la edad y el tiempo de cotización distintos de la regla general para la concesión de la jubilación exclusivamente a favor de los asegurados:</p> <p>I - con discapacidad, previamente sometido a una evaluación biopsicosocial realizada por un equipo multidisciplinario e interdisciplinario;</p> <p>II - cuyas actividades se realicen con exposición efectiva a agentes químicos, físicos y biológicos nocivos para la salud, o asociación de estos agentes, quedando prohibida la caracterización por categoría profesional u ocupación.</p> <p>§ 2º Ninguna prestación que sustituya el salario de cotización o la renta del trabajo del asegurado tendrá valor mensual inferior al salario mínimo.</p> <p>§ 3º Todos los salarios de cotización considerados para el cálculo del beneficio serán debidamente actualizados, de conformidad con la ley.</p> <p>§ 4º Se asegura el reajuste de las prestaciones para conservar permanentemente su valor real, según criterios definidos por la ley.</p> <p>§ 5º Está prohibida la afiliación al sistema general de seguridad social, como asegurado facultativo, de una persona que participa en un sistema específico de seguridad social.</p> <p>§ 6º El aguinaldo para jubilados y pensionados tendrá como base el monto de las ganancias del mes de diciembre de cada año.</p> <p>§ 7º La jubilación en el régimen general de seguridad social está asegurada, en los términos de la ley, sujeta a las siguientes condiciones:</p> <p>I - 65 (sesenta y cinco) años de edad, si es hombre, y 62 (sesenta y dos) años, si es mujer, observando el tiempo mínimo de cotización;</p> <p>II - 60 (sesenta) años de edad, si es hombre, y 55 (cincuenta y cinco) años de edad, si es mujer, para trabajadores rurales y para quienes ejercen sus actividades en régimen de economía familiar, incluidos los productores rurales, el garimpeiro y el pescador artesanal.</p>

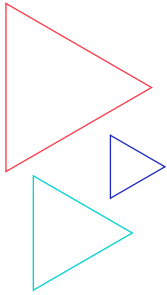




País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
		<p>§ 8° El requisito de edad a que se refiere el inciso I del § 7, será reducido en 5 (cinco) años, para el docente que acredite el tiempo de ejercicio efectivo de las funciones docentes en la educación infantil y en la enseñanza básica y media establecidas por la ley adicional .</p> <p>§ 9° A los efectos de la jubilación, se garantizará el cómputo recíproco del tiempo de cotización entre el Sistema General de Seguridad Social y los propios sistemas de seguridad social, y entre ellos, sujeto a compensación financiera, de acuerdo con los criterios establecidos por la ley.</p> <p>§ 9-A. El tiempo del servicio militar ejercido en las actividades de que tratan los arts. 42, 142 y 143 y el tiempo de cotización al Sistema General de Seguridad Social o a un sistema específico de seguridad social se computarán recíprocamente para efectos de la inactivación militar o retiro, y la compensación económica se deberá entre los ingresos de cotización referidos a las y los ingresos por cotizaciones a otros regímenes.</p> <p>§ 10. Una ley complementaria podrá regular la cobertura de las prestaciones no programadas, incluidas las derivadas de accidente de trabajo, a ser satisfechas concurrentemente por el Sistema General de Seguridad Social y por el sector privado.</p> <p>§ 11. Los ingresos habituales del trabajador, en cualquier título, serán incorporados al salario para efectos de contribución a la seguridad social y consecuente incidencia en las prestaciones, en los casos y en la forma de la ley.</p> <p>§ 12. La ley instituirá un régimen especial de inclusión previsional, con tarifas diferenciadas, para asistir a los trabajadores de bajos ingresos, incluidos los que se encuentran en situación informal, y los que no tienen ingresos propios y se dedican exclusivamente al trabajo doméstico dentro del ámbito de su residencia, siempre que pertenezcan a familias de escasos recursos.</p> <p>§ 13. La jubilación concedida al asegurado de que trata el § 12 tendrá el valor de 1 (un) salario mínimo.</p> <p>§ 14. Se prohíbe el cómputo del tiempo ficticio de cotización con el fin de otorgar prestaciones de seguridad social y el cómputo recíproco.</p> <p>§ 15. La ley complementaria establecerá prohibiciones, reglas y condiciones para la acumulación de las prestaciones de la seguridad social.</p> <p>§ 16. Los empleados de consorcios públicos, empresas públicas, empresas estatales y sus subsidiarias serán jubilados obligatoriamente, sujeto al cumplimiento del período mínimo de cotización, al alcanzar la edad máxima a que se refiere el inciso II del § 1 del art. 40, según establece la ley.</p>
Chile	Constitución Política de la República de Chile de 1980	<p>Art. 19 (No. 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.</p>
Colombia	Constitución Política de 1991	<p>Art. 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.</p>

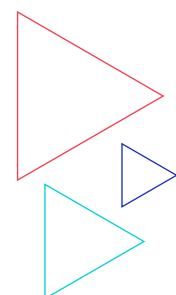
País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
		<p>El Estado, con la participación de los particulares, ampliara progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.</p> <p>La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.</p> <p>No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.</p> <p>La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.</p> <p>El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.</p> <p>Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho. (...)</p>
Costa Rica	Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949	<p>Art. 73.- Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.</p> <p>La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.</p> <p>No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.</p> <p>Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.</p> <p>Art. 74.- Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.</p>
Ecuador	Constitución de la Republica del Ecuador 2008	<p>Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.</p> <p>El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.</p> <p>Art. 333.- Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares.</p> <p>El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres</p>





País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
		<p>y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares. La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley.</p> <p>Art. 367.- El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.</p> <p>Art. 368.- El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.</p> <p>Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente. La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada.</p>
El Salvador	Constitución de la República de El Salvador de 1983	<p>Art. 45.- Los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y, en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinadas por la ley de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo. Quienes presten servicio de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, entidades sociales y demás equiparables, serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a éstos.</p> <p>Art. 50.- La seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma. Dicho servicio será prestado por una o varias instituciones, las que deberán guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos. Al pago de la seguridad social contribuirán los patronos, los trabajadores y el Estado en la forma y cuantía que determine la ley. El Estado y los patronos quedarán excluidos de las obligaciones que les imponen las leyes en favor de los trabajadores, en la medida en que sean cubiertas por el Seguro Social.</p>
Guatemala	Constitución Política de la República de Guatemala, 1985	Art. 94:- Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

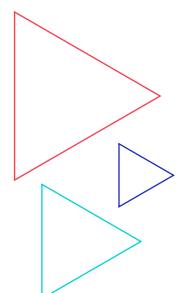
País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
		<p>Art. 100.- Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria.</p> <p>El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo.</p> <p>La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada.</p> <p>El Organismo Ejecutivo asignará anualmente en el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, una partida específica para cubrir la cuota que corresponde al Estado como tal y como empleador, la cual no podrá ser transferida ni cancelada durante el ejercicio fiscal y será fijada de conformidad con los estudios técnicos actuariales del Instituto.</p> <p>Contra las resoluciones que se dicten en esta materia, proceden los recursos administrativos y el de lo contencioso-administrativo de conformidad con la ley. Cuando se trate de prestaciones que deba otorgar el régimen, conocerán los tribunales de trabajo y previsión social.</p>
Honduras	Constitución de la República de Honduras, 1982	<p>Art. 142. Toda persona tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido.</p> <p>Los servicios de seguridad social serán prestados y administrados por el Instituto Hondureño de Seguridad Social que cubrirá los casos de enfermedad, maternidad, subsidio de familia, vejez, orfandad, paros forzosos, accidentes de trabajo, desocupación comprobada, enfermedades profesionales y todas las demás contingencias que afecten la capacidad de producir.</p> <p>El Estado creará instituciones de asistencia y previsión social que funcionarán unificadas en un sistema unitario estatal con la aportación de todos los interesados y el mismo Estado.</p> <p>Art. 143. El Estado, los empleadores y los trabajadores, estarán obligados a contribuir al financiamiento, mejoramiento y expansión del seguro social. El régimen de seguridad social se implantará en forma gradual y progresiva, tanto en lo referente a los riesgos cubiertos como a las zonas geográficas y a las categorías de trabajadores protegidos.</p> <p>Art. 144: Se considera de utilidad pública la ampliación del régimen de Seguridad Social a los trabajadores de la ciudad y del campo.</p>
México	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917	<p>Art. 123, B (...)</p> <p>XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte. b) En caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley. c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia

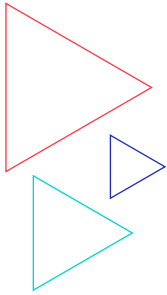




País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
		<p>tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.</p> <p>d) Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.</p> <p>e) Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares.</p> <p>f) Se proporcionarán a los trabajadores habitaciones baratas, en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados. Además, el Estado mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos en favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construirlas, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos adquiridos por estos conceptos. Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al organismo encargado de la seguridad social regulándose en su Ley y en las que corresponda, la forma y el procedimiento conforme a los cuales se administrará el citado fondo y se otorgarán y adjudicarán los créditos respectivos.</p>
Nicaragua	Constitución Política de la República de Nicaragua	<p>Art. 61. El Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo, en la forma y condiciones que determine la ley.</p> <p>Art. 82. Los trabajadores tienen derecho a condiciones de trabajo que les aseguren en especial: (...)</p> <p>7. Seguridad social para protección integral y medios de subsistencia en casos de invalidez, vejez, riesgos profesionales, enfermedad y maternidad; y a sus familiares en casos de muerte, en la forma y condiciones que determine la ley.</p> <p>Art. 105. Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transportes, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y derecho inalienable de la misma el acceso a ellos.</p> <p>Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas, serán reguladas por la ley en cada caso.</p> <p>Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad. Los trabajadores de la educación y la salud participarán en la elaboración, ejecución y seguimiento a los planes, programas y proyectos dirigidos al sector, y se regirán por las leyes correspondientes.</p> <p>Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno infantil. Se desarrollará el modelo de salud familiar y comunitaria. Los servicios estatales de la salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación.</p> <p>(...)</p>
Panamá	Constitución Política de la República de Panamá, 1972.	<p>Art. 113. Todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido. Los servicios de seguridad social serán prestados o administrados por entidades autónomas y cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, invalidez, subsidios de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo,</p>

País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
		<p>enfermedades profesionales y las demás contingencias que puedan ser objeto de previsión y seguridad sociales. La Ley proveerá la implantación de tales servicios a medida que las necesidades lo exijan.</p> <p>El Estado creará establecimientos de asistencia y previsión sociales. Son tareas fundamentales de éstos la rehabilitación económica y social de los sectores dependientes o carentes de recursos y la atención de los mentalmente incapaces, los enfermos crónicos, los inválidos indigentes y de los grupos que no hayan sido incorporados al sistema de seguridad social.</p> <p>Art. 114. El Estado podrá crear fondos complementarios con el aporte y participación de los trabajadores de las empresas públicas y privadas a fin de mejorar los servicios de seguridad social en materia de jubilaciones. La Ley reglamentará esta materia.</p>
Paraguay	Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1992.	<p>Art. 95 - De la seguridad social</p> <p>El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado.</p> <p>Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio.</p>
Perú	Constitución Política del Perú, 1993.	<p>Art. 10.- Derecho a la seguridad social</p> <p>El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.</p> <p>Art. 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones</p> <p>El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.</p> <p>La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.</p> <p>Art. 12.- Fondos de la seguridad social</p> <p>Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.</p>
República Dominicana	Constitución de la República Dominicana, 2010.	<p>Art. 57.- Protección de las personas de la tercera edad. La familia, la sociedad y el Estado concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.</p> <p>Art. 60.- Derecho a la seguridad social. Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez.</p>
Uruguay	Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967	<p>Artículo 67.- Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga</p>





País	Constitución actual	Principales disposiciones constitucionales sobre la seguridad social
		<p>permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales.</p> <p>Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central.</p> <p>Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la base de: A) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados, y B) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuera necesario.</p> <p>Art. 195.- Créase el Banco de Previsión Social, con carácter de Ente Autónomo, con el cometido de coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social, ajustándose dentro de las normas que establecerá la ley que deberá dictarse en el plazo de un año. Sus Directores no podrán ser candidatos a ningún cargo electivo hasta transcurrido un período de gobierno desde su cese, siendo de aplicación para el caso lo dispuesto por el artículo 201, inciso tercero.</p>
República Bolivariana de Venezuela	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	<p>Art. 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.</p> <p>Art. 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.</p> <p>Art. 88. El Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo. El Estado reconocerá el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley.</p>

