

REVISTA DOMINICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Dominican Journal of Constitutional Law

AÑO 3 | NÚMERO 1 | 2021

Presidente Tribunal Constitucional

Mag. Milton Ray Guevara

Consejo Editorial

Presidente

Mag. Víctor Joaquín Castellanos Pizano

Miembros

Mag. Lino Vásquez Sámuel

Mag. Justo Pedro Castellanos Khoury

Mag. Manuel Ulises Bonnelly Vega

Mag. María del Carmen Santana de Cabrera

Mag. Miguel Aníbal Valera Montero

Lic. Leonor Tejada Curiel

Secretaría

Brianda Trujillo

Asistente *ad hoc*

Mildren L. Abreú Hernández

Corrección de estilo

Eduardo Díaz Guerra

Diagramación

Yíssel Casado

Publicación

Editora Búho, S.R.L.

Impreso en Santo Domingo,

República Dominicana

ISSN: 2636-2325

Consejo Científico Internacional

Lucio Pegoraro

Universidad de Bolonia, Italia

Diego López Garrido

Universidad de Castilla – La Mancha, España

Néstor Pedro Sagüés

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Domingo García Belaúnde

Universidad de Lima, Perú

Marcos Francisco Massó Garrote

Universidad de Castilla – La Mancha, España

Gerardo Eto Cruz

Universidad Nacional de Trujillo, Perú

Carlos Libardo Bernal Pulido

Universidad Externado de Colombia, Colombia

María Emilia Casas Baamonde

Universidad Complutense de Madrid

Ana Virginia Calzada

Universidad Nacional de Costa Rica

Diego Valadés Ríos

Universidad Nacional Autónoma de México

María Victoria Calle

Universidad de Medellín, Colombia

Humberto Nogueira Alcalá

Universidad de Talca, Chile

Francisco Javier Díaz Revorio

Universidad Castilla-La Mancha, España

Marisol Peña Torres

Pontificia Universidad Católica de Chile

Consejo Académico Dominicano

Flavio Darío Espinal Jacobo

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Manuel Ramón Herrera Carbuccia

Universidad Central del Este

Napoleón Estévez Lavandier

Universidad Autónoma de Santo Domingo

Bernabel Moricete Fabian

Universidad Tecnológica del Cibao

Claudio Anibal Medrano

Universidad Católica Nordestana

Eduardo Jorge Prats

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Cristina Aguiar

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Juan Miguel Castillo Pantaleón

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

La *Revista Dominicana de Derecho Constitucional* se reserva todos los derechos de programación, impresión o reproducción (*copyright*) total o parcial del material que reciba. No se responsabiliza por el contenido y afirmaciones de los trabajos publicados. Tampoco es responsable por la pérdida del material enviado. Los trabajos deben ser remitidos a la siguiente dirección electrónica:

revistaderechoconstitucional@tc.gob.do



REVISTA DOMINICANA DE **DERECHO CONSTITUCIONAL**

Dominican Journal of Constitutional Law

Consejo Académico Dominicano

Aura Celeste Fernández Rodríguez

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Fabio Guzmán Ariza

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Frinette Padilla Jiménez

Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña

Cristóbal Rodríguez Gómez

Universidad Tecnológica de Santiago

Ylona de la Rocha

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Namphi Rodríguez

Universidad Autónoma de Santo Domingo

Nassef Perdomo

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

CONTENIDO

| | |
|--|-----|
| Biografías | 5 |
| Milton Ray Guevara | 15 |
| Palabras de bienvenida | |
| Víctor Joaquín Castellanos Pizano | 23 |
| Presentación | |
| Gina Magnolia Riaño Barón | 27 |
| Palabras de apertura | |
| CONFERENCIAS | |
| Domingo Antonio Gil | 33 |
| Constitucionalización de la Seguridad Social en República Dominicana | |
| José Rafael Pérez Modesto | 51 |
| La perspectiva del Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) de República Dominicana en la Constitucionalización de la Seguridad Social | |
| Martín Laclau | 61 |
| La constitucionalidad de la Seguridad Social en Argentina | |
| Antonio José Lizarazo Ocampo | 77 |
| La constitucionalización de la Seguridad Social en Colombia | |
| Fernando Castillo Víquez | 91 |
| La Seguridad Social como un derecho fundamental en Costa Rica | |
| Adriane Bramante de Castro Ladenthin | 123 |
| A constitucionalização da Seguridade Social no Brasil The Constitutionalization of Social Security in Brazil | |
| Nélsida Marmolejos | 139 |
| El rol constitucional de las instituciones del Sistema Dominicano de Seguridad Social en la preservación de los derechos de los afiliados en un estado social y democrático de derecho: perspectiva de la DIDA | |

| | |
|---|-----|
| Ramón E. Contreras Genao | 151 |
| La perspectiva de la superintendencia de pensiones de República Dominicana | |
| Martín Ernesto Bretón Sánchez | 169 |
| La experiencia de la constitucionalización de la Seguridad Social en Iberoamérica y República dominicana | |
| Pedro Luis Castellanos | 185 |
| Perspectiva de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales | |
| CONCLUSIONES | 209 |
| INFORMACIÓN Y DIRECTRICES PARA LOS AUTORES | 212 |



BIOGRAFÍAS

Milton Ray Guevara

Estudios: Doctor en Derecho Público, Mención Tres Bien, de la Universidad de Niza, Francia; Licenciado en Derecho, Summa Cum Laude, de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana; Diplomado de Estudios Superiores en Derecho Comparado, Mención Bien, Facultad Internacional de Derecho Comparado, Estrasburgo, Francia; Diplomado de Estudios Avanzados en Derecho Social, Universidad de La Sorbonne de París, Francia. Ejerció como: Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Francia y concurrente en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Bélgica, Comunidad Económica Europea y Yugoslavia; reconocido por el Gobierno de Francia con la Orden de la Legión de Honor, en el Grado de Oficial; Profesor Honorario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Presidente del Tribunal Constitucional dominicano. presidencia@tc.gob.do País: República Dominicana.

Víctor Joaquín Castellanos Pizano

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Niza, Francia. Magíster en Derecho Constitucional, concentración Jurisdicción Constitucional, con doble titulación, por la PUCMM y la Universidad de Castilla-La Mancha, España, para la cual actualmente prepara tesis doctoral en Derecho Constitucional. Realizó una especialidad en Derechos Humanos de la Universidad de Tesalónica, Grecia. Participó como miembro de la comisión de actualización del Código Civil dominicano. Fundó la firma Dr. Castellanos Pizano & Asociados. Concomitantemente, realizó una intensa labor como académico y catedrático a nivel de pregrado y posgrado, dirigiendo el departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM. Actualmente, se desempeña como juez del Tribunal Constitucional dominicano; de igual manera, ha sido sumamente operativo en la producción de artículos –de investigación científica y de opinión–, ensayos y obras, dentro de las cuales resaltan: *La responsabilidad civil extracontractual en caso de incendio*, *Instituciones de Derecho Civil* y otras.

Gina Magnolia Riaño Barón

Se ha desempeñado como Ministra de Trabajo y Seguridad Social de Colombia y Ministra de Salud encargada. Presidenta del Consejo Directivo del Instituto de Seguro Social, Directora General de la Caja Nacional de Previsión Social, Directora y Secretaria General

del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito (INTRA). Presidió en varias oportunidades la Delegación de Colombia ante la Conferencia Internacional de la OIT en Ginebra, Suiza. Participó activamente en la Conferencia Internacional del Trabajo en la que se aprobó el Convenio de Protección a la Maternidad 2000 (183). Ha participado como autora o coautora de diversas iniciativas legislativas en Colombia, como la ley que creó el Sistema General de Seguridad Social, la ley de protección a las madres comunitarias, la ley aprobatoria del Código Iberoamericano de Seguridad Social, la ley que crea el Fondo de Pensiones del Nivel Territorial y leyes de reforma al sistema de salud, pensiones, riegos laborales y protección social en general. Así como las leyes que modificaron el Código Sustantivo del Trabajo y el Código de Procedimiento Laboral y de Seguridad Social de Colombia. Desde el 1 de febrero de 2014 asumió como Secretaria General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, la primera mujer latinoamericana en ejercer este cargo para el que fue elegida por el Comité Permanente de este Organismo Internacional. En la actualidad lidera la estrategia de acompañamiento a las instituciones de seguridad social de la región para dar respuesta a la crisis sanitaria, económica y social generada por la COVID-19, sec.general@oiss.org

Domingo Antonio Gil

Estudios: Doctor en derecho social (mención tres honorable avec éloges spécial du jury), Universidad de Estrasburgo, Francia; especialidad en derecho judicial, Escuela Nacional de la Judicatura; Máster sobre la Protección de los Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares, España; Licenciado en Derecho (cum laude), Universidad Católica Madre y Maestro (UCMM); Máster en derecho constitucional (título dual) PUCMM y Universidad de Castilla –La Mancha. **Actividad profesional:** Fue Fiscalizador ante el Juzgado de Paz de Licey al Medio (1978); Profesor en PUCMM desde enero de 1983; Juez en la Corte de Trabajo de Santiago, (1992 -2018); Coordinador académico de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, PUCMM (1996 -2009); Facilitador de Derecho Constitucional en Escuela Nacional de la Judicatura (2003 y 2004). **Publicaciones:** “La responsabilidad Penal de las personas morales” (memoria para obtención de la licenciatura en derecho, UCMM, 1978); «La représentativité des organisations syndicales et la convention collective» (memoria para la obtención del DEA, Universidad de Estrasburgo, 1981); «Le régime de l’assurance garantie des créances salariales” (tesis para la obtención del doctorado en derecho social, Universidad de Estrasburgo, 1982); “La Constitución como norma” (ensayo), en Curso de Garantías constitucionales, Escuela Nacional de la Judicatura, 2000; “El proceso laboral a la luz del debido proceso” (libro). Ha escrito, además, numerosos ensayos sobre derecho del trabajo, derecho de la seguridad social, teoría del derecho y derecho constitucional. En el año 2014 fue reconocido por la Universidad Iberoamericana (UNIBE) como el Profesor del año en derecho constitucional. En enero de 2017 recibió la “Orden al Mérito del Poder Judicial”, otorgado por el Consejo del Poder judicial.

José Rafael Pérez Modesto

Licenciado en Administración de empresas por la Universidad Mundial Dominicana, posgrado en Mercadeo por la Universidad INTEC, posgrado en Mercadeo Farmacéutico por el Grupo PROMECO en Barcelona, España. Diplomado en Relaciones Públicas en Barna-Eada de Barcelona, España. Diplomado en Análisis del Discurso Político de la Universidad Autónoma de México-APEC-Funglode. Diplomado en los Procesos Psicomunicacionales de la Asociación Médica Dominicana, hoy Colegio Médico Dominicano. En su trayectoria profesional desempeñó cargos como: Secretario de Estado sin Cartera (2008), subsecretario Administrativo de la Presidencia (2004-2008), director Administrativo de la Secretaría Administrativa de la Presidencia. Por decreto del Poder Ejecutivo y elección de terna sometida al Congreso Nacional, fue designado gerente general del Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) de la República Dominicana el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), desempeñando dicho cargo hasta el diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020). Es miembro colaborador de la Academia Dominicana de la Historia y por decreto del Poder Ejecutivo integrante de la Comisión Nacional de Efemérides de Patrias. De igual forma, fue nombrado mediante decreto del Poder Ejecutivo como coordinador del Centenario del Natalicio del Profesor Juan Bosch y eventos internacionales representativos de América, África y el Caribe. Es autor de renombradas obras históricas, tales como *Vivencias de un Guerrillero*; *Manolo y las guerrillas constitucionalistas de 1963*; *Análisis histórico del período 1961-1966*. Asimismo, ha realizado otras publicaciones relacionadas con temas de mercadeo farmacéutico y político, rpmodest@hotmail.com

Martín Laclau

Abogado y filósofo egresado de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Ex catedrático de Filosofía del Derecho en las universidades de Buenos Aires y Belgramo. En 2011, fue designado profesor emérito de la Universidad del Salvador. Ex Juez de la Cámara Federal de la Seguridad Social desde el año 1989 hasta marzo del 2020. Actualmente, se desempeña como profesor titular de Filosofía del Derecho en la facultad de Filosofía, Historia y Letras de la Universidad del Salvador, desde 2003. Miembro del Centro de Estudios Filosóficos de la Academia Nacional de Ciencias; de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Fundó y dirige el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social del derecho* (Publicado todos los años desde 1981 a la actualidad). Ha escrito múltiples obras, entre estas, podemos mencionar las siguientes: *Conducta, norma y valor. Ideas para una nueva comprensión del derecho* (1999); *Sendas del pensamiento jurídico en el siglo XX* (2020); *Soberanía y Estado de Derecho* (2014) y *Horizontes de la filosofía* (2017), laclau@fibertel.com.ar

Antonio José Lizarazo Ocampo

El magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, actual Vicepresidente de la Corte Constitucional, es abogado egresado de la Universidad Libre, especialista y magíster en Derecho Administrativo, con más de 15 años de experiencia en el ejercicio de la profesión como litigante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y como asesor y consultor en materias propias del derecho administrativo y electoral. Entre 2007 y 2012 participó como consultor del Proyecto de Fortalecimiento Democrático, Fases I y II, de PNUD e IDEA Internacional, y a partir de 2011 como asesor del Gobierno Nacional en diversos proyectos de reforma política y electoral. Así mismo, se ha desempeñado en el servicio público como Miembro del Consejo Nacional Electoral durante el período 2002 – 2006, del cual fue su presidente; como Viceministro de Educación Nacional y como Gobernador del Departamento Norte de Santander, entre otros cargos del nivel directivo de la administración pública en los niveles nacional y territorial. Se ha desempeñado igualmente como Magistrado Auxiliar y como Conjuez de las Secciones Primera y Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En la docencia se ha desempeñado como profesor de pregrado en Derecho Administrativo y de posgrado en Derecho Electoral y, así mismo, como conferencista en diversos eventos de carácter nacional e internacional, antoniojl@corteconstitucional.gov.co

Fernando Castillo Víquez

Licenciado en Derecho y Notario Público por la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Fue asesor del Directorio y presidentes de la Asamblea Legislativa (1986-1990). Asesor del jefe de fracción del Partido Liberación Nacional (1990-1993). Asesor-Coordinador del Área Jurídica de la Primera Vicepresidencia. Asesor del ministro de la Presidencia (1996-1998). Procurador constitucional de la República (1999-2009). Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2009 a la fecha) Presidente de este órgano fundamental del Estado (2018 a la fecha). Es profesor en la Escuela Libre de Derecho. Profesor en las maestrías de la Universidad Estatal a Distancia y la Universidad de Costa Rica. Es coautor de seis obras. Autor de varios libros, entre ellos: Elementos económicos en la Constitución Política y La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisdicción Constitucionales y sus Vicisitudes. Ha publicado decenas de artículos en revistas especializadas en Derecho Público, fcastilloviquez@gmail.com

Adriane Bramante de Castro Ladenthin

Licenciada en Derecho de la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo (1993), Brasil. Graduada en prácticas por la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo (1994), magíster y doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Coordinadora

y profesora de estudios de posgrado en la Facultad Atame Brasília y Goiânia. Profesora de posgrados en Derecho de la Seguridad Social en la red LFG; PUC-PR; La Escola Paulista de Direito - EPD; CERS, EBRADI, Damásio Educacional, ESMAFE-PR, IMED-POA, Faculdade Baiana, Faculdade Ari de Sá, IDS Latin America, entre otras instituciones del país. Autora de los libros: “Jubilación por edad”, 2ª edición “; y “Retiro especial. Teoría y práctica”, 5ª edición. Editora Juruá. Coautora del libro “Desaposentação. Teoría y práctica, 2ª edición”. Editora Juruá. Miembro del Comité Editorial de la Revista de Direito Previdenciário de Editora Lex Magister. Es socia fundadora de Adriane Bramante Advogados Associados. Actualmente, es presidenta del Instituto Brasileño de Seguridad Social (IBDP) y vicepresidenta de la Comisión de Derecho de la Seguridad Social de la OAB / SP, gestión 2019/2021, adribramante@gmail.com

Nélsida Marmolejos

Es graduada en Ciencias Políticas, de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), con especialidad en Administración Pública. Posee amplios conocimientos sobre Derecho Laboral y Seguridad Social, Gerencia Social y Mediación de Conflictos. Desempeñó diferentes posiciones en su larga trayectoria de dirigente social entre las que destacan: varias posiciones en el movimiento sindical, llegando a presidir dos de las más importantes centrales sindicales lo que la convirtió en la primera mujer en ocupar esas posiciones no sólo en su país, sino también internacionalmente. Participó en los principales movimientos reivindicativos por los derechos económicos, sociales y democráticos de la población, especialmente de los trabajadores, la mujer y los niños. Participó en importantes y trascendentes acuerdos sobre la base del Diálogo y la Concertación social que han redundado en beneficio de la población, especialmente de la salarizada, contribuyendo a fortalecer la gobernabilidad democrática del país. Fue legisladora en dos períodos consecutivos a finales de la década de los ochenta y en el primer cuatrienio de los noventa, teniendo una destacada participación en la elaboración y defensa de leyes como el Código de Trabajo, el Código del Menor, la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Ley de prevención del VIH_ SIDA, entre otras. Presidió la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados donde además fungió como Asesora. Fue directora de la Casa Nacional del Diálogo, creada a raíz de la celebración del Diálogo Nacional en los años 97 y 98 con los auspicios del gobierno de la época y de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Ha escrito artículos, trabajos especializados y folletos sobre diferentes temáticas del acontecer nacional, educadora social impartiendo por años cursos, charlas y conferencias tanto en el país como en el exterior, de temas de su especialidad. Directora de la Dirección General de Información y Defensa de los Afiliados a la Seguridad Social (DIDA), desde el mes de enero del año 2002 hasta septiembre 2020. Pasada presidenta para América Latina del Consejo Internacional del Bienestar Social (CIBS). Presidenta fundadora de la ASFL Grupo Desarrollo y Democracia (GDD), nelsidaam@hotmail.com

Ramón E. Contreras Genao

Licenciado en Economía de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Realizó estudios en la Universidad de Nueva York sobre International Program for Insurance and Pensions Supervisors, así como seminarios auspiciados por la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, Panamá y Costa Rica. Ha participado en diversos foros nacionales e internacionales sobre temas técnicos del área del mercado asegurador y fondos de pensiones, auspiciados por instituciones como La Suiza de Reaseguros, Asociación de Supervisores de Seguros de América Latina. Desde el año 1987 hasta el 2004 ocupó importantes posiciones dentro del mercado asegurador de la República Dominicana, pasando por la Compañía Nacional de Seguros, Ros & Asociados y Contreras & Asociados. Fue presidente de la Asociación de Ajustadores y Tasadores de Seguros de la República Dominicana. Se desempeñó como Administrador General de la Inmobiliaria Reservas del 2004 al 2006. Desde el año 2012 hasta septiembre del 2014, se desempeñó como Intendente de Seguros de la República Dominicana. Actualmente es Superintendente de Pensiones desde el año 2014, info@sipen.gov.do

Martín Ernesto Bretón Sánchez

Licenciado en Derecho, *magna cum laude*, en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra en 1991. Maestría en Administración de Empresa y posgrado en Procedimiento Civil en la misma universidad. Es magíster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social en la Universidad Acalá de Henares y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Salamanca. Diplomado en Gestión de Administración de los Sistemas de Seguridad Social. Diplomado en Resolución Alternativa de Disputa. Fue asistente del Ministerio de Trabajo en el proceso de aprobación del Código de Trabajo. Ha sido Vice-ministro de Trabajo, en virtud de lo cual fue representante gubernamental ante la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales, miembro del Consejo Nacional de Salud y presidente del Comité Nacional de Honorarios Profesionales. Ha impartido docencia en UNIBE, UASD y PUCMM, en esta última es titular de las cátedras de Derecho del Trabajo y Negociación Colectiva. Igualmente ha participado en diversos cursos de formación en España, Italia, México, Costa Rica y Uruguay. El licenciado Bretón es presidente de la Asociación Dominicana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y es miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Actualmente, es asesor del Consejo Nacional de la Empresa Privada (CONEP). De igual manera, se desempeña como decano de los profesores de Derecho del Trabajo con más de 26 años de docencia ininterrumpida, mabresa@claro.net.do.

Pedro Luis Castellanos

Médico egresado de la Universidad Central de Venezuela, magíster en Salud Pública y Especialidad en Epidemiología por la misma universidad. Especialista en Alta Gerencia Pública en George Masson University. Estudios en Gestión Social en el Banco Iberoamericano de Desarrollo/Organización Panamericana de la Salud. Estudios en Pensamiento y Ciencias de la Complejidad por el Instituto Global de Alto Estudios Sociales en la República Dominicana. Catedrático e investigador de carrera por concurso en Salud Pública y Medicina Social de pregrado y posgrado en la Universidad Central de Venezuela. Funcionario de carrera por concurso de la Organización Mundial y Panamericana de la Salud. Se desempeñó como director de la Dirección General de Programas Especial de la Presidencia (DIGEPEP) de la República Dominicana. Superintendente de Salud y Riesgos Laborales en el Sistema Dominicano de Seguridad Social, p.castellanos@sisalril.gob.do

CONFERENCIAS
III SEMINARIO IBEROAMERICANO
“CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL”

PALABRAS DE BIENVENIDA

III SEMINARIO IBEROAMERICANO

“CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL”

Milton Ray Guevara

Amigas y amigos todos:

Les ofrezco la más calurosa y fraternal bienvenida a este III Seminario Iberoamericano de Constitucionalización de la Seguridad Social, auspiciado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y el Tribunal Constitucional, con la colaboración de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL).

La pertinencia de este evento, en ocasión del 65 aniversario de la creación de la OISS, se pone de relevancia por la actualidad y vigencia del tema a tratar y por la extraordinaria competencia de los ponentes, que incluyen relevantes presidentes, magistrados y funcionarios de cortes constitucionales, consejos de seguridad social, institutos de derecho previsional, entidades de defensa de los afiliados, superintendencias de pensiones, salud y riesgos laborales y la Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo. Una mención especial para la distinguida, consagrada y entusiasta secretaria general de la OISS, Dra. Gina Magnolia Riaño Barón, quien ha sido la artífice de este evento, con la valiosa colaboración de su excelencia don Olivo Andrés Rodríguez Huertas, embajador de la República Dominicana ante el Reino de España.

I. SEGURIDAD SOCIAL: PILAR CLAVE DE LA DEMOCRACIA

Las puertas del nuevo mundo se abrieron de par en par para toda la humanidad, desde Santo Domingo, Primada de América, y justamente el «Libertador de las Américas», Simón Bolívar utilizó por primera vez la expresión «seguridad social» en el célebre Congreso de Angostura de 1819, identificándola como uno de los pilares del buen gobierno, al señalar: *«El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política»*¹.

En ese sentido, la seguridad social no solo es pieza angular de toda buena gobernanza, sino que constituye un importante indicador de calidad de la democracia. La democracia no solo es un régimen político; es, además, un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

En efecto, la seguridad social implica que el Estado proporcione a los individuos y sus familias la debida protección para asegurar su acceso a la asistencia médica; al igual que garantizarles condiciones básicas de estabilidad y auxilio ante eventualidades o situaciones de vulnerabilidad propias de la vida social como el desempleo, la enfermedad, la invalidez o discapacidad, los accidentes de trabajo, la maternidad, la viudez o la vejez.

II. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El concepto y alcance de la seguridad social como figura jurídica ha sufrido grandes evoluciones desde la época en la que fue concebida en Alemania por el «canciller de hierro», Otto von Bismarck, mediante la Ley de Seguro de Enfermedad de 1883. La seguridad social fue eje fundamental de la Constitución federal de México de 1917 (Art. 123 letra A), así como de la

¹ Bolívar (Simón), «Discurso de Angostura». Discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura en fecha 15 de febrero 1819. Biblioteca Virtual Universal. Disponible en línea, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/1230.pdf> (Consulta 12 mayo 2019)

Constitución española de 1931 (Art. 46), ambos importantes paradigmas del constitucionalismo social de Iberoamérica.

El proceso de constitucionalización de la seguridad social no solo implicó su ascenso a los textos constitucionales después de pervivir durante muchos años en las legislaciones de las principales naciones del mundo occidental, sino que también se transformó en una preocupación internacional, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, la seguridad social fue un factor de importancia en la Declaración de Filadelfia de 1944, documento que recoge la actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Posteriormente, aparece reconocida como derecho humano en el artículo 22² de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), así como también en el artículo 45 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), ambas suscritas en el año 1948; en la parte I, numeral 12 de la Carta Social Europea de 1961; y en el artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; instrumentos del derecho internacional con incidencia en nuestros países iberoamericanos.

En el caso dominicano, los seguros sociales aparecen en la reforma constitucional de 1942, al señalar en su artículo 6.2 que *«la ley podrá, según lo requiera el interés general, establecer la jornada máxima de trabajo, los días de descanso (...) los seguros sociales...»*.

La constitucionalización de la seguridad social se configuró como un principio rector de la política pública del Estado dominicano en esa materia, al indicarse en el artículo 8.15 de la Constitución de 1955 que, *«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»* Esta conquista, así como las reconocidas en la Ley No. 1896 de 1948³, fueron exponencialmente ampliadas y reforzadas en la reforma constitucional de 1963. El caso de la República Dominicana será abordado,

² Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

³ Esta ley estableció el seguro social obligatorio, facultativo y de familia para cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte.

en plenitud de detalles, por el juslaboralista magistrado Domingo Gil, del Tribunal Constitucional.

Es oportuno, igualmente, señalar que mediante la Ley No. 87-01 del 2001, el sistema de la seguridad social dio un importante giro, ya que la misma parte de una visión integral del derecho a la seguridad social que abarca lo concerniente a la protección de la población contra los riesgos de vejez, discapacidad, cesantía por edad avanzada, sobrevivencia, enfermedad, maternidad, infancia y riesgos laborales, al tiempo que se encuentra estructurado sobre un conjunto de principios que procuran efectivizar este derecho en sus diferentes manifestaciones.

Esta ley necesita ser adecuada a los cambios sociales y la experiencia que se ha acumulado, pero respetando escrupulosamente el instrumento del diálogo tripartito (gobierno, empleadores y trabajadores), que excluye la imposición y privilegiar intereses para la formulación de los elementos de la reforma, proceso que es propio de la naturaleza de la integración de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo centenario celebramos este año.

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EJE ESENCIAL DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La reforma de 2010 significó el avance más importante de la seguridad social a nivel constitucional al reconocerla como derecho fundamental (Art. 60) garantizando el “desarrollo progresivo” y el “acceso universal” al sistema de seguridad social dominicano, obligando a dar cobertura de protección ante enfermedad, discapacidad, desocupación y vejez, aunque al tratarse de un tema de reserva de ley no impide que el legislador ordinario decida ampliar el espectro de cobertura del modelo imperante. Igualmente, dicha reforma reconoció a la seguridad social como derecho básico de los trabajadores (Art. 62.3) y de las personas de la tercera edad (Art. 57).

Como he señalado, “la creación del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional responsable de proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales, consolidó el proceso de constitucionalización de la seguridad

social. La “constitucionalización”, entendida en palabras del jurista italiano Riccardo Guastini⁴ como *un proceso de transformación del ordenamiento jurídico por medio del cual este resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales*. En efecto, en este proceso juega un rol estelar la justicia constitucional. A juicio del eminente profesor francés Louis Joseph Favoreau⁵, el proceso de constitucionalización tendría dos (2) polos: el eje esencial, que es la Constitución, y el eje regulador, que es la justicia constitucional.”

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha constituido un valioso aporte para la consolidación de la constitucionalización de la seguridad social.

IV. RELEVANCIA DEL PRESENTE SEMINARIO. DOBLE PERSPECTIVA DEL FENÓMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

El fenómeno de la constitucionalización, como se advierte, irradia también sus efectos sobre el régimen de la seguridad social, produciendo relevantes transformaciones en la calidad de la gestión institucional en ese campo, aunque también genera desafíos. Este es el objeto de reflexión de este interesante seminario. Se procura visualizar, en una doble perspectiva, este fenómeno: por un lado, la visión de los operadores del sistema dominicano de la seguridad social, y por el otro, una visión del funcionamiento del fenómeno en otros países de Iberoamérica como Argentina, Colombia, Ecuador, Brasil y Costa Rica.

En este interesante espacio de reflexión contaremos con la participación de distintos expositores que reflejan las distintas perspectivas del fenómeno: la perspectiva de la judicatura y la de la administración del sector. En ese sentido, tendremos la ilustre participación de los magistrados Fernando Castillo Víquez, presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema

⁴ GUASTINI (Riccardo). *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: caso italiano*; Ed. Trotta; Madrid, España; 2009, p. 34.

⁵ FAVOREAU (Louis). (1996). *La Constitucionalización del Derecho*; Revista Las Misceláneas; Ed. Económica, Madrid, España. 1996, p. 25.

de Justicia de Costa Rica; Antonio José Lizarazo Ocampo, juez de la Corte Constitucional de Colombia; Martín Laclau, magistrado de la Cámara Federal de la Seguridad Social de Argentina y Domingo Antonio Gil, juez de nuestro Tribunal Constitucional.

Asimismo, representando al sector de la administración de los seguros sociales, contaremos como expositores con doña Adriane Bramante Castro Ladenthin, presidenta del Instituto Brasileño de Derecho Previsional; José Rafael Pérez Modesto, Gerente General del Consejo Nacional de la Seguridad Social (CNSS); Nélsida Marmolejos, Directora General de la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados a la Seguridad Social (DIDA); Pedro Luis Castellanos, Superintendente de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL); Ramón Contreras Genao, Superintendente de Pensiones; Henry Sahdalá Dumit, Tesorero de la Seguridad Social y finalmente, el eminente juslaboralista dominicano, el Dr. Rafael Albuquerque de Castro, exvicepresidente de la República.

VI. RECONOCIMIENTO A LA ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL (OISS)

Como ya señalé, este evento es coauspiciado por una de las instituciones de mayor prestigio e importancia en el ámbito de la seguridad y protección social en Iberoamérica: la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Este organismo, de carácter técnico y especializado, tiene por finalidad promover el bienestar económico y social de nuestros países mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en este campo, mediante la formación de recursos humanos necesarios para el desarrollo de la protección social, así como la celebración de eventos en la región, que fomenten el debate, estudio, investigación y divulgación de la Seguridad Social.

Con motivo de la conmemoración de los 65 años de fundación de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), procederemos en esta mañana a la entrega de una merecida placa conmemorativa en manos de doña Gina Magnolia Riaño Barón, secretaria general de dicha organización.

VII. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: VÍA PARA LA FELICIDAD CONSTITUCIONAL

Finalmente, es propicia la ocasión para recordar las sabias palabras del ilustre libertador Simón Bolívar, en el 200 aniversario del célebre Congreso de Angostura, en 1819, pronunciadas en su discurso ante los asambleístas allí presentes, a quienes recordó *“el agosto deber de consagrarnos a la felicidad de la República; en vuestras manos está la balanza de nuestros destinos y la medida de nuestra gloria como Nación...”*.

La constitucionalización o el desarrollo constitucional de la seguridad social, a nuestro entender, es un elemento esencial de una dimensión social que atempera los efectos nocivos de la globalización de la economía. En la medida en que seamos conscientes de la importancia del fenómeno de la constitucionalización en el ámbito de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad humana, contribuiremos a forjar una cultura constitucional que garantice el bienestar social y la felicidad de todos los pueblos, y en particular de la República Dominicana, no importa cuál sea el rol que nos corresponda en esta noble misión, desde simples ciudadanos comprometidos con hacer viviente la Constitución, hasta los funcionarios administrativos o judiciales del Estado, obligados a cumplir y hacerla efectiva en la gestión pública.

Hoy más que nunca, es preciso recordar las palabras del más ilustre de los dominicanos, Juan Pablo Duarte, cuando nos exhortaba a trabajar *“por y para la patria, que es trabajar para nuestros hijos y para nosotros mismos”*. Sigamos fortaleciendo este proceso de constitucionalización de la seguridad social, porque solo así contribuiremos a garantizar la felicidad de todos, alcanzando, de ese modo, el más noble de los propósitos que procura toda Constitución: ser un genuino instrumento para alcanzar la “Felicidad Constitucional”.

Formulo votos por el éxito de este evento, agradezco la cooperación de todos, y a los distinguidos visitantes que nos honran con su presencia, que tengan una placentera y feliz estadía, acompañada del cariño proverbial del pueblo dominicano.

Muchas gracias.

PRESENTACIÓN

El Tribunal Constitucional y su *Revista dominicana de derecho constitucional* tienen el honor de entregar a la comunidad jurídica nacional e internacional este número especial que incluye, exclusivamente, los trabajos presentados en el «III Seminario Iberoamericano sobre Constitucionalización de la Seguridad Social», celebrado en el marco de los 65 años de creación de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Este seminario tuvo como propósito ponderar y debatir «el fenómeno de la constitucionalización de la protección social, sus efectos, el impacto en las políticas sociales y su evolución y desafíos», y fue realizado en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, los días 13 y 14 de mayo de 2019.

Este relevante acontecimiento, concebido para magistrados, jueces y funcionarios judiciales, así como para los responsables de la seguridad social en Iberoamérica, también fue dirigido a investigadores y docentes de esta disciplina jurídica, al igual que a los servidores públicos encargados del diseño, implementación y ejecución de las políticas públicas en el ámbito de la seguridad social. La III edición de este seminario contó con la participación de prestigiosos académicos, magistrados y responsables de la seguridad social en Iberoamérica, convocados por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana y la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS). El primero, en su rol de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, según prescribe la Carta Sustantiva dominicana; la segunda, «en su condición de organismo internacional de carácter técnico y especializado, al cual incumbe la promoción del bienestar económico y social de los países iberoamericanos mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus mutuas experiencias en seguridad social, así como en el ámbito de la protección social en general».

Tal como expresan ambos promotores del evento, la seguridad social constituye un derecho fundamental cuyo desarrollo y vigencia incumbe a los Estados, destacando, al efecto, la condición de esa disciplina como premisa indispensable del bienestar colectivo y el desarrollo social. En este sentido, enfatizan como razones justificativas del Seminario la creciente tendencia del fenómeno de la judicialización y sus efectos con relación a la ciudadanía y las instituciones, en vista de que «los sistemas de seguridad social proporcionan ingresos básicos en caso de desempleo, enfermedad y accidente laboral, vejez y jubilación, invalidez, viudedad, orfandad y determinadas responsabilidades familiares como el embarazo y el cuidado de los hijos».

Las palabras de apertura del «III Seminario Iberoamericano sobre Constitucionalización de la Seguridad Social» estuvieron a cargo de la Dra. Gina Magnolia Riaño Barón, secretaria general de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y del Dr. Milton Ray Guevara, presidente del Tribunal Constitucional dominicano. Asimismo, de los Dres. Winston Antonio Santos Ureña y Olivo Andrés Rodríguez Huertas, en sus respectivas calidades de ministro de Trabajo y embajador de nuestro país ante el Reino de España, en ese entonces.

Por el significativo aporte y calidad de las ponencias, el Tribunal Constitucional dominicano entrega esta publicación, cuyo orden de presentación figura en el programa desarrollado durante los días del seminario como sigue: «La Constitucionalización de la Seguridad Social en la República Dominicana», por el Dr. Domingo Antonio Gil, magistrado del Tribunal Constitucional dominicano; «La perspectiva del Consejo Nacional de la Seguridad social (CNSS)», por el Dr. José Rafael Pérez Modesto, gerente general del Consejo Nacional de la Seguridad Social (CNSS); «La Constitucionalización de la Seguridad Social en Argentina», por el Dr. Martín Laclau, magistrado de la Cámara Federal de la Seguridad Social de Argentina; «La constitucionalización de la Seguridad Social en Colombia», por el Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo, magistrado de la Corte Constitucional de Colombia; «La constitucionalización de la Seguridad Social en Costa Rica», por el Dr. Fernando Castillo Víquez, presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, y «La Constitucionalización de la Seguridad

Social en Brasil», por la Dra. Adriane Bramante Castro Ladenthin, presidenta del Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP).

Siguiendo con el orden de presentación, figuran a continuación las siguientes conferencias: «La perspectiva de la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados a la Seguridad Social (DIDA)», por la Dra. Nélsida Marmolejos, titular de la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados a la Seguridad Social (DIDA); «La perspectiva de la Superintendencia de Pensiones de República Dominicana», por el Dr. Ramón E. Contreras Genao, titular de la Superintendencia de Pensiones; «La experiencia de la Constitucionalización de la Seguridad Social en Iberoamérica», por el Dr. Martín Bretón, presidente de la Asociación Dominicana de Derechos del Trabajo y la Seguridad Social; y «La perspectiva de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales de la República Dominicana», por el Dr. Pedro Luis Castellanos, titular de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL).

El Tribunal Constitucional se siente honrado al dedicar un número especial de la *Revista dominicana de derecho constitucional* a las importantes conferencias del «III Seminario Iberoamericano sobre Constitucionalización de la Seguridad Social». Seguimos, así, siendo fieles respecto al compromiso social y el deber constitucional de contribuir al bienestar colectivo, divulgando en todo el mundo la relevancia de derechos que, como el de la seguridad social, resultan esenciales para el desarrollo de las personas en los Estados democráticos de derecho.

Mag. Víctor Joaquín Castellanos Pizano
Presidente Consejo Directores de la
Revista dominicana de derecho constitucional

PALABRAS DE APERTURA

Gina Magnolia Riaño Barón

Los orígenes de la iniciativa de realizar el Seminario Iberoamericano sobre la Constitucionalización de la Seguridad Social surgen del mismo proceso de constitucionalización de la seguridad social que se ha venido presentando en los países de la región, con mayor intensidad en unos que otros y con las características propias de las dinámicas internas, planteando la gran importancia de este fenómeno para lograr la garantía real de los derechos sociales por parte del Estado mediante sistemas de seguridad social más efectivos y eficaces.

El primer seminario se llevó a cabo en colaboración con la Procuraduría General de la Nación de Colombia, los días 11 y 12 de mayo de 2015, en Cartagena de Indias (Colombia), en el que se plasmó la evidencia de profundizar en el estudio de las circunstancias causantes de este fenómeno; la segunda edición se desarrolló conjuntamente con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, los días 23 y 24 de octubre de 2017.

Consecuencia de las primeras ediciones del seminario, se elevaron dos declaraciones Iberoamericanas donde se encarga a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), la tarea continuar con la promoción de esta temática, junto con la elaboración de las líneas metodológicas para sistematizar las principales jurisprudencias en la materia como sentencias de unificación jurisprudencial o que crean precedente para facilitar

su conocimiento y socialización entre los gestores del ámbito de la protección social de la región. Actualmente contamos con dos publicaciones: *La Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas y Líneas Jurisprudenciales de la Constitucionalización de la Seguridad Social en Iberoamérica*.

Los países que conforman la comunidad iberoamericana de países se han venido posicionando como potencias emergentes dentro del mapa mundial, entre otras cosas, a causa de las acciones que se adelantan en procura de la reducción de la pobreza y la reducción de las brechas de desigualdad. Esto ha sido posible gracias a los avances en asistencia social y protección de derechos fundamentales; sin embargo, América Latina continúa siendo la región más desigual del mundo, por lo que se hace necesario vigorizar nuestros esfuerzos en procura de lograr un crecimiento sustentable y un desarrollo sostenible.

El desarrollo de la economía y la infraestructura de nuestros países por lo general ha venido acompañado de condiciones laborales precarias, con una amplia informalidad, el subempleo. Las nuevas tecnologías y la ausencia de un trabajo decente han derivado en una carencia en la protección económica y deficiencia en los aportes y ahorros para consolidar la seguridad social con cobertura universal y de calidad.

Las políticas públicas eficaces, la buena gestión de los Estados, el ahorro durante la vida productiva de los ciudadanos y la acción de los tribunales judiciales en procura de proteger a la población de riesgos como el empobrecimiento, la vejez y la invalidez o la muerte, conforman parte de los cimientos esenciales para el desarrollo sostenible de nuestras sociedades.

Sin embargo, las disyuntivas económicas y las debilidades institucionales o administrativas son causantes de la postergación de los servicios que componen la seguridad social, que a su vez son causa de la carencia de cumplimiento del cuidado y protección de los principios, valores y el amparo de los derechos fundamentales, siendo generadores de inequidad e injusticia. Las carencias económicas y las debilidades en la gestión son problemas de difícil solución.

Esto nos pone frente a un aparente conflicto en el que, por una parte, se antepone el logro de los medios económicos para la garantía de los servicios que debe ofrecer la seguridad social, y por otra, comprende que solamente si los países conciben a la seguridad social como derecho para todos, solo de esta manera se podrán desarrollar sus mecanismos y los servicios que la componen.

En este sentido, el Estado, mediante la implementación de sus políticas públicas tiene la obligación de garantizar la protección de estos derechos sociales, evitando su vulneración a través de mecanismos administrativos o judiciales. La seguridad social es un servicio público, que ya sea de manera directa o bajo la responsabilidad y supervisión del Estado, constituye en un derecho que es exigible a los poderes públicos, sin importar quién sea el titular de su gestión.

Es así como la premisa de la constitucionalización de la seguridad social se constituye en un pilar esencial, que justifica la existencia del Estado. El papel de los ciudadanos en las sociedades actuales y la democracia constitucional presupone tener como centro de todo la dignidad; así lo refleja la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Las constituciones modernas con las que cuenta la mayoría de los países iberoamericanos se caracterizan por contener un destacado desarrollo de los derechos sociales y de seguridad social, y aquellas que no han logrado este desarrollo, alcanzan su protección mediante la acción de los jueces encargados de la tutela.

En este sentido, es oportuno destacar la relevancia que tiene en las constituciones iberoamericanas la actuación del Ministerio Público -en muchos países denominado Procuraduría General- en la defensa de los derechos que ampara la Seguridad Social, con los que se vigila el cumplimiento de la Constitución y la protección de los derechos humanos, procurando la efectividad de los mismos, interviniendo en los procesos ante las autoridades administrativas o judiciales en defensa de los derechos y las garantías fundamentales.

Los textos constitucionales reconocen a los individuos acciones como la de tutela o el amparo constitucional, que se presentan como el mecanismo para exigir la protección del derecho vulnerado, mediante procedimientos sumarios y preferentes o con un procedimiento específico ante el propio tribunal, como está contemplado en la constitución española, al que es posible acceder cuando no se puede acudir a la jurisdicción ordinaria.

El ejercicio de las acciones y mecanismos brindados por las constituciones ante los tribunales judiciales son la máxima defensa y garantía de los derechos de la seguridad social, dotando a los individuos de instrumentos para su protección ante cualquier amenaza, especialmente a los grupos más vulnerables.

La búsqueda de soluciones es un deber que nos compete a todos, principalmente a los Estados, generando acciones concretas para los problemas puntuales en las deficiencias de la gestión y administración de los servicios. La carencia de medios económicos de ninguna manera puede ser una excusa para el respeto de los derechos fundamentales que son la base del Estado social de derecho.

Cuando se trata de la «constitucionalización de los derechos de Seguridad Social» surge el problema de la delimitación de dos conceptos: de una parte, qué configura lo que denominamos «Seguridad Social» y, a su vez, sobre si en relación con esta materia existen verdaderos derechos personales, que hayan de ser amparados por las normas básicas del ordenamiento jurídico de los Estados que conforman la Comunidad iberoamericana.

En cuanto a la inclusión de los mecanismos de Seguridad Social dentro de las normas fundamentales de los sistemas se trata de la «constitucionalización de los derechos de Seguridad Social» surge el problema de la delimitación de dos conceptos: de una parte, qué configura lo que denominamos «Seguridad Social» y, a su vez, sobre si en relación con esta materia existen verdaderos derechos personales que hayan de ser amparados por la normas básicas del ordenamiento jurídico de los Estados que conforman la Comunidad iberoamericana.

Respecto de la Seguridad Social, y siguiendo las orientaciones de la OIT, se puede delimitar como el nivel de protección que una sociedad proporciona a los individuos y a los hogares, para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular, en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de la familia.

La configuración de los derechos de Seguridad Social como un derecho humano, que afectan a la dignidad de las personas, en cuanto se relacionan con su salud, las posibilidades de vida digna o su desarrollo (personal, familiar y social) ha llevado a que, con mayor o menor detalle, se fueran recogiendo en las normas supremas de los diferentes Estados (las constituciones), incluso respecto de la que se observa una tendencia positiva o ampliatoria, ya que si bien esa incorporación constitucional de la regulación de la seguridad social venía siendo «leve» y con escasa garantía -también constitucional- respecto a las exigencias de las personas destinatarias de tales derechos (diferenciando estas a la legislación ordinaria), en las constituciones que podríamos denominar de «segunda generación», la presencia de la Seguridad Social en los textos constitucionales se ha visto reforzada, tanto en cuanto a los destinatarios de los derechos de aquella (se hace referencia a todos los ciudadanos), a la enumeración de las prestaciones y servicios (frente a una mención «in genere» de los derechos de Seguridad Social, estas nuevas Constituciones relacionan y detallan esos beneficios, llegando incluso a establecer algunos de los requisitos que condicionan el acceso a las prestaciones) o se incorporan, también de forma expresa en las Constituciones, algunas de las acciones y recursos de que disponen los ciudadanos para exigir el reconocimiento de los derechos sociales, cuando consideren que los mismos no han sido respetados por las Administraciones o instituciones competentes.

Las pasadas ediciones de este seminario han dejado de presente la realidad del proceso de constitucionalización de la seguridad social en los países iberoamericanos, exaltando el papel activo de los tribunales judiciales en el reconocimiento de estos derechos, lo que confirma la necesidad de continuar en este mismo camino, con la generación de espacios de diálogo e intercambio entre los gestores de la seguridad social, los legisladores y los

jueces de los países, constituyéndose en valiosos aportes a la consecución de los Objetivos de la Agenda 2030.

Para terminar, y respecto de «constitucionalización» de los derechos de la Seguridad Social en los países iberoamericanos, la Secretaría General de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS) elaboró y publicó, en 2001, un estudio en el que se recogía, por cada uno de los países, la forma y el detalle en que se concretaban esos mismos derechos en la norma constitucional de cada uno de ellos.

El tiempo transcurrido desde entonces, las modificaciones habidas en los sistemas de seguridad social, la apreciación de nuevas iniciativas internacionales en materia de seguridad social o los cambios introducidos en las diferentes constituciones recomendaban la actualización de ese estudio, para adecuar sus contenidos a la realidad jurídica y social actuales. A tal finalidad responde este nuevo estudio sobre las Líneas Jurisprudenciales de la Constitucionalización de la Seguridad Social en Iberoamérica y La Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas. Los encontrarán junto a los demás textos que están incluidos en el pendrive que ha sido entregado al ingreso, así como la puesta en marcha, para el segundo semestre de este año, del curso sobre Buena Administración y Seguridad Social.

¡Gracias!

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN REPÚBLICA DOMINICANA

Domingo Gil

INTRODUCCIÓN

Con la Constitución estadounidense de 1787 y la francesa de 1791, se produjo el advenimiento de una nueva era en el derecho constitucional, pues estas normas supremas no solo reglamentaron la estructura política del Estado sino que, al mismo tiempo, incluyeron, como parte de su contenido, la materia relativa a los derechos humanos como prerrogativas inherentes a las personas¹. Vistos así, los derechos humanos –«uno de los más grandes inventos de nuestra civilización», como ha dicho Nino²–, comenzaron a funcionar como reales mecanismos de protección de los particulares frente al omnímodo poder del Estado. A partir de esa concepción, la Constitución se convierte en una norma jurídica, lo que significa que ella se ubica dentro del

¹ Domingo Gil, «La Constitución como norma», en *Curso de garantías constitucionales*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, República Dominicana, 2000, p. 39.

² Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, segunda edición, primera reimpresión, editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 1. Nino aclara, con pertinencia, respecto de lo dicho: «... la circunstancia de que los derechos humanos consistan en instrumentos creados por el hombre no es incompatible con su trascendencia para la vida social. Esta importancia de los derechos humanos está dada, como es evidente, por el hecho de que ellos constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza la vida humana» (*ibid.*).

sistema de fuentes y sirve, por ende, para dar solución a las controversias jurídicas³. Se entiende, por tanto, que la Constitución, además de ser norma para el legislador, lo es para las personas, pudiendo ser tomada como regla material para la solución judicial o administrativa de conflictos, sin necesidad de acudir a la norma adjetiva si, como ocurre a veces, ella da solución por sí sola a la litis planteada, si fuere el caso. Aunque Francia se quedó rezagada en la aplicación práctica de esta concepción⁴, en Estados Unidos, la naturaleza normativa de la Constitución se impuso desde muy temprano, pues «... desde tiempo próximo a la entrada en vigencia de la Constitución (1803), los tribunales norteamericanos se reconocieron el derecho a controlar la constitucionalidad de los actos del gobierno, dentro de los parámetros determinados por la ley fundamental, y desde entonces es una norma jurídica de aplicación inmediata»⁵. Esto es lo que explica que «Los sistemas de fuentes están hoy prevalentemente condicionados y gobernados por la Constitución, que afecta su estructura no solo si la comparamos con el Estado decimonónico, sino también en las familias y formas de Estado no occidentales y/o no liberal-democráticos (con fuertes bases consuetudinarias, jurisdiccionales/doctrinales, teocráticas...»⁶.

³ Esas controversias jurídicas no son solo propias del derecho público, pues ya interesan los conflictos entre particulares, pues los derechos fundamentales son reclamados mediante acciones dirigidas contra el Estado contra los particulares. *Cfr.*: caso Lüth, dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán el 15 de enero de 1958, en el que dicho tribunal aplicó por primera vez este criterio, aunque, en ese entonces, de manera limitada.

⁴ En Francia, ese retraso se debió –sostiene García de Enterría- a la influencia de Maurice Duverger en los programas de estudio de las facultades de derecho (*vid.* Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, editorial Civitas, reimpresión de la tercera edición, Madrid, 1994, p. 27. No obstante, un significativo cambio se dio en ese país a partir de la reforma constitucional de 1978 y a la obra de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*, que se expresó –según Louis Favoreu- en la «juridización» del derecho constitucional, pues «... ya no estamos ante un catálogo de recetas políticas de carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el Derecho. Estamos ante el “Derecho de la Constitución”, una Constitución cuyos artículos reciben interpretación y aplicación por parte del juez constitucional...» (Louis Favoreu, «L’apport du Conseil Constitutionnel au Droit Public», en Eduardo García de Enterría, *ibid.*, p. 31).

⁵ Juan Manuel Pellerano Gómez, «La Constitución como norma jurídica», *Revista de Ciencias Jurídicas*, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, No. 9, enero-febrero de 1992, Santiago, p. 4.

⁶ Lucio Pegoraro, «Constitucionalización del derecho y cultura constitucional», en la *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, número 1, diciembre de 2018, p. 29.

Así concebida, la Ley Fundamental está llamada a impregnar con su contenido normativo todo el ordenamiento jurídico del Estado-nación, lo que conduce a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, es decir, a la sumisión a la Constitución de todo lo jurídicamente regulado, permeado en su totalidad por el contenido normativo de esta. Ello no solo significa que la validez de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional está condicionada a la conformidad de este a la Norma Fundacional del Estado, sino que, por igual, toda la normativa de carácter adjetivo opera como si se tratase de una aplicación práctica, concreta o específica de la Constitución. Exagerando un poco los términos, es como si la normativa infraconstitucional funcionase respecto de la Ley Fundamental como lo hace el reglamento frente a la ley general que concretiza, especificando los detalles de su aplicación.

Entendida de este modo, podría decirse que la constitucionalización del derecho es un fenómeno relativamente reciente, sobre todo en aquellos ordenamientos jurídicos que vivieron de espaldas a la Constitución, considerada como una norma de aplicación directa en las relaciones sociales cotidianas. Sin embargo, ello no es así si la concebimos como fuente que irradia todas las ramas del derecho, conforme a lo dicho al inicio.

Si se parte de esta premisa, asumiéndola como buena y válida, hay que llegar a la conclusión de que en el caso específico del tema que nos convoca, *la constitucionalización de la seguridad social*, este no es un fenómeno jurídico reciente, como piensan algunos. Nace, en realidad, con la Constitución mexicana de Querétaro, el 5 de febrero de 1917, hace ya un siglo, aunque ello nos parezca inverosímil. Ciertamente, este documento político-jurídico fue la primera norma constitucional que creó una especie de responsabilidad objetiva a cargo de los empresarios, en caso de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales de sus trabajadores, aunque refirió a la ley adjetiva la regulación de la responsabilidad así creada. De esta manera, los revolucionarios mexicanos llevaron a la Constitución la protección social que los alemanes solo hicieron dos años más tarde, en la Constitución de Weimar, de 1919, pese a que fueron ellos los primeros en regular la seguridad social (como sistema de protección contra ciertas contingencias) mediante tres leyes que protegían

a los trabajadores asalariados contra riesgos sociales específicos: la primera, de 1883, sobre el seguro de enfermedad; la segunda, de 1884, sobre los accidentes de trabajo; y la última, de 1889, sobre invalidez y vejez; leyes mediante las cuales se destronó la concepción liberal del Estado por la intervencionista, aun fuese de manera temporal, ante el temor, entre otras causas, que provocó en el gobierno del canciller Bismarck el empuje del socialismo en la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX⁷.

En la República Dominicana, en cambio, la seguridad social entró de la mano de la norma adjetiva en 1932, con la Ley 352, sobre accidentes de trabajo, y no fue sino en la Constitución de 1955 cuando fue reconocida como derecho fundamental. Es preciso aclarar, no obstante, que la Constitución de 1942 incluyó los seguros sociales como parte de la libertad de trabajo, en una clara confusión que se mantuvo en las siguientes reformas constitucionales, pues no se entendió, en ese entonces, que el seguro social opera como un régimen de la seguridad social y que, por tanto, nada tiene que ver, de manera directa, con la libertad de trabajo.

En una exposición breve, como la presente, lo más importante, desde la óptica del tema planteado es hacer, en primer término, un recuento sucinto del proceso histórico de la constitucionalización de la seguridad social en la República Dominicana (I), para luego, en una segunda parte, abordar el significado práctico de este fenómeno jurídico en nuestro país (II).

⁷ *Vid.* Jean-Jacques Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, décima primera edición, Dalloz, París, 1988, pp. 39 y 40. Dupeyroux sostiene que el nacimiento del seguro social (que se produjo en Alemania) se debió a causas de orden *económico* (debido al paso del estado agrario al estado industrial, que se precipitó en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX), *ideológico* (en el siglo XIX Alemania era el hogar de un pensamiento socialista vivo y muy diverso), *político* (ante el empuje socialista, que llevó doce diputados al parlamento alemán, Bismarck emprendió una tradicional política de represión, pero, al mismo tiempo, de reformas sociales destinadas a detener la influencias de los socialistas) y *jurídico* (esta reforma se dio bajo la influencia de algunos precedentes de la legislación de Prusia, donde ya habían adoptadas algunas medidas relativas al seguro obligatorio).

I.- EL PROCESO HISTÓRICO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

El fenómeno jurídico de la constitucionalización de la seguridad social se evidencia de dos maneras en nuestros textos constitucionales: la expresa (A) y la implícita (B).

A.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EXPRESA

Hasta la reforma constitucional de 1^o de diciembre de 1955, ninguna constitución dominicana se había ocupado de la seguridad social. Fue esta la primera reforma que incluyó, de manera expresa, ese término en el cuerpo constitucional, aunque fue la Constitución de 1942 la primera en referirse a los seguros sociales, ya que había dispuesto que la ley podría, según lo requiriera el interés general, establecer los seguros sociales, lo que se verificaría unos años más tarde. Hasta ese año, pues, no fue sino la norma adjetiva que reguló, de manera muy parcial, la protección de los riesgos sociales. La protección de los riesgos o contingencias sociales no tenía, por consiguiente, rango constitucional y, por ende, dicha protección no se consideraba como un derecho inherente a las personas.

La primera ley general en la materia fue, como se ha dicho, la 352, del 17 de julio de 1932, sobre accidentes de trabajo; norma que fue rápidamente sustituida por la Ley 385, del 11 de noviembre de ese mismo año, sobre esa misma materia.

Esta norma fue seguida, unos quince años después, por la Ley 1376⁸, del 17 de marzo de 1947, la cual creó el seguro social obligatorio en el país, a fin de cubrir, en favor de los trabajadores asalariados del sector privado, los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. Esta ley fue

⁸ Esta y otras leyes de la época, como la 637, de 1944, sobre el contrato de trabajo, obedecieron a una “apertura democrática” de carácter demagógico de la tiranía trujillista para “lavar” la cara del régimen y como respuesta política (lo que recuerda la jugada política de Bismark, en Alemania, a partir de 1883) al pujante movimiento obrero, impulsado de manera principal en el este del país por el histórico dirigente sindical Mauricio Báez, quien fue secuestrado y desaparecido, en 1950, en Cuba, donde estaba exiliado (huyendo de la persecución de la tiranía), hechos que fueron atribuidos al tirano dominicano Rafael L. Trujillo.

sustituida por la 1896, del 30 de diciembre de 1948, con el mismo campo de aplicación.

Estas dos leyes sobre seguridad social (a las que se sumaron otras, de carácter sectorial, en cuanto a los trabajadores del sector público y los mismos trabajadores del sector privado, aunque regulados por ramas de actividad económica⁹) fueron aplicadas hasta la puesta en vigor de la Ley 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social, del 16 de mayo de 1981. Esta norma, a diferencia de las anteriores leyes generales sobre regímenes de seguridad social, entra en vigor, como puede apreciarse con facilidad, cuando ya la Constitución de la República había elevado a la categoría de derecho fundamental la protección de los riesgos y contingencias sociales.

Aunque los seguros sociales fueron integrados como parte de los “derechos relativos a la libertad de trabajo” en la reforma constitucional de 1942, como se ha dicho, fue la reforma del 1º de diciembre de 1955 la primera en hacer referencia expresa a la seguridad social. El artículo 8 de esa Constitución, comprendido en el capítulo II, relativo a los derechos humanos, dispone en su parte capital: *«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...»*; finalidad que se garantiza –según ese texto– mediante un conjunto de prerrogativas, es decir, de derechos humanos (conforme al título del capítulo) que incluye los seguros sociales, como parte de los derechos concernientes a los derechos de los trabajadores, consagrados por el acápite 3 del referido artículo. Luego, en el

⁹ Una de las características dominantes de la seguridad social en República Dominicana ha sido la «fragmentación» de la protección, tanto en cuanto a la población protegida como a los riesgos cubiertos, lo que quiere decir que no ha existido en el país un régimen de protección general básico común a toda la población. La proliferación de normas y de regímenes ha sido tal que, por ejemplo, los trabajadores del sector público han sido divididos, para esos fines, entre civiles, militares, policías y muchos otros (dependiendo del poder estatal o del órgano al que presten sus labores), regidos por normas distintas para riesgos distintos, aun dentro de un mismo sector. El mejor ejemplo de esto último es el de los «servidores civiles» del Estado, para quienes rigen leyes diferentes en los casos de jubilación por vejez o incapacidad y de salud, pese a que nada impide que ambos riesgos sociales puedan ser tratados por una ley que unifique la protección para estos y otros riesgos de este sector de la población.

acápites 15 de ese mismo artículo, se dispone que «*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*». Los acápites 16, 17 y 18 estaban referidos a la asistencia social en beneficio de los ancianos y los pobres y al compromiso del Estado por el mejoramiento de los asuntos relativos a la alimentación, la vivienda, los servicios sanitarios y las condiciones de higiene de los establecimientos de trabajo, las enfermedades y la asistencia médica y hospitalaria gratuita para las personas de escasos recursos económicos. De ese acápites 15 hay que señalar, no obstante, que no hace referencia expresa a la seguridad social como derecho fundamental, además de estar limitadamente referida a los casos concretos de desocupación, enfermedad, incapacidad y vejez como metas a ser progresivamente alcanzadas.

Aunque en lo atinente al alcance y los componentes de la seguridad social la falta de precisión y la confusión son notorias en los mencionados textos, la Constitución de 1955 tiene la virtud de ser la primera Constitución dominicana que incluye la seguridad social como institución de protección contra riesgos sociales, adosada, así, a las prerrogativas derivadas de la dignidad de las personas. Se abre, de este modo, la puerta a la constitucionalización de la protección social como sistema en la República Dominicana, aunque con los límites señalados.

Estas disposiciones se mantuvieron inalteradas en las reformas constitucionales del 1º de diciembre de 1960 y 29 de diciembre de 1961, no así en la reforma del 29 de abril de 1963, pues el instrumento constitucional de ese año descansó en una concepción distinta de la relación entre las personas y el Estado. En este solo se hace mención, en su artículo 16, del derecho a los seguros sociales como derecho de rango constitucional, aunque de carácter irrenunciable, al igual que los demás derechos y beneficios reconocidos en el texto constitucional en favor de los trabajadores, según lo prescrito por el artículo 21 de esa carta sustantiva.

En la reforma constitucional del 28 de noviembre de 1966 se mantuvo la falta de referencia expresa a los aspectos mencionados en los acápites 15, 16

y 17 del artículo 8 de las reformas constitucionales de 1955, 1960 y 1961 (eliminados, como se ha dicho, en la Constitución de 1963), pero se mantuvo a los seguros sociales dentro de las prerrogativas fundamentales previstas por el artículo 8, indicado en la sección I del título II de la norma, relativa a los derechos que la Asamblea Revisora denominó como «individuales y sociales».

Esa prerrogativa específica (la concerniente a los «seguros sociales» como prerrogativa fundamental) se mantuvo igual en las reformas constitucionales del 14 de agosto de 1994 y del 25 de julio de 2002.

El cambio significativo se produjo con la reforma constitucional del 26 de enero de 2010, pues en este documento se hace referencia expresa, por primera vez en un texto constitucional dominicano, al *derecho a la seguridad social*, reconociéndolo, así, como derecho fundamental, pues ha de recordarse que la reforma de 1955 solo consignó, como se ha dicho, la obligación del Estado de continuar «*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*». La reforma de 2010, en cambio, reconoce este derecho dentro del catálogo de derechos fundamentales, con la denominación expresa como tal. En efecto, el artículo 60 constitucional dispone: «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». Aunque la redacción es cercana a la del acápite 15 del artículo 8 de la Constitución de 1955, en la de 2010 está el reconocimiento expreso del derecho a la seguridad social como derecho fundamental, lo que no se había dado en ninguna otra norma sustantiva en la República Dominicana.

A este texto general, que como puede apreciarse, está referido a toda la materia, es decir, a toda la seguridad social, debe sumarse el artículo 57 de la Constitución, concerniente, de manera particular, a la seguridad social de las personas de la tercera edad. Este dispone: «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».

Es notoria, no obstante, la falta de armonía entre los señalados artículos 57 y 60, pues, pese a la especificidad del primero de dichos textos, ambos están referidos a la misma disciplina, la seguridad social, razón de sobra para incluir su contenido en un único artículo, aunque con acápites distintos. Es probable que ello se deba a la falta de una idea total y sistemática de la seguridad social por parte del constituyente dominicano, lo cual parece quedar en evidencia con el tratamiento, por separado, que, hasta el año 2010, se dio en las constituciones dominicanas a los seguros sociales y a la seguridad social. También es posible que el artículo 57 constitucional esté concebido como parte de la política asistencial o de caridad pública del Estado hacia la familia y las personas de la tercera edad, de carácter esencialmente discrecional, no como el resultado de la obligación prestacional que se genera por la existencia de un derecho, como ocurre en el caso de la seguridad social.

Ahora bien, parece incuestionable que esos textos (los artículos 57 y 60 de la Constitución) respondieron a los cambios que en la materia se produjeron con la Ley 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social. Es preciso señalar, no obstante, que, pese al título, esta norma no supera totalmente la concepción normativa restringida de los seguros sociales, pues no rompe, en realidad, la división sectorial de la protección social¹⁰. Sin embargo, tiende a la sistematización de esta protección y, por tanto, constituye un avance significativo en la visión general del asunto, aunque todavía estamos lejos de la creación de un sistema integral básico y general de protección social de carácter universal, es decir, válido, por igual, para toda la población, al que puedan adicionarse los regímenes complementarios de carácter sectorial que fueren necesarios.

¹⁰ Esto se aprecia mediante el simple hecho de que la Ley 87-01 no derogó las disposiciones que operaban de manera paralela a las leyes 385 y 1896, lo que implicó el mantenimiento de la protección social sectorial, el cual separa, en esencia, a los trabajadores del sector público de los trabajadores subordinados del sector privado. Además, dejó intactos, al menos de manera implícita, regímenes particulares de protección social, como, por ejemplo, el previsto por la Ley 86-06, concerniente a los trabajadores de la construcción.

B.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN IMPLÍCITA

Lo antes visto es lo dicho de manera explícita por nuestra Ley Fundamental. Falta, no obstante, lo implícito, lo que resulta de lo previsto por el artículo 74.I constitucional. Este texto dispone, junto a la parte capital del artículo 74, que el catálogo de derechos y garantías consignados de manera expresa en la Constitución no tiene carácter limitativo y que, por consiguiente, incluye otros de igual naturaleza.

Esta disposición, que nos viene (con una redacción casi invariable) de la reforma constitucional de 13 de junio de 1924, permite que a nuestro ordenamiento jurídico ingresen, como parte de él, todas las prerrogativas reconocidas como fundamentales (tanto los derechos sustantivos como sus garantías), sin necesidad de ratificación por los órganos o poderes del Estado, con igual carácter vinculante y rango constitucional que las expresamente establecidas en nuestra Carta Sustantiva. Es lo que en doctrina se ha denominado los *derechos implícitos*, pues se trata de derechos fundamentales que ingresan de manera implícita a nuestro ordenamiento constitucional. Lo relevante es que se trata de un mandato expreso del Constituyente, no como resultado de la aplicación de la teoría de la integración, la cual deriva derechos implícitos o supuesta o necesariamente implícitos en el texto constitucional.

La incorporación de esos derechos implícitos a la Norma Fundamental de la nación nos lleva a la lógica conclusión de que el derecho a la seguridad social, en tanto que derecho fundamental, fue parte de nuestro ordenamiento constitucional mucho antes de la reforma de 2010, pues ya había sido reconocido como tal, es decir, como prerrogativa de naturaleza fundamental, en algunos instrumentos jurídicos internacionales, ingresando, por tanto, a nuestro ordenamiento jurídico con esa misma naturaleza. Así lo establecieron los textos que se indica a continuación: el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948¹¹; los artículos 22 y 25 de la Declaración

¹¹ El artículo XVI de este documento declara: «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia».

Universal de Derechos Humanos, de 1948,¹² y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1969¹³. Interesa decir, sobre esta base, que estos textos no solo pueden ser invocados como válidos con ocasión de una controversia judicial, sino que, por igual, sirven de parámetro de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, pues integran, junto a otras normas de rango constitucional, el llamado bloque de constitucionalidad, especie de constitucional material que supera el concepto de constitución formal.

Ello quiere decir que, en realidad, el derecho a la seguridad social como derecho fundamental vino de la mano de esos instrumentos jurídicos internacionales, aunque durante muchos años hayamos vivido de espaldas a esa verdad jurídica¹⁴.

II.- SIGNIFICADO PRÁCTICO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE REPÚBLICA DOMINICANA

El significado práctico de la constitucionalización de la seguridad social en el caso del ordenamiento jurídico dominicano puede ser analizado desde dos puntos de vista: por una parte, el concerniente a la habilitación normativa de ese derecho fundamental (A) y, por otra parte, el relativo a la realidad concreta o tangible de ese fenómeno jurídico en este ordenamiento (B).

¹² Esos textos proclaman lo siguiente: Art. 22: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad». Art. 25: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

¹³ El artículo 9 de dicho instrumento jurídico internacional dispone: «Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».

¹⁴ Ese sortilegio parece haberse roto con la paradigmática decisión en que la Suprema Corte de Justicia incorporó la acción de amparo al ordenamiento jurídico dominicano sobre la base, única, de lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Vid.* SCJ, 24 de febrero de 1999).

A.- LA HABILITACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL

El reconocimiento del derecho a la seguridad social en la Constitución implica el carácter fundamental de este derecho, conforme a lo afirmado; carácter que le confiere la protección reforzada que el constituyente dominicano ha reconocido a los derechos y garantías de esta naturaleza.

Sin embargo, el derecho fundamental a la seguridad social no se ejerce libremente, sino que es un derecho prestacional de configuración legal, el cual, por tanto, debe ser “habilitado” o “concretizado”, para su ejercicio, por medio de normas de carácter adjetivo que le otorgan su real fisonomía¹⁵.

Ello implica, asimismo, que esa «habilitación» o «concreción» legal deba hacerse mediante leyes orgánicas, pues, conforme a lo exigido por el artículo 112 de la Constitución, los derechos fundamentales deben ser regulados mediante este tipo de leyes, cuya aprobación o modificación requieren el voto favorable de las dos terceras partes de los legisladores presentes en ambas cámaras cuando a ello se proceda.

Esta ley, además, y según el mandato del artículo 74.2 de la Constitución de la República, ha de respetar el núcleo esencial del derecho fundamental regulado, así como el principio de razonabilidad; mandato que, por consiguiente, impone un control especial sobre la ley reguladora, a fin de que esta no haga impracticable o imposible el ejercicio del derecho. Con ocasión de este control han de aplicarse los instrumentos que la jurisprudencia ha puesto en práctica para medir la razonabilidad de una norma, como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad o el principio del equilibrio conveniente. En el caso dominicano, el carácter razonable de toda norma ha de ser medido mediante los criterios de justedad y de utilidad de la norma, lo que quiere decir que si esta no reúne estos criterios, carece de validez constitucional y sería, por ende, nula, lo que implica su expulsión

¹⁵ En su sentencia TC/0203, de 13 de noviembre de 2013, el Tribunal Constitucional dominicano precisó que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental de carácter prestacional, «... en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado».

del ordenamiento jurídico. Y a ejercer el control de esa validez está obligado todo juez con ocasión de los conflictos sometidos a su decisión, sea mediante el control difuso, por parte de los tribunales del orden judicial, según el artículo 188 constitucional, sea mediante el control concentrado, por parte del Tribunal Constitucional, según el artículo 185 de la Carta Sustantiva, aunque el Tribunal Constitucional también está llamado a ejercer el control de lo decidido por los tribunales judiciales respecto del ejercicio por estos del control difuso, no solo porque así lo prescribe implícitamente la Constitución, que erige al Tribunal Constitucional en guardián supremo de la Constitución y del orden constitucional sino porque, además, el Tribunal Constitucional no puede sustraerse a su propia competencia, determinada, de manera expresa o implícita por la referida condición¹⁶. Los artículos 277 de la Constitución y 65 y siguientes de la Ley 137-II son bastante explícitos en este sentido.

A.- LO TANGIBLE

Todo lo dicho en esta segunda parte atañe y nos conduce, por tanto, de manera inevitable y muy directa, a la Ley 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social, a la Ley 379, sobre el sistema de pensiones para los trabajadores del sector público, y a cualquier ley que regule el ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social.

Ello significa, en primer lugar, que se trata de leyes orgánicas, las que, por esa naturaleza, gozan de la protección reforzada del artículo 112 constitucional, y, en segundo lugar, que al momento de ejercerse el control sobre la

¹⁶ Es preciso consignar, no obstante, que la posibilidad de que el Tribunal Constitucional ejerza también el control difuso ha dividido a la comunidad jurídica nacional: unos entienden que el control difuso está reservado a los tribunales del orden judicial, de conformidad con el artículo 188 constitucional; otros, en cambio, consideran que no es posible que el Tribunal Constitucional pueda ejercer el control real y total de la constitucionalidad si no puede censurar la labor de los tribunales judiciales con ocasión del control difuso ejercido por éstos, lo que sería contrario, en todo caso, al artículo 277 de la Carta Sustantiva, disposición que confiere al Tribunal Constitucional competencia para revisar *todas* las decisiones de los tribunales judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada; competencia a la que se suma la otorgada al Tribunal Constitucional por los artículos 65 y siguientes de la Ley 137-11.

validez de su contenido será necesario determinar si su regulación cumple o no con el mandato del artículo 74.2 de nuestra Ley Fundamental¹⁷.

Lo dicho se impone como un mandato para el Congreso Nacional y, de manera muy obvia, para el Consejo Nacional de Seguridad Social, a quien está prohibida toda tentativa de reformar por vía reglamentaria el contenido de la Ley 87-01, no solo por lo ya dicho, sino, de manera clara, porque no puede arrogarse atribuciones propias del Congreso de la República.

A la luz de lo que precede es preciso señalar que cuando se dio el salto del mutualismo a la seguridad social se entendió que la protección social debía ser una cuestión de orden público; protección que, sobre esa consideración, pasó a ser obligatoria y cimentada sobre la base de los principios de universalidad y de solidaridad. Sin embargo, con la Ley 87-01 se produce una regresión de esa concepción inicial; regresión que se debió, por desgracia, al carácter mercantilista de dicha norma, la cual ha diseñado un sistema «de seguridad social» que funciona –realmente es así– como un seguro privado obligatorio, como ocurre, por ejemplo, en materia de seguros contra los accidentes viales. Ello se pone de manifiesto con los riesgos cubiertos por la ley, entre los que cabe destacar el seguro de pensión, en el que se abandonó el sistema *solidario* de reparto por el sistema *mercantilista* de capitalización individual, negador, de manera obvia, de los principios inspiradores y rectores (los proclamados, al menos) de la seguridad social.

Esto último puede ser un elemento adicional para una interesantísima controversia doctrinal referida a la constitucionalidad (sobrevvenida después de la reforma constitucional de 2010) de la Ley 87-01. El asunto de la constitucionalidad de ese texto se podría plantear así: el carácter mercantil de la Ley 87-01 parece tocar el núcleo esencial de la solidaridad, uno de los principios fundamentales en que descansa la seguridad social como sistema de protección de carácter colectivo. Vista así, dicha ley, en lugar de ser una norma de habilitación para facilitar el disfrute de ese derecho

¹⁷ El artículo 74.2 dispone: «Solo 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.»

fundamental, limita su ejercicio. Ello significa que la ley regula irrazonablemente el derecho a la seguridad social y que, por tanto, el legislador se ha excedido en los poderes que la Constitución le ha reconocido para regularlo. Lo que se cuestiona, por tanto, es el alcance de la regulación del ejercicio del derecho por la ley: ¿respeto esta regulación el núcleo esencial del derecho a la seguridad social? La idea inicial para el debate está, pues, puesta sobre el tapete.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, es preciso resaltar, brevemente, algunas ideas:

- 1) Pese a las grandes dificultades que acompañan las controversias de los doctrinarios para arribar a conclusiones únicas, aun respecto de las cuestiones más obvias, en apariencia, parece indudable que el proceso de constitucionalización de la seguridad social tuvo su inicio en República Dominicana, de manera clara, con la reforma constitucional de 1955, si se toma en consideración que a partir de entonces las disposiciones adjetivas sobre la materia están impregnadas y deben sujetar su validez al mandato constitucional.
- 2) El fenómeno de la constitucionalización de la seguridad social viene determinado no solo por lo dispuesto en la *Constitución formal* nuestra sino más allá, en la *Constitución material*, conformada, gracias al mandato del artículo 74.1 de la Ley Sustantiva, por el texto formal de la Constitución y, además, por los derechos fundamentales implícitos que ingresan al ordenamiento jurídico dominicano por la vía creada por ese texto, conformando así el llamado *bloque de constitucionalidad*.
- 3) Parece también incuestionable que la Ley 87-01 y todas las demás leyes que regulan el ejercicio del derecho a la seguridad son leyes orgánicas, lo que significa que se benefician de la protección reforzada del artículo 112 de la Constitución; normas cuya

validez constitucional está sujeta a las previsiones del artículo 74.2 constitucional, debido a que regulan el ejercicio de un derecho reconocido como fundamental por nuestra Norma Fundamental, el derecho a la seguridad social.

- 4) Ante el obvio carácter mercantilista de la Ley 87-01, además de su cuestionada constitucionalidad, el Tribunal Constitucional dominicano está llamado a ejercer, como buen juez pretoriano, una labor de control y de adecuación de esa ley al propósito del Constituyente, consolidando y fortaleciendo los criterios establecidos en sus sentencias TC/0203/13, del 13 de noviembre de 2013, y TC/0375/16, del 11 de agosto de 2016. Es la mejor manera que tiene el Tribunal de hacer honor a su labor de fiel guardián de la Constitución y de procurar, en esta materia, la armonía de su jurisprudencia con los nobles propósitos del constituyente dominicano, quien quiso conferir a la protección de los riesgos sociales (ello parece indudable) un claro carácter constitucional. Solo así se entendería que en la República Dominicana es ya una realidad la *constitucionalización de la seguridad social*, pues de no ser así, la Constitución sería considerada –como afirmaba Ferdinand Lasalle– como mera *hoja de papel*¹⁸.

¹⁸ Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una constitución?*, Panamericana Editorial, séptima reimpresión, Bogotá, 2004.

BIBLIOGRAFÍA

- Dupeyroux, Jean-Jacques, *Droit de la sécurité sociale*, décima segunda edición, Dalloz, París, 1988.
- García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, reimpresión de la tercera edición, Madrid, 1994.
- Gil, Domingo, «La Constitución como norma», en *Curso de garantías constitucionales*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2000.
- Gil, Domingo, “La teoría de los derechos implícitos”, *Anuario 2015*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 2016.
- Herrera Bornia, Orestes, *Seguridad social en la República Dominicana*, Universidad Católica Madre y Maestra, Santiago, 1979.
- Hernández Rueda, Lupo y Carlos Hernández Contreras, *La seguridad social en Santo Domingo*, Instituto de Estudios del Trabajo, inc., Santo Domingo, 1996.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, séptima reimpresión de la primera edición, Panamericana Editorial, Bogotá, 2004.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, segunda edición, primera reimpresión, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005.
- Pegoraro, Lucio, “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, *Revista dominicana de derecho constitucional*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, número 1, diciembre de 2018.
- Pellerano Gómez, Juan Manuel, “La Constitución como norma jurídica”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santiago, enero febrero de 1992.

LA PERSPECTIVA DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL (CNSS) DE REPÚBLICA DOMINICANA EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

José Rafael Pérez Modesto

Agradecemos a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), en la persona de su secretaria general, la distinguida **Gina Magnolia Riaño Barón**, el Dr. Milton Ray Guevara, presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y el Dr. Winston Santos, presidente del CNSS, la invitación a participar en este importante y significativo evento, en el que se pondrá de manifiesto el reconocimiento constitucional del ineludible derecho a la seguridad social, analizando su impacto ético, jurídico y moral, como un derecho fundamental y humano, conforme a lo establecido en el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cito:

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

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Luego de este preámbulo y entrando en materia sobre el tema que nos ocupa, celebramos que hace 18 años en nuestro país se promulgó la Ley 87-01, estableciéndose, en el marco de la **Constitución de la república**, un **Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS)**, cuyo objetivo principal es regular y desarrollar los **derechos y deberes** recíprocos del Estado, así como de los **ciudadanos dominicanos y residentes legales en el país**, en todo lo relativo a la protección de la **salud, pensiones y riesgos laborales**, sin discriminación por razón de salud, sexo, condición social, política o económica, procurando que sean garantizados estos derechos durante toda la vida de la persona.

El derecho a la seguridad social y a la salud se encuentra consagrado en nuestra Constitución, en los **artículos 60 y 61**, destacándose el papel del Estado, quien es responsable de garantizar el desarrollo progresivo de la seguridad social y la salud, para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez, 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.

Asimismo, conforme a lo establecido en el **artículo 7** de nuestra Carta Magna, la República Dominicana es un **Estado Social y Democrático de Derecho**, organizado en forma de república unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

De igual modo, en su **artículo 8** quedó instaurada la función esencial del Estado de 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.

Todos estos aspectos también se encuentran señalados en la referida Ley 87-01, que es considerada, después de nuestra Constitución, como la ley de mayor trascendencia e impacto. La misma, en sus artículos 106 y 174 destaca que: el Estado dominicano, a través del **Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS)**, es el garante final del adecuado funcionamiento del **Sistema Dominicano de Seguridad Social**, así como de su desarrollo, fortalecimiento, evaluación y readecuación periódicas; y del reconocimiento del derecho de todos los afiliados.

Al respecto, puntualizamos que el **Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS)** tiene a su cargo la dirección y conducción del Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) y como tal, es el responsable de establecer las políticas, regular su funcionamiento y el 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, de acuerdo a lo planteado en el artículo 22 de la citada Ley 87-01.

En tal sentido, la constitucionalización de la seguridad social no solo se encuentra evidenciada en la norma constitucional, sino también en las decisiones garantistas de protección social hacia los afiliados al SDSS, emitidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS), a través de sus resoluciones.

Por citar algunos ejemplos, son muestra de esas decisiones garantistas las resoluciones emitidas por el CNSS como la cobertura de trasplante renal para el donante (vivo o cadavérico) y para su receptor, el financiamiento del Seguro Familiar de Salud para los Pensionados por Discapacidad del Régimen Contributivo y sus dependientes, para que, durante el proceso de evaluación del grado de discapacidad, no queden desprovistos de la cobertura del Seguro Familiar de Salud, la autorización a la TSS para el registro de los menores de edad nacidos fuera del territorio dominicano que son hijos(as) de extranjeros afiliados como titulares, más de 64 resoluciones del CNSS relativas a la cobertura de la Atención Integral, la indexación de las pensiones cada dos (2) años con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), entre otras.

Otro de los aspectos que consideramos importante destacar es que todas estas resoluciones emitidas por el CNSS son adoptadas por consenso de los sectores que conforman el Consejo, en cumplimiento de las normativas y disposiciones legales correspondientes, para no quebrantar la ley ni desviarse del contenido constitucional. Podemos informar, luego de un profundo análisis técnico, jurídico e institucional, que son muy pocas las resoluciones que son recurridas en los tribunales de la República, y aquellas que son sometidas a los tribunales, en su gran mayoría son desestimadas, revocadas o se obtienen sentencias a favor del Consejo, lo que ha contribuido a que los efectos de la judicialización sean mínimos, ya que los casos se resuelven en la fase administrativa de las entidades del SDSS. En este punto, es importante destacar también que representaría un riesgo y una amenaza que las resoluciones del Consejo sean recurridas ante los tribunales, ya que fruto del desconocimiento de lo complejo de la materia de Seguridad Social, se podrían adoptar decisiones inadecuadas e insostenibles para el Sistema Dominicano de Seguridad Social, el cual se ha mantenido creciendo, cuantitativa y cualitativamente, y que puede mostrarse con detalle en cada aspecto.

Por otro lado, con el objetivo de fortalecer, afianzar y desarrollar aún más todo lo relativo a nuestro Sistema Dominicano de Seguridad Social, resulta favorable y oportuno abordar en este escenario las posibles reformas a la Ley 87-01.

Como es de conocimiento público, cursa en el Congreso Nacional un anteproyecto de modificación de la Ley 87-01, en el cual se introducen importantes reformas. Una de ellas busca fortalecer las funciones y el financiamiento de la Tesorería de la Seguridad Social (TSS), entidad responsable de realizar el proceso de recaudo, distribución y pago en el sistema, y a la cual se dotará de personalidad jurídica, lo cual le permitirá combatir la evasión y elusión, pudiendo someter a los infractores y cobrar las multas y recargos de una manera más eficaz. En este aspecto, es importante señalar que este tipo de judicialización resultaría positivo para el desarrollo de la Seguridad Social y para el reconocimiento de los derechos de los afiliados.

De igual modo, en dicho anteproyecto se plantea aumentar el financiamiento de las operaciones de la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados (DIDA), lo cual contribuirá a que los afiliados puedan estar mejor informados y orientados sobre sus derechos y deberes, así como dar respuesta, de manera más oportuna a las quejas y reclamaciones realizadas por los afiliados, lo que en gran medida contribuirá a reducir el impacto de la judicialización para el reconocimiento del derecho a la seguridad social.

Otro aspecto importante, y que fue aprobado por el CNSS en 2015, se refiere a una modificación del cálculo de los recargos por retrasos a las empresas, que actualmente son excesivos y convierten en impagables las deudas de aquellos que entran en mora. Este proceso de cálculo, ajustado a la realidad, permitirá que alrededor de un 5 % de la población retorne a la protección del Sistema, acercándonos a la meta de cobertura del 90 % en 2020.

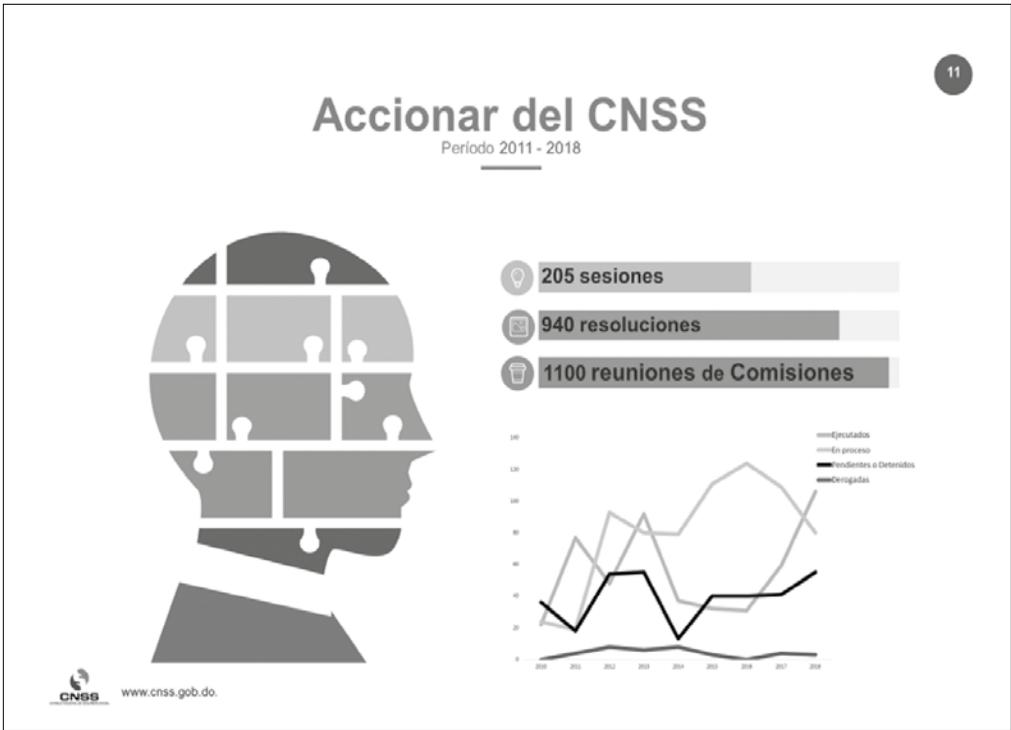
Estas propuestas de modificaciones a la Ley 87-01, contenidas en el citado anteproyecto, de ser aprobadas contribuirán a adecuar las normativas vigentes, incrementando la afiliación, fortaleciendo y enriqueciendo nuestro Sistema Dominicano de Seguridad Social, encaminándolo cada vez más hacia una verdadera protección social, en consonancia con los principios rectores de Universalidad, Solidaridad, Integralidad y Obligatoriedad que lo rigen, así como el Principio de Juridicidad, que establece que toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado, lo cual está proclamado en nuestra Constitución, en su artículo 138 y en la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

Dentro de los logros alcanzados en todos estos años, fruto del trabajo en equipo de los actores y sectores involucrados en el sistema, me permito presentar, de manera resumida, varios aspectos relevantes sobre la cobertura en salud, el accionar del CNSS, la gobernanza del SDSS y los retos que tenemos como CNSS para avanzar hacia la cobertura universal de la Seguridad Social.

La situación actual del SDSS ofrece logros importantes, que constituyen motivos de satisfacción:

Cobertura en salud con un porcentaje cercano al 80 % de la población dominicana, incluyendo los regímenes contributivos y subsidiados en cifras significativas y en fortalecimiento de protección equitativa de género: 77 % del género femenino y 75 % del masculino. 3.7/10 del SVDS con relación a la producción económica activa (PEA) del género masculino y 4.5 de /10 del género femenino.





Retos:

Retos

Avanzando hacia el vigésimo aniversario

-  Revisión y actualización de la Ley 87-01 para ajustarla a nuestra realidad presente
-  Fortalecer el SDSS y sus órganos operativos
-  Actualizar el Plan Estratégico del SDSS para el período 2020 -2024



SISTEMA DE GOBERNANZA

Retos

Avanzando hacia el vigésimo aniversario

-  Implementar Primer Nivel de Atención como puerta de entrada a los Servicios de Salud
-  Revisión profunda del Catálogo de Prestaciones y Medicamentos
-  Incorporar otros grupos de alto ingreso que se encuentran separados: JCE, Congreso.



Salud Integral

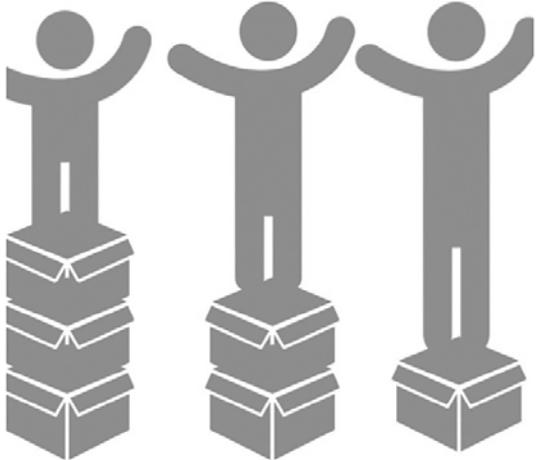
Yo apuesto por una vida sana...Y ¿TÚ?

Equidad

Retos

Avanzando hacia el vigésimo aniversario

- Revisar Pensiones y sus perspectivas, considerando recomendaciones de reciente estudio de OIT
- Implementar de forma gradual y sostenida las Pensiones Solidarias
- Fortalecer políticas, normas y beneficios para personas con discapacidad, adultos mayores, menores de edad, otros grupos vulnerables, con perspectiva de género y orientación a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)



The illustration shows three stylized human figures with their arms raised in a gesture of triumph or achievement. They are standing on a series of boxes of different heights. The figure on the left stands on the tallest stack of four boxes, the middle figure on a stack of three boxes, and the figure on the right on a single box. This visual metaphor represents the concept of equity, where resources are distributed so that everyone has an equal opportunity to succeed.

Retos

Avanzando hacia el vigésimo aniversario

- Simplificación de Trámites y estrategia República Digital en todos los trámites y procesos con los ciudadanos
- Fortalecer la Cultura de Seguridad Social. 3000 Diplomados a funcionarios y personal clave
- Actualizar reglamentos y normativas del SDSS, para ajustarlos a las nuevas regulaciones



The illustration depicts a hand interacting with a complex digital interface. The interface is composed of numerous circular icons connected by lines, representing a network or data flow. The icons include symbols for gears, charts, people, and documents, suggesting a focus on digital transformation, data analysis, and human resources management.

Conviene revisar los estudios y experiencias que permitan asegurar un sistema de pensiones con índices y resultados promisorios, en términos que garanticen pensiones dignas para el retiro de los trabajadores, según los recientes estudios realizados por la OIT, y que han reflejado amenazas e insatisfacciones para los futuros pensionados, internacional y nacionalmente.

Será importante, también, continuar ampliando el número de convenios bilaterales de protección, para lograr la protección de nuestros ciudadanos residentes en otros países y de los extranjeros que vienen a trabajar al país, hasta implementar el Convenio Multilateral Iberoamericano en Seguridad Social. A la fecha, tenemos firmados acuerdos con España, en funcionamiento desde el año 2009, con Ecuador, que tiene pendiente la firma del proceso administrativo, e iniciamos el proceso con Uruguay. Estos son compromisos internacionales que el país asume con interés y empeño.

CONCLUSIÓN

Confiamos que con la responsabilidad de garante e inversiones del gobierno central, de los sectores trabajadores y empresariales de República Dominicana, así como el rumbo positivo que nos unifica hacia el avance de la seguridad social, las perspectivas que nos esperan son positivas y auspiciosas, y nos proyectan hacia una senda de justicia, avance y bienestar general.

¡Apostamos por ese futuro!

Muchas gracias.

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ARGENTINA

Martín Laclau

La constitucionalización de los principios de la seguridad social a la que venimos asistiendo en las últimas décadas requiere, para su correcta comprensión, esclarecer los vínculos de este proceso con la transformación profunda que ha venido operándose en la sociedad y en las ideas jurídicas de nuestro tiempo. Ningún hecho humano logra esclarecerse si lo tomamos aislado de su contexto, si no logramos ubicarlo dentro de las circunstancias en las que el mismo acaece. De esta suerte, la percepción de un acontecimiento individual, cualquiera que sea su índole, es fecundada, se amplía, en la medida en que lo relacionemos con otros acontecimientos. Lo propio ocurre con cualquier institución jurídica cuyo sentido solo puede develarse desde el horizonte proporcionado por el derecho en su conjunto, visto desde su ineludible transformación histórica. Por detrás de todo concepto jurídico, se encuentra la vida espontánea e inmediata; toda institución es el resultado del esfuerzo y de la lucha de las generaciones que nos precedieron. Desde esta perspectiva, la constitucionalización de la seguridad social aparece dentro de un proceso de racionalización de la vida social, que pretende lograr la realización plena del llamado “Estado de derecho”; noción esta última que halla su origen en la teoría clásica que postula la primacía de la norma legal sobre la voluntad de los gobernantes, que deben atenerse a lo que ella disponga.

Ya desde la antigüedad venía señalándose la superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres. Sabido es que Platón

preconizaba que la sociedad debía ser gobernada por los filósofos, esto es, por los hombres sabios; pero, ante las dificultades de encontrar a un hombre que reuniese los requisitos inherentes a ese gobernante ideal, en las Leyes concluyó sosteniendo la primacía de la ley sobre la voluntad de los hombres. Así, en esta obra, califica a los gobernantes como «servidores de las leyes», aclarando que «en absoluto llamaré ahora a los denominados magistrados servidores de las leyes por un afán de acuñar nombres nuevos, sino porque pienso que la conservación de la ciudad y lo contrario se encuentra en esto más que en cualquier otra cosa. En efecto, en la que la ley esté eventualmente dominada y no tenga poder, veo ya su pronta destrucción. Pero en aquella en que la ley fuere amo de los gobernantes y los gobernantes esclavos de las leyes, contemplo la salvación y que llega a tener todos los bienes que los dioses conceden a las ciudades» (Leyes, 715 d)¹. Aristóteles, por su parte, sostenía, en la Política, que «el que defiende el gobierno de la ley, parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y de la inteligencia; en cambio, el que defiende el gobierno de un hombre añade también un elemento animal; pues tal es el impulso afectivo, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los hombres mejores. La ley es, por tanto, razón sin deseo» (Pol., 1287 a)². Siendo, por consiguiente, la ley inteligencia sin pasiones, su acatamiento implica la soberanía de la razón, que es, para Aristóteles, la parte divina que posee el alma humana.

Durante la Edad Media fue común sostener que no es el gobernante el autor de la ley, sino que es esta la que confiere a aquel su poder. Ejemplo de esta concepción se encuentra en De legibus et consuetudinibus Angliae, donde su autor, Bracton, sostiene que el rey no debe estar por debajo de ningún hombre, pero sí debe hallarse por debajo de Dios y de la ley, puesto que es la ley la que lo hace rey: *Ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*³. Para Bracton, si domina la voluntad del monarca y no la ley, nos hallamos ante un tirano y no ante un rey.

¹ Utilizo la traducción de Leyes llevada a cabo por Francisco Lisi (Cfr. Platón, Diálogos, editorial Gredos, Madrid, 1999, tomo VIII, pp. 373-374).

² Utilizo la traducción llevada a cabo por Manuela García Valdés (Cfr. Aristóteles, Política, editorial Gredos, Madrid, 1988, pp. 207-208).

³ Cfr. Bracton, De legibus et consuetudinibus Angliae, Yale University Press, New Haven, 1922, Vol. 2, p. 33.

Dentro de la concepción medieval del derecho, el rey, más que como legislador, se nos exhibe como juez de sus súbditos. El ordenamiento jurídico posee una base consuetudinaria y la ley escrita se nos muestra como algo de importancia secundaria. Se consideraba que el derecho no era creado, sino que, en realidad, era declarado; se trataba de algo ya existente con anterioridad, de principios que pasaban a explicitarse. De allí que la función del rey fuese esencialmente judicial, consistente en solucionar las controversias que ante él se presentasen. Es clásica, en ese sentido, la imagen que nos ha transmitido Joinville de San Luis, impartiendo justicia a quienes se le acercaban, en el bosque de Vincennes, a la sombra de un roble⁴.

Las diversas teorías que fueron formulándose a este respecto llevaron a considerar que todo poder, para ser legítimo, debe ejercerse conforme al derecho. Fue en Alemania, a comienzos del siglo XIX, donde con base en esta doctrina se desarrolló la teoría del «Estado de derecho». Johann Wilhelm Placidus, en una obra aparecida en Estrasburgo, en 1798, fue quien primero empleó la palabra Rechtsstaat, señalando que el Estado de derecho es aquel «exclusivamente fundado sobre los principios jurídicos de la libertad y de la igualdad y enteramente organizado de manera de dar a las pretensiones del derecho natural la validez más completa y la fuerza jurídica más adecuada»⁵. El influjo kantiano en esta doctrina, donde los términos «derecho» y «libertad» háyanse íntimamente unidos, se nos exhibe claramente. Recuérdese que, para Kant, el derecho era el conjunto de las condiciones merced a las cuales el arbitrio de un individuo puede acordarse con el arbitrio de otro, según una ley universal de libertad⁶. De esta suerte, la libertad y el derecho se nos presentan como nociones inseparables. La libertad se hace presente en las relaciones intersubjetivas y el derecho pasa a ser comprendido como una realización de la libertad.

⁴ Utilizo la edición de la Histoire de Saint Louis de Joinville incluida en Historiens et chroniqueurs du Moyen Age, Gallimard, Paris, 1952 (ed. establecida y anotada por Albert Pauphilet y Edmond Pognon), pp. 197-366; el párrafo de referencia se encuentra en pp. 213-214.

⁵ Cfr. Michael Stolleis, Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 490-491.

⁶ «Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann» (Immanuel Kant, Methaphysik der Sitten, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1966, pp. 34-35).

De esta suerte, la noción de «Estado de derecho» dio su basamento teórico a las corrientes liberales que intentaron limitar la acción del Estado, reconociendo a los individuos derechos que no derivan de su condición de ciudadanos, esto es, que son independientes de la existencia del Estado. La obra de Robert von Mohl ofrece un claro ejemplo de lo que vengo diciendo, al punto tal que en ella se afirma que la finalidad del Rechtsstaat consiste en «ordenar la vida en común del pueblo, de suerte que cada miembro de este último sea sostenido y estimulado en el ejercicio y en el uso, lo más libre y extendido posible, de todas sus facultades»⁷. Para él, la finalidad última del «Estado de derecho» radica en asegurar la libertad del ciudadano.

Distinta es la postura que adopta Friedrich Julius Stahl, quien sostiene que el «Estado de derecho» es aquel que actúa de manera jurídica⁸. Tal afirmación entraña una variación sustancial respecto de la postura de Mohl: aquí el «Estado de derecho» deja de referirse al contenido de la acción estatal y se centra en el modo en que ella se realiza. No interesa tanto el qué hace, sino el cómo lo hace. Para Stahl, lo que caracteriza al comportamiento de un «Estado de derecho» es que este no responde a un poder arbitrario, sino que, antes bien, el comportamiento de sus órganos se atiene a las pautas fijadas por el orden jurídico. La noción deja de adscribirse al logro de una finalidad determinada, pierde su relación con el pensamiento liberal, abriendo el camino hacia una nueva etapa del concepto que estamos tratando, donde se postulará la adopción de un método jurídico puro, independiente de todo elemento proveniente de ideas morales o políticas.

Dentro de este nuevo horizonte, Paul Laband, en la introducción al primer tomo de su obra sobre el derecho público del imperio alemán, sostenía que «el papel científico de la dogmática en un derecho positivo determinado consiste en analizar las formas jurídicas, en conducir las nociones particulares hacia los principios más generales y en deducir de estos principios

⁷ Cfr. Robert von Mohl, Politische Schriften, Westdeutscher Verlag, Köln und Oplad, 1966, p. 16.

⁸ Cfr. Friedrich Julius Stahl, Die Philosophie des Rechts, Georg Olms Verlag, Hildesheim, 2000, Band 2, Zweite Abteilung, pp. 137-138.

las consecuencias que ellos implican»⁹. Para ello, postulaba la necesidad de acoger, en el campo del derecho público, la metodología abstracta y centrada en los principios lógicos empleada en la esfera del derecho privado por los integrantes de la escuela conceptualista del derecho –Windscheid, Dernburg, Arndt, entre otros-, puesto que los principios con los cuales estos elaboraban sus construcciones jurídicas, antes que principios del derecho privado eran principios generales del derecho, aplicables, por consiguiente, al derecho público, una vez que fueran despojados del ropaje que los vinculaba a la esfera de las relaciones privadas.

El derecho público alemán del siglo XIX se inspiró en estos principios. Son ellos los que campean en los escritos de Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. En la *Allgemeine Staatslehre* de este último, la doctrina del «Estado de derecho» alcanza su más amplio desarrollo. Para Jellinek, es el mismo Estado, al crear su propio ordenamiento jurídico, el que atribuye personalidad jurídica a los sujetos individuales. Ahora bien, el Estado siempre actúa a través de sus órganos y es el mismo derecho que crea el que limita la actividad de estos. Nos dice Jellinek: *«cuando el Estado promulga una ley, compromete jurídicamente al respeto de sus propias normas no solo a los súbditos, sino también a su propia actividad. Por intermedio de la ley, da órdenes igualmente a las personas que le sirven como órganos para que ellas conformen su propia voluntad a la ley. Pero dado que la voluntad del órgano es la voluntad del Estado, este, al obligar a sus órganos, se obliga, por lo tanto, a sí mismo»*¹⁰.

«En la noción de “Estado de derecho” se encarna ese proceso de creciente racionalización de la vida jurídica que ha sido característica de la vida occidental. La historia constitucional de los diversos países podrá exhibir particularidades propias de cada uno de ellos, pero en todos los casos se arriba a la constitución de un sistema normativo considerado válido por todos los integrantes de la colectividad. Dentro de este esquema, los individuos que ejercen el poder han sido investidos de él de acuerdo con las

⁹ Cfr: Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. VI.

¹⁰ Cfr: Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1929, p. 438.

reglas establecidas por ese orden al que se estima válido y, siendo consideradas todas las personas iguales ante la ley, es a esta a la que prestan obediencia y no a la voluntad de las personas encargadas de instrumentarla. En el “Estado de derecho”, el gobernante actúa según leyes preestablecidas, su poder se ejerce dentro de los límites que ellas han fijado, no pudiendo extralimitarse. El poder se encuentra subordinado al derecho y, en tal sentido, no cabe ningún abuso por parte del gobernante. Además, ese poder se instrumenta basado en leyes generales y abstractas, cuyos destinatarios son, en algunos casos, personas dotadas de ciertas características diferenciales o, en otros, todos los integrantes de la comunidad. De esta suerte, se evitan los privilegios acordados a un individuo o las persecuciones dirigidas contra una persona determinada»¹¹.

Esta noción de «Estado de derecho» se encuentra en la base del movimiento constitucionalista que surge a fines del siglo XVIII, con las revoluciones norteamericana y francesa. A través de las diversas constituciones que fueron dictándose a partir de entonces, se acentuó el proceso de racionalización de la vida jurídica y, con ello, el ideal de un Estado cuya actuación se ajustase a las pautas normativas que él mismo dictara. La plena vigencia del «Estado de derecho» se constituyó, de esta suerte, en la finalidad que aspiraba ser alcanzada por los movimientos constitucionalistas¹². La filosofía liberal dio a la noción de «Estado de derecho» un contenido material y valorativo que se hizo presente en las constituciones de la época. La libertad y la autonomía del individuo fueron resguardadas, de esta suerte, por una normativa que, excluyendo el ejercicio arbitrario y discrecional del poder público, reconoció la existencia de derechos humanos poseídos por todas las personas, contra los cuales el poder estatal no puede avanzar.

¹¹ Martín Laclau, Soberanía y Estado de derecho, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2014, pp. 94-95.

¹² En idéntico sentido, expresa Mario Justo López que «el “Constitucionalismo” es un movimiento histórico-político, de carácter doctrinario, que debido a sus principios y de sus finalidades postula que el Estado debe ser “Estado de derecho”. Así, no es erróneo decir que el segundo es el núcleo y la finalidad del primero. Pero, aparte de ello y precisamente por estar penetrada la concepción del “Estado de derecho” por la doctrina del “Constitucionalismo”, se identifican los principios y finalidades de una y otra» (Mario Justo López, Introducción a los estudios políticos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983, Tomo II, p. 17).

Las diversas constituciones fueron instrumentos merced a los cuales se intentaba lograr la plena y total vigencia del «Estado de derecho». Ahora bien, algunos autores han encarado al «Estado de derecho» como algo puramente formal, considerando como característica del poder legítimo, únicamente, la circunstancia de que este se ajustase a las normas generales que rigen su comportamiento. Desde esta perspectiva, pueden entrar dentro del concepto las ideologías políticas más dispares: lo único que queda descartado es el ejercicio arbitrario y discrecional del poder. Pienso que esta etapa, que pretendía eludir, dentro del ámbito de la ciencia jurídica, toda referencia axiológica, ha sido abandonada en nuestro tiempo. El derecho, como toda realización cultural, se nos presenta, sin lugar a duda, como una realidad de naturaleza valorativa. Así, las constituciones dictadas a lo largo del siglo XIX tradujeron una noción de «Estado de derecho» inspirada en valoraciones propias del liberalismo. En tal sentido, intentaron resguardar la libertad del individuo frente al poder del Estado, creando un ámbito dentro del cual este no pudiera inmiscuirse. Pero he aquí que, al abandonar su carácter meramente formal, el «Estado de derecho» pasó a ser algo mutable: se introdujo dentro de la productividad histórica y pasó a transformarse, siguiendo la evolución de las valoraciones colectivas. De este modo, los derechos humanos proclamados y garantizados por las cartas constitucionales acordaron un contenido material a la noción de «Estado de derecho» y, al entroncarse este contenido con el mundo de la experiencia histórica, su carácter mutable se exhibió plenamente. El siglo XX asistió a la ampliación de estos derechos propios del individuo, reconociendo la existencia de derechos sociales que intentan asegurar a la totalidad de la población, cualquiera sea su posición social, el efectivo goce y protección de sus derechos. Para lograr esto, ya no se busca limitar la acción del Estado sino, por el contrario, ampliarla, con el objeto de que este intente paliar las necesidades básicas de los sectores más necesitados de la población¹³.

¹³ Paul Durand destaca que «la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 solo proclama la libertad y la igualdad de los ciudadanos, y que la Constitución francesa de 1791 solo habla de la asistencia a los niños abandonados y a los pobres enfermos, y de la posibilidad de proveer de trabajo a los pobres que tuviesen capacidad laboral. La época no estaba mentalmente en condiciones de elaborar un plan general de seguridad social. Prueba de ello es que cuando Robespierre presentó, el 24 de abril de 1793, el proyecto de una nueva declaración de derechos, donde se sostuviera que “la sociedad está obligada a proveer a la subsistencia

Hacia 1934, Mirkine-Guetzevitch, en su libro sobre las nuevas tendencias que se abrían paso en el derecho constitucional posterior a la guerra de 1914, señalaba: «Las nuevas constituciones han sido redactadas en una época en que ningún partido político podía desconocer la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho no es una doctrina, no es una escuela jurídica, es la vida misma. Por lo tanto, no es posible distinguir entre el individuo político y el individuo social; asistimos a la transformación, no solamente de la teoría general del Estado, sino también de la doctrina de los derechos individuales. El Estado no puede limitarse a reconocer la independencia jurídica del individuo, ha de crear un *mínimum* de condiciones necesarias para asegurar su independencia social. Hay, pues, dos procesos simultáneos: de una parte, entre los derechos individuales fundamentales va figurando poco a poco la defensa de la persona social, y de otra, a nombre de un principio, la solidaridad, el orden público, etc. A nombre de este principio social superior se asiste a una limitación de ciertos derechos fundamentales, en particular del derecho de propiedad, que evoluciona visiblemente».

Es decir, que existen a la vez extensión de los derechos individuales y cierta limitación de esos derechos fundamentales anteriormente preconizados. La extensión de los derechos individuales en el sentido social no se limita solo a las relaciones recíprocas de trabajo y de capital. Las nuevas declaraciones de derechos tienden a englobar la totalidad de la vida social, la familia, la escuela, etc., por no citar todo el conjunto de las relaciones sociales. Nos hallamos ante un gran intento de racionalización de la vida pública, la cual es infinitamente más atrevida que la de la vida parlamentaria, que hemos estudiado más arriba, puesto que ella tiende a racionalizar los innumerables vínculos sociales del pueblo¹⁴. Y casi veinte años después, en 1952, en su nueva

de todos sus miembros, sea procurándoles trabajo, sea asegurando los medios de existir a aquéllos que no se encuentran en condiciones de trabajar”, y que los recursos que se prestan a los indigentes son una deuda del rico hacia el pobre, tales principios no prosperaron. Recién a resultas de la evolución política, demográfica y económica que acompañó la industrialización de los Estados modernos, fueron naciendo los sistemas modernos de reparación de los riesgos sociales» (Cfr. Paul Durand, *La politique contemporaine de la Sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 2005, p. 52).

¹⁴ Boris Mirkine-Guetzevitch, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, editorial Reus, Madrid, España, 1934, p. 37-38.

obra sobre el constitucionalismo europeo, ante el amplio desarrollo de ese proceso, no duda en destacar: «Todos los problemas de la vida social que en el siglo XIX no se encontraban más que parcialmente regulados por la legislación ordinaria, se encuentran ahora en la Declaración de los Derechos del Hombre; las constituciones posteriores a 1918 buscan introducir en las declaraciones la reglamentación del trabajo, de las relaciones familiares, de las relaciones entre padres e hijos, principios de la familia y del matrimonio, etc.».

El Estado no podía más contentarse con el reconocimiento de la independencia jurídica del individuo: él debía crear un mínimo de condiciones jurídicas que permitieran asegurar la independencia social del individuo. Esta evolución de la doctrina de las libertades individuales tiene una doble consecuencia: la aparición de la defensa social de la persona; la limitación, en nombre del interés social, de ciertos derechos fundamentales anteriormente aplicados y establecidos. Al lado del catálogo de libertades formuladas en 1789, nuevos «derechos sociales» aparecen: defensa de la familia, de la infancia, igualdad de sexos, seguridad social, derecho a la instrucción...¹⁵.

Los textos de Mirkine-Guetzevitch nos ponen en presencia del testimonio de un jurista que fue testigo de la evolución y ampliación de la noción de derechos humanos operada en la pasada centuria. Parejamente, se fueron incrementando las exigencias impuestas a un orden jurídico para que este fuese considerado fiel reflejo de lo que ha de entenderse por «Estado de derecho». Trátase esta, como hemos dicho, de una noción que evoluciona junto a las cambiantes valoraciones que se van imponiendo en la vida de las sociedades. De esta suerte, cabe hablar, en nuestro tiempo, de un «Estado de derecho social», en el cual, entre los nuevos derechos que le son inherentes, se encuentra el que asiste a todas las personas a gozar de los beneficios de la seguridad social. Claro está que, en mi opinión, desde el punto de vista teórico y dejando de lado los intereses políticos que habitualmente desfiguran el claro ámbito de las ideas, no existe incompatibilidad, en última instancia, entre las doctrinas de los filósofos liberales y las sostenidas por los embarcados en direcciones comunitarias, desde el momento en que estos intentan asegurar, en

¹⁵ Boris Mirkine-Guetzevitch, *Les constitutions européennes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1952, pp. 131-132.

los hechos, que los derechos humanos defendidos por el liberalismo puedan ser gozados por el conjunto de la población. De modo que, aunque el socialismo haya nacido como una reacción contra los excesos del liberalismo puro, lleva incluido, dentro de sí, los ideales que motivaron el nacimiento de este. Así, los derechos humanos básicos se nos exhiben como un árbol cuyo tronco fuese el derecho a la libertad individual y cuyas ramas, que se nutren de ese tronco, fuesen los restantes derechos humanos. No hay ninguna oposición entre unos y otros. El derecho se nos exhibe, de esta suerte, en su devenir histórico, como una paulatina realización de la libertad humana.

Argentina no fue ajena a esta tendencia hacia la constitucionalización de los principios de la seguridad social¹⁶. Cabe señalar que la Constitución nacional de 1853 no tenía referencia alguna a la seguridad social, puesto que respondía a una visión marcadamente liberal que, por otra parte, era la vigente en ese entonces. Recién con la reforma constitucional del año 1949, los derechos sociales aparecen enunciados en el texto de la Constitución. Ello no significa que durante ese extenso período comprendido entre los años 1853 y 1949, la problemática social estuviera ausente de nuestra legislación. En ese sentido, ha de recordarse que el diputado socialista Alfredo L. Palacios, uno de los más encumbrados difusores del derecho laboral en nuestro país, rindió homenaje a la Constitución de 1853, en la Convención Nacional Constituyente de 1957, destacando que «para nosotros, la Constitución no fue absolutamente un obstáculo. Pudimos realizar todo el Nuevo Derecho bajo la égida de la Constitución del 53 y bajo el amparo de los intérpretes de la ley suprema»¹⁷.

La reforma constitucional de 1949, en su art. 37, al enumerar los derechos del trabajador, la ancianidad, la familia, la educación y la cultura, hizo

¹⁶ Un compendio actualizado de la historia constitucional argentina puede hallarse en el valioso libro de Alberto Dalla Vía, Manual de Derecho Constitucional, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp.13-68.

¹⁷ Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1957, Tomo 2, p. 1266. Por su parte, Carlos Sánchez Viamonte recuerda que la legislación del trabajo en la Argentina tiene como antecedente el proyecto de Código del Trabajo elaborado por Joaquín V. González, ministro del interior del presidente Julio A. Roca, y a continuación, enumera una larga lista de leyes laborales, a partir de la primera de ellas, sancionada en 1905, que fue la del descanso dominical (Cfr. Carlos Sánchez Viamonte, Manual de Derecho Constitucional, editorial Kapeluz, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 165).

una clara referencia al derecho de la seguridad social, destacando que «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 mutua obligatoria destinados, unos y otros, a cubrir o completar las insuficiencias o ineptitudes propias de ciertos períodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales». Ahora bien, esta reforma se efectuó fuera de los cauces establecidos por la Constitución de 1853, puesto que la ley declarativa de la necesidad de la reforma no alcanzó los dos tercios de votos en la Cámara de Diputados, que eran requeridos por el art. 30 de la Constitución. Ello determinó que la legalidad de esta reforma fuese cuestionada, sobre todo porque, con ella, se posibilitó la reelección del presidente que gobernaba en ese momento. Este era uno de los puntos perseguidos, desde el ángulo político, por la reforma. Por ello, el gobierno de la Revolución Libertadora, surgido en 1955, invalidó dicha reforma y convocó a una nueva reforma constitucional, sobre la base sugerida por una Comisión de Estudios Constitucionales integrada por Juan A. González Calderón, Sebastián Soler y Carlos Sánchez Viamonte¹⁸.

La reforma del año 1957 incorporó a la Constitución Nacional el art. 14 bis, cuya tercera parte encuéntrase dedicada, en forma explícita, al tema de la seguridad social. Allí se expresa: «El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá el 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 de 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».

Como puede advertirse, el texto del artículo comienza asentando un principio general y, a continuación, pone a cargo del Estado una serie de casos especiales que, en su conjunto, háyanse comprendidos en el concepto amplio de seguridad social. La seguridad social se caracteriza, en sentido amplio,

¹⁸ Cfr. Alberto Dalla Vía, *Op. cit.*, p. 59.

por ofrecer determinadas prestaciones o beneficios con los cuales paliar o mitigar las necesidades que puedan surgir ante la aparición de determinados eventos. Precizando el concepto, nos dice Germán Bidart Campos que «en un primer momento, estos “eventos” fueron riesgos o infortunios, como la vejez, la enfermedad, el accidente de trabajo, la muerte, etc., que causan daño porque reducen o eliminan la posibilidad de trabajar y de recibir el salario. De inmediato, se pasa a hablar más bien de “contingencias” y a involucrar en esta palabra muchos eventos que no son infortunios pero que también limitan o impiden la actividad y el salario, y que demandan gastos suplementarios; por ejemplo, la maternidad, las cargas de familia. Un tercer enfoque amplía más las cosas, e incorpora situaciones que ya no son infortunios, y quizás tampoco eventos, pero que originan necesidades a las cuales la seguridad social debe atender; así, los gastos de vacaciones y de estudio. La seguridad social, enlazada a una idea de bienestar, se viene entonces a convertir en una forma de liberación de la necesidad. Sus beneficios pueden ser en dinero o en especie (atención médica y farmacéutica, provisión de prótesis y elementos de rehabilitación, alojamiento, etc.)»¹⁹. El párrafo transcrito no hace más que poner en evidencia la ampliación continua de las contingencias que la seguridad social intenta cubrir y que haya adecuada expresión en el texto constitucional cuando este expresa que la cobertura proporcionada por la seguridad social ha de ser «integral».

A continuación, el artículo de la Constitución que venimos analizando dispone que «la ley establecerá el seguro social obligatorio». Esta referencia al «seguro social obligatorio» no ha de ser interpretada en el sentido de que se ha de eliminar el sistema de jubilaciones y pensiones sobre el cual se ha ido estructurando, tradicionalmente, la seguridad social en la Argentina. En realidad, este sistema jubilatorio constituye un modo de realización del seguro social, limitado a las personas que hacen los respectivos aportes al sistema, con lo cual, reunidas las condiciones que el mismo estipula, se obtienen las prestaciones que el propio sistema otorga según las leyes que lo rigen. Como señala Bidart Campos, «los seguros y las jubi-

¹⁹ Cfr: Germán J. Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo I, El derecho constitucional de la libertad, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1988, p. 428.

laciones y pensiones pueden coexistir y complementarse, de forma que la ley que obligatoriamente debe ser dictada por el congreso pueda optar para cada necesidad por una cobertura jubilatoria o una del seguro social, sin superponerlas»²⁰.

El artículo 14 *bis* también se refiere a los órganos que estarán a cargo del seguro social obligatorio, estableciendo que ellos gozarán de autonomía financiera y económica, debiendo ser administrados por los interesados con participación del Estado. Con esta cláusula se pretendía resguardar el fondo de dinero que daba sustento al sistema jubilatorio, toda vez que, durante el año anterior a la reunión de la Convención Reformadora de 1957, había tomado estado público que los fondos de las cajas jubilatorias habían sido utilizados por el gobierno anterior a septiembre de 1955 con finalidades ajenas a su cometido. Si bien los términos del artículo se refieren a los órganos del seguro social, se entendió que ellos también eran extensivos a los órganos que administran el sistema de jubilaciones y pensiones²¹. De más está decir que esta cláusula nunca fue cumplida.

Ahora bien, el referido art. 14 *bis* habla de «jubilaciones y pensiones móviles». Tal caracterización de los beneficios que otorga nuestro sistema previsional responde a la circunstancia de que, desde hace varias décadas, nuestro país se encuentra sometido a crisis económicas recurrentes y a un proceso inflacionario de alto voltaje, que incide fuertemente en nuestro sistema jubilatorio, con lo cual se hace necesario el continuo reajuste de las pres-

²⁰ Germán J. Bidart Campos, *Op. cit.*, p. 429.

²¹ La necesidad de que el organismo gestor de la seguridad social gozase de autonomía administrativa y financiera y que participasen en su gobierno los propios beneficiarios del sistema fue advertida por mi padre, Ernesto Laclau, quien fuera Presidente del Instituto Nacional de Previsión Social en el año 1956, en un extenso informe, que fue publicado por los diarios «La Nación» y «La Prensa» el día 7 de junio de 1956. Al año siguiente, pocos días antes de que iniciara sus sesiones la Convención Nacional Constituyente de 1957, en carta dirigida al presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical del Pueblo, Sr. Crisólogo Larralde, propuso dar base constitucional a tal exigencia, incluyendo en el nuevo texto de la Constitución la siguiente cláusula: «El Estado creará, con autonomía administrativa y financiera, un organismo centralizado de la previsión social, que deberá conformarse al régimen federativo y ser administrado y gobernado con participación del Estado, por los representantes directos de las personas a cuyo beneficio está afectado el fondo previsional». Ese documento tuvo amplia circulación en su momento, siendo publicado y debatido en los medios periodísticos.

taciones que el mismo acuerda. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha determinado que si bien el texto constitucional impone al Estado la obligación de establecer jubilaciones y pensiones móviles, no determina cuál es el método a seguir para el logro de tal movilidad, lo que implica que la elección de este es delegada en el poder legislador, quien puede escoger libremente el método que estime mejor, dentro de las posibilidades mutables que presenta la economía de la nación. Claro está que si el legislador optase por una metodología que se tradujese en un reajuste irrisorio, comparado con los índices de inflación del momento, tal metodología devendría inconstitucional, toda vez que, con ella, se violaría la garantía de jubilaciones y pensiones móviles impuesta por el texto constitucional.

En el año 1994, nuestra Constitución nacional fue sometida a una nueva reforma que incorporó, en su art. 75, inc. 22, otorgándole jerarquía constitucional, a una serie de tratados internacionales, estableciendo que ellos «deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos». Dichos instrumentos internacionales son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del mismo año; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del año 1979; y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. En todos estos instrumentos, de forma genérica, como es usual en materia internacional, se reconocen derechos que ya había sido objeto de otras cláusulas constitucionales y se efectúan especificaciones respecto de los contenidos y garantías de la seguridad social.

Las diversas cláusulas que, en materia de seguridad social, han ido incorporándose a las declaraciones de derechos contenidas en las constituciones de nuestro tiempo, son ilustrativas de valoraciones que anidan en las concepciones sociales actualmente vigentes. Se trata de ideales a ser realizados, que nunca lograrán su plena concreción, pues deben luchar con las limitaciones que va presentando, ineludiblemente, la cambiante estructura social y económica de nuestras sociedades. Ya Rudolf Stammler asimilaba la idea de justicia con la estrella polar que guía a los navegantes en su

derrotero. La estrella guía, pero nunca puede ser alcanzada. Parejamente, los generosos derechos plasmados en los textos constitucionales han de ser valores que inspiren tanto a legisladores como a jueces en esa lucha, esforzada e incesante, por lograr el imperio del derecho como resguardo de la liberación humana.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Antonio José Lizarazo Ocampo

Deseo comenzar por agradecer a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social -OISS-, al Tribunal Constitucional de la República Dominicana y a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo -AECID-, la invitación a participar en este importante seminario, que ya alcanza su tercera edición y que constituye, sin duda, un espacio para el intercambio de experiencias en materia de promoción y protección de la seguridad social en los países iberoamericanos. Este evento nos permite, además, reflexionar sobre el avance de la seguridad social en nuestros países como consecuencia de la creciente constitucionalización del derecho, en general, y de la consagración de esta como derecho fundamental en varias de las constituciones de la región. Ello también gracias al activo rol de las administraciones responsables de dicho servicio y de los jueces en la aplicación del derecho y la solución de controversias bajo el modelo del Estado Social de Derecho.

Sé que en versiones anteriores del seminario se ha llegado a la conclusión de que es necesario sistematizar las líneas jurisprudenciales en materia de seguridad social, para lo cual la OISS planteó una rigurosa metodología para lograrlo, de forma que sea posible el análisis comparado de las experiencias en los países iberoamericanos. Probablemente sea el momento de incorporar, dentro de esa metodología, algún mecanismo que nos permita indagar

por la eficacia real de la constitucionalización de la seguridad social, a efectos de establecer si los actores del sistema de seguridad social han ajustado sus comportamientos a los nuevos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia, las posibles causas de que ello no haya sido así y las acciones que debemos promover.

Lo anterior, por cuanto, al menos en mi país, pese a la reiterada jurisprudencia que sobre ese derecho han proferido los jueces constitucionales, las personas aún deben acudir a la acción de tutela como mecanismo judicial para que se apliquen en su caso, bajo el principio de igualdad, las interpretaciones que los jueces han realizado bajo supuestos fácticos y jurídicos similares.

I. ANTECEDENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Uno de los primeros antecedentes del reconocimiento de la seguridad social en nuestra región se dio durante el proceso de independencia, cuando Simón Bolívar -como lo recordó esta mañana Milton Ray Guevara, presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana-, pronunció su discurso ante el Congreso de Angostura en 1819, en el que sostuvo que el sistema de gobierno más perfecto es aquel que puede brindar la mayor suma de felicidad y de seguridad social posible¹. Justamente, las primeras pensiones se otorgaron como reconocimiento a miembros del ejército libertador y a las viudas de la guerra, y se basaron en los montepíos militares españoles que estuvieron vigentes aun después de la Constitución de 1886. En esa Carta Política se hizo referencia a la función estatal de asistencia pública², a la libertad del legislador para establecer las condiciones de jubilación y a la clase de servicios civiles o militares que darían derecho a pensión del Tesoro Público³.

¹ Antes de ese momento, se hace referencia a la Legislación de Indias sobre condiciones de trabajo, así como a las curaciones de los indios heridos mientras realizaban su trabajo. Juan Carlos Cortés González. *Seguridad social, derecho para todos*. Editorial Legis, 2016.

² Artículo 16. “La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes, careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. || La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”.

³ Constitución Política de 1886, artículo 62. “La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla

Posteriormente, en las primeras leyes promulgadas luego de expedida la Constitución de 1886, se reconocieron por primera vez beneficios pensionales a distintos grupos de trabajadores como los empleados oficiales⁴, los educadores⁵, en 1905 a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia⁶, y en 1925 a los empleados del sector de las comunicaciones, así como a los integrantes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional⁷. Esos primeros reconocimientos pensionales obedecían a una recompensa por logros importantes o labores de gran reconocimiento⁸.

La reforma constitucional de 1936, que buscó modernizar el Estado y dotarlo de instrumentos para la solución de los problemas sociales, fue el punto de partida para la creación del sistema de seguridad social en Colombia⁹. En 1940 se ordenó crear la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰ y seis años después se promulgó la ley general de trabajo¹¹, que estableció prestaciones sociales a cargo del empleador, entre ellas indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, vacaciones, auxilio por enfermedad no profesional, prima de servicios, educación para los trabajadores y sus hijos y pensión. En 1946 se crearon el seguro social obligatorio y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales¹², para la cobertura de las contingencias de aquellas enfermedades que no tuvieran relación con un riesgo profesional, de la maternidad, la invalidez, vejez y muerte, y los accidentes y enfermedades de carácter profesional. Si bien ese sistema mantuvo la división entre los sectores público y privado, que sería problemática más adelante para el sistema de seguridad social en Colombia, tuvo la ventaja de sintetizar e integrar las normas ante-

efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; *las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público.*”

⁴ Ley 50 de 1886.

⁵ Ley 50 de 1886 y Ley 114 de 1913.

⁶ Ley 29 de 1905.

⁷ Ley 75 de 1925.

⁸ Ana María Muñoz Segura. *La reforma constitucional de 1936 y el camino hacia la construcción de la seguridad social*. Vniversitas, núm. 120, 2010.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Acto Legislativo 1 de 1940.

¹¹ Ley 6 de 1945.

¹² Ley 90 de 1946.

rios en un mismo cuerpo¹³. Debo recordar que el legislador le permitió a la entidad encargada de prestar los Seguros Sociales elegir la prioridad en la que asumiría los riesgos, razón por la cual optó por iniciar su funcionamiento con los riesgos de salud y de maternidad. En esa priorización se encontró con un déficit de hospitales y de personal médico, y un alto costo de la asistencia médica, situación que se sumó a la falta de capitalización proveniente del no pago de los aportes pensionales y de cesantías. Solo hasta 1967, después de muchas discusiones sobre la posibilidad de financiación y las tasas de cotización, esa entidad asumió el riesgo de pensiones.

Para inicios de los años 90, el sistema de seguridad social presentaba desfinanciación de las prestaciones de largo plazo, anuncios de compromisos de más de 200 % del PIB para financiar las pensiones, baja cobertura en salud y en pensiones, concentración de beneficios en ciertos sectores económicos y exclusión del 80 % de la población¹⁴. Al mismo tiempo, el país se encontraba asediado por la violencia, el narcoterrorismo y una crisis institucional profunda, todo lo cual condujo a que la sociedad reaccionara, y luego del asesinato de varios candidatos presidenciales, entre ellos del más oprobioso para ganar las elecciones de 1990, se convocó una Asamblea Nacional Constituyente como un “pacto político de ampliación democrática”¹⁵.

Dentro de las deliberaciones sobre la seguridad social en la Asamblea Constituyente, la comisión encargada indicó que “la gestión social debía ser la piedra angular sobre la cual se construy[eran] los ideales de la paz y de la democracia”. Adicionalmente, que esa finalidad estatal debía ir más allá de la retórica para posibilitar condiciones de vida digna para los ciudadanos. Por ello, recomendaron consagrar la seguridad social como un derecho irrenunciable, que debía ser garantizado a todos los colombianos, como había sido reconocido en la Declaración universal de los Derechos Humanos. Atendiendo la situación del país, propusieron un sistema de cobertura universal inicialmente limitado a

¹³ Gerardo Arenas Monsalve. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Editorial Legis, 2011.

¹⁴ Juan Carlos Cortés González. *Seguridad social derecho para todos*. Editorial Legis, 2016.

¹⁵ **Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque.** *Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después. Cahiers des Amériques latines*, 2012.

la protección de la salud y a la previsión social. Tres principios caracterizarían el sistema: *universalidad*, por tratarse de un derecho de todos; *uniformidad* en los beneficios, en virtud del derecho a la igualdad; y *solidaridad*, que supone el concurso de toda la sociedad para buscar el bienestar colectivo.

En síntesis, la seguridad social fue contemplada como derecho irrenunciable y como servicio público de carácter obligatorio¹⁶. Por su parte, la salud fue reconocida como servicio público, cuya prestación debía ser garantizada a todos los habitantes¹⁷. Esta formulación constitucional condujo a que el Legislador expidiera la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social (SGSS).

2. LA PROFUNDIZACIÓN DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La consagración constitucional de la seguridad social como derecho, sumada a la previsión de mecanismos de defensa judicial como la acción de tutela, generaron una revolución en cuanto a la apropiación ciudadana de tal dere-

¹⁶ Constitución Política, artículo 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. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

¹⁷ Constitución Política, artículo 49. “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. || Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. || Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. || La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. || Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad (...)”.

cho bajo el amparo de la Constitución¹⁸. Así mismo, se generó una renovación institucional que culminó en la estructuración de un nuevo sistema de seguridad social caracterizado por la individualización de las coberturas, la aplicación del principio de libertad para la elección de los prestadores por parte de los usuarios y la concurrencia de operadores del sistema, la adopción de criterios de mercado y la participación de particulares en la provisión de servicios, y la disposición de mecanismos para asegurar la solidaridad mediante la vinculación progresiva de grupos poblacionales, entre otros¹⁹.

Ese nuevo orden supuso el primer paso en la dirección de la constitucionalización de la seguridad social. Al respecto, quisiera recordar que la constitucionalización, como se ha dicho en otras de las ponencias, se refiere al proceso de transformación del derecho por el texto constitucional. Riccardo Guastini ha definido este fenómeno como una «impregnación» que se da en ordenamientos jurídicos en los cuales la Constitución es «capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales»²⁰. Ese proceso se deriva del modelo del neoconstitucionalismo, que se caracteriza porque las cláusulas constitucionales tienen fuerza normativa o contenido material que condicionan la actuación de los poderes públicos a ciertos fines y objetivos²¹, así como porque cuenta con alguna forma de justicia constitucional²².

Desde los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, esta reiteró el lugar predominante de la Constitución en el sistema de fuentes, al declarar que si los derechos fundamentales no son interpretados bajo una perspectiva constitucional, la acción de tutela se reduce a un mecanismo adicional e insuficiente de protección. En otra oportunidad dijo que la constitucionalización consiste en que la Carta Política se convierta en el «hilo conductor» de todo el derecho, debido a que el artículo 4° establece

¹⁸ *Op. cit.* Juan Carlos Cortés González.

¹⁹ *Op. cit.* Juan Carlos Cortés González.

²⁰ Riccardo Guastini. *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: Miguel Carbonell Sánchez (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, 2005.

²¹ *Op. cit.* **Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque**.

²² Estas particularidades lo diferencian de las constituciones europeas del siglo XIX, que se limitaban a ser documentos políticos no vinculantes.

que es norma de normas, razón por la que «no hay área jurídica inmune al derecho constitucional»²³.

La constitucionalización, entonces, como lo ha puesto de presente la Corte, permeó todas las ramas del derecho, así: *i)* respecto del derecho penal, sostuvo que el legislador no tenía una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, porque debía respetar los derechos constitucionales de las personas, que son fundamento y límite del poder punitivo del Estado²⁴; *ii)* sobre el derecho procesal, indicó que se trata del instrumento idóneo para alcanzar la justicia material propia de un Estado social de derecho siempre que se le dé prevalencia al derecho sustancial sobre el formal²⁵; *iii)* en relación con el derecho laboral, afirmó que la autonomía de la voluntad del empleador se veía limitada por la aplicación del principio de igualdad, en razón de la evidente desigualdad que en la práctica existe entre las partes²⁶. Adicionalmente, en lo que tiene que ver con los deberes que la constitucionalización le impone al juez se encuentra el de «tener como prisma de las disposiciones cuya aplicación le ha sido confiada por el ordenamiento, el articulado vertido en el texto Constitucional», pues solo así se garantiza que las providencias judiciales sean un ejercicio material de administración de justicia²⁷.

En este punto quisiera destacar que el proceso de constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino que presenta grados, y obedece a ciertos factores como «el valor normativo de la Constitución, la labor de los jueces constitucionales, los análisis dentro de las acciones constitucionales y los efectos que tiene la Constitución en la vida cotidiana»²⁸. De manera que la constitucionalización no se agota con la consagración de una carta de derechos, ni con las sentencias que fijen sus alcances.

Así las cosas, podría medirse la profundidad de la constitucionalización de la seguridad social en un determinado ordenamiento jurídico obser-

²³ Sentencia C-127 de 1993.

²⁴ Sentencia C-038 de 1995.

²⁵ Sentencia T-597 de 1992.

²⁶ Sentencia T-335 de 2000.

²⁷ Sentencia T-096 de 2008.

²⁸ Jaime Alfonso Cubides Cárdenas. *La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el derecho procesal constitucional*. Universidad Católica de Colombia, 2012.

vando el rol de la jurisdicción. Si esta debe ser activada por los ciudadanos para lograr el reconocimiento de derechos que han sido incluidos en las constituciones y cuyo alcance ha sido fijado detalladamente por los jueces, se tratará de una sociedad en la que los operadores no han interiorizado las exigencias constitucionales de la seguridad social, esto es, una sociedad en donde no se ha culminado el proceso de constitucionalización. Las razones de la desobediencia de las reglas constitucionales y jurisprudenciales pueden originarse en diversos factores como: *i*) la falta de certidumbre de la norma constitucional, o *ii*) de la imposición efectiva de la misma, *iii*) el tipo de impacto económico de acatarla, o *iv*) el impacto en la operación del sistema²⁹.

Para ilustrar esta tesis, a continuación, expondré como ejemplo la evolución de la forma en que se entiende el derecho salud en la Constitución de 1991, a partir del alcance que ha sido fijado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así mismo presentaré algunas cifras sobre el uso de la acción de tutela.

3. EL AVANCE DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL EJEMPLO DEL DERECHO A LA SALUD

Como mencioné antes, la Constitución de 1991 incluyó por primera vez la salud como uno de los servicios públicos que debía ser garantizado por el Estado. En ese momento, en el que una crisis financiera del entonces Instituto de Seguro Social, que se encargaba de atender los riesgos de salud y maternidad, era inminente, la Asamblea Constituyente optó por no incluirlo como un derecho fundamental. Lo anterior, pese a que para ese momento ya había sido ratificado el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 12 contempló el «derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».

Justamente, con base en esa forma de inclusión en el texto constitucional, las primeras sentencias del Tribunal consideraron que no se trataba de una garantía que podía ser reclamada por la vía de la tutela. Ello, en tanto un

²⁹ *Ibidem.*

derecho constitucional solo podía ser reconocido como fundamental cuando resultara de la aplicación directa del texto constitucional y sin que fuera necesario un desarrollo legal. Esto es, que existiera una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir de la cláusula constitucional. Para la Corte, «en normas que poseen una textura abierta, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podría presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales»³⁰.

Muy poco tiempo después, la Corte modificó su tesis inicial y acogió la de la fundamentalidad por conexidad. Sostuvo que la salud no podía desligarse de la vida y de la integridad física. De esa manera, cuando su vulneración pudiera estar íntimamente ligada a la vulneración de esas otras garantías, era susceptible de ser tutelado el derecho a la salud³¹. Lo mismo sucedía cuando el derecho a la salud era requerido por una persona perteneciente a un grupo social vulnerable como los niños y niñas, los adultos mayores³², las personas privadas de la libertad y quienes sufrían de enfermedades catastróficas³³.

Finalmente, en 2003³⁴, se estimó que el derecho a la salud estaba profundamente ligado a la dignidad humana, razón por la cual era una materialización del Estado social de derecho y, por tanto, ostentaba la categoría de fundamental. Consideró que las obligaciones estatales y los contenidos mínimos que eran objeto de protección eran aquellos contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia constitucional y los planes obligatorios de salud, relacionados con la necesidad de proteger la vida en condiciones dignas³⁵.

Justamente, esa última regla sobre el contenido mínimo del derecho a la salud constituye, a mi juicio, una segunda etapa de constitucionalización, en la cual se amplía el alcance del derecho a la salud, mediante i) su

³⁰ Sentencia T-406 de 1992.

³¹ Sentencia T-042 de 1996.

³² Sentencia T-659 de 2003.

³³ Sentencia T-581 de 2007.

³⁴ Sentencia T-859 de 2003.

³⁵ Sentencia T-201 de 2009.

análisis en el contexto de la Carta Política, es decir, se tienen en cuenta las cláusulas relacionadas con el fin del Estado de asegurar la efectividad de los derechos, y la dignidad humana como principio fundante del Estado; y *ii*) la constitucionalización de los estándares internacionales sobre dicho derecho, bajo la figura del bloque de constitucionalidad³⁶. Aclarando, por supuesto, que la Corte ha reconocido la fuerza vinculante de la jurisprudencia de las instancias internacionales, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la medida en que constituyen pautas relevantes para la interpretación de los derechos constitucionales³⁷.

Ahora bien, la constitucionalización de la seguridad social y, en particular, del derecho a la salud, permitió a la Corte acudir a la figura estado de cosas inconstitucional, elaborada jurisprudencialmente para hacer frente a violaciones masivas y persistentes de uno o varios derechos respecto de un número significativo de personas y cuya reparación compromete a varias entidades. En el año 2008 se emitió la sentencia T-760, en la cual se constató la existencia fallas de regulación en el Sistema de Salud que imposibilitaban el goce efectivo del derecho a la salud de las personas.

Respecto a esa sentencia y al proceso de seguimiento de su cumplimiento, es posible debatir acerca del papel del juez constitucional en la protección de los derechos ante el incumplimiento grave de su garantía por parte de las autoridades públicas responsables de su prestación. Ello, porque ciertamente se trata de un mecanismo que genera gran tensión entre el papel del

³⁶ Esta figura está señalada en el artículo 93 Superior, según el cual ciertas normas internacionales de derechos humanos «prevalecen en el orden interno», y que «los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». A ella se suma el artículo 53 que sostiene que «los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna», el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, al señalar que «la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos», y el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que durante ellos no pueden «suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales», y que «en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario».

³⁷ Sentencia T-558 de 1999.

juez constitucional y las autoridades elegidas democráticamente, responsables de las políticas públicas, en democracias imperfectas o inacabadas como las que existen aún en algunos de los países de la región.

4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL HA GENERADO UNA CRECIENTE JUDICIALIZACIÓN COMO MECANISMO PARA LOGRAR SU EFECTIVA REALIZACIÓN, LO CUAL REFLEJA UNA BRECHA ENORME ENTRE SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL GOCE EFECTIVO DE TAL DERECHO

Como había comentado, la Constitución de 1991 buscaba una transformación social, para lo cual estableció un amplio catálogo de derechos civiles, políticos, sociales y colectivos, así como de mecanismos judiciales efectivos para su garantía. Dentro de ellos se encuentra la acción de tutela, consagrada como un instrumento informal y, por lo mismo, que puede ser utilizado por cualquier ciudadano, sin la ayuda de un abogado, sin requisitos adicionales, ante cualquier juez de la República y que debe ser resuelto en 10 días hábiles³⁸. Esa facilidad ha permitido que en la corta historia de la acción se hayan presentado más de 7'500.000 demandas de tutela.

La intensidad del uso de esa herramienta y el alto grado de apropiación por parte de la ciudadanía ha conducido, al mismo tiempo, a una acelerada labor de interpretación de los derechos fundamentales. En este punto, debo explicar que todos los casos de amparo terminan su trámite en la Corte Constitucional para efectos de su revisión eventual, en la que se recibieron 607.300 expedientes el año pasado, pese a que en 1992 se recibieron 10.732. Ello quiere decir que en 27 años se multiplicó 56 veces el número de tutelas presentadas. En cálculo de la Defensoría del Pueblo, cada cuatro minutos se presenta una acción de tutela para lograr la protección del derecho a la salud³⁹.

³⁸ Decreto 2591 de 1991, artículo 29. De ser impugnada, el juez de segunda instancia tiene 20 días hábiles para decidir (art. 32).

³⁹ «Quejas contra EPS no se detienen». Tomado de: <https://www.eltiempo.com/multimedia/especiales/tutelas-en-colombia-por-pacientes-mal-atendidos/16234375/1/index.html>

Ahora bien, una vez llegan los expedientes a la Corte, estos son asignados por sorteo a cada uno de los magistrados, que reciben 400 expedientes diarios para su registro en el sistema de información y para su estudio inicial. El Tribunal selecciona discrecionalmente algunos de los casos más relevantes, para revisarlos, teniendo en cuenta criterios como la necesidad de unificación de jurisprudencia, su novedad, la necesidad de aclarar el alcance del derecho fundamental, el desconocimiento del precedente de la Corte en los fallos de instancia, la protección urgente del derecho fundamental invocado, o la preservación del interés general y/o el patrimonio público, entre otros⁴⁰.

A partir de la información recaudada en el examen de los expedientes por parte de la Corte, presentaré algunos datos sobre las tutelas presentadas en relación con el derecho a la seguridad social para cuestionar la incidencia real de la jurisprudencia constitucional que ha fijado el alcance de este.

Como comenté, en 2018 fueron presentadas 607.300 tutelas, de las cuales 207.734 correspondieron al derecho a la salud, esto es, un 34 %. En su mayoría, las personas solicitaban la asignación de citas médicas, la entrega oportuna de medicamentos o insumos, la práctica de procedimientos médicos, el pago de transporte y viáticos para recibir atención en salud o la autorización del tratamiento integral de su enfermedad. En este punto, recuerdo que en el 2008, cuando se dictó la sentencia estructural T-760 de 2008, la Corte recibía 344.468 tutelas en total, de las cuales 143.023 correspondían al mismo derecho (21.45 %). La salud es el segundo derecho más reclamado, después del de petición. Los datos suponen un crecimiento en las demandas que podría ser explicado con base en distintos factores, como la ampliación del alcance del derecho por parte de la jurisprudencia, por la apropiación de la tutela por parte de los ciudadanos, y por el incumplimiento de sus obligaciones por parte de las entidades encargadas de garantizar los servicios.

De las tutelas recibidas en el 2018, un total de 20.272 se referían a reclamos pensionales, es decir, un 3,33 %. La pensión de vejez fue la pretensión más solicitada, después de ella, la de sobrevivientes y finalmente, la de invalidez. Ahora bien, llama la atención el hecho de que 6.731 de esos amparos

⁴⁰ Acuerdo 02 de 2015, artículo 52.

buscaban el pago de los honorarios de la junta de calificación de invalidez. Teniendo en cuenta que se trata de la forma de asumir el riesgo de enfermedad, de la maternidad o de la paternidad, quisiera mencionar los reclamos por pago de incapacidades y licencias por maternidad o paternidad. Ellas suman 29.739, esto es, un 4,9 % del total de las tutelas.

Con base en estas cifras, que se confirman con los datos del primer trimestre del año en curso, parecería entonces que la promesa transformadora de la Carta Política se ha enrutado preferentemente por la vía de la judicialización. Si bien en el caso del seguimiento de la sentencia T-760 se han evidenciado avances decididos por parte de las autoridades, parecería que muchos de los actores del sistema no han interiorizado los mandatos constitucionales, impidiendo la vigencia material de la Constitución en un área tan sensible para la realización del Estado Social de Derecho.

5. CONCLUSIÓN

Es cierto que en el proceso de constitucionalización, la actividad jurisdiccional ocupa un lugar central, debido a que los jueces constitucionales son los que se encargan de fijar el alcance de las normas superiores. No obstante, no puede pasarse por alto que, como señalé antes, persisten los reclamos diarios de los ciudadanos que buscan que los jueces de tutela apliquen en su caso las reglas constitucionales sobre los derechos a la seguridad social y a la salud. Podría pensarse entonces que los actores encargados de las prestaciones sociales no han ajustado de forma sistemática sus comportamientos a las exigencias constitucionales, aun a pesar de que la «Constitución es norma de normas»⁴¹ y de que todos están obligados a acatarla.

Así, al estudio de las razones de las decisiones de los jueces de tutela, en tanto constituyen «la medida correcta de la constitucionalización»⁴², hay que agregar un análisis sobre el grado de incidencia de estas en la vida cotidiana de las personas, para establecer la efectividad e intensidad del pro-

⁴¹ Constitución Política, artículo 4.

⁴² *Op. cit.* Juan Jacobo Calderón Villegas.

ceso de constitucionalización. Se requiere entonces una estrategia compleja de exploración de la constitucionalización, que incorpore las normas sobre el papel y las normas en acción, las palabras y las conductas⁴³ para tener un panorama real del proceso.

A partir de esa observación, se podrán obtener conclusiones sobre la profundidad de la constitucionalización de la seguridad social, y también se podrá identificar una forma para que el camino de los jueces constitucionales y de los actores del sistema converja en la protección de los derechos a la seguridad social y a la salud. Los interrogantes siguen abiertos sobre la forma en que podría solucionarse la distancia entre el papel y la práctica. Ello, por cuanto una sociedad en la que el aparato judicial tenga que ser activado cada vez que una persona busque la protección de un derecho, será una sociedad en la que los actores no han interiorizado las exigencias constitucionales de la seguridad social.

⁴³ *Ibid.*

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL EN COSTA RICA

Fernando Castillo Víquez¹

ÍNDICE

| | |
|---|--|
| Introducción | |
| I.- La seguridad social..... | |
| II.- El contenido esencial de derecho a la seguridad..... | |
| a.- El derecho a la salud | |
| b.- El derecho a la jubilación | |
| c.- El derecho al seguro de desempleo..... | |
| d.- El derecho al seguro de riesgos de trabajo..... | |
| A modo de conclusión | |
| Bibliografía | |

INTRODUCCIÓN

En primer término, deseo expresar mi más profundo agradecimiento a los organizadores de este evento por la invitación a participar en tan importante evento académico. Entrando ya en materia, se puede afirmar que, en el estado actual de nuestras sociedades, los sistemas de seguridad social están viviendo una crisis profunda. Nuestro país no escapa a esta realidad.

¹ Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Estado de Costa Rica y catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

No hay que perder de vista que la seguridad social es la expresión genuina de un valor trascendente de todo Estado social de Derecho: el principio de solidaridad. Más aún, es uno de sus elementos nucleares. No está de más añadir que unas de las primeras manifestaciones de la intervención del Estado en la economía fue precisamente para crear y consolidar todo un entramado jurídico e institucional tendente a garantizar prestaciones sociales básicas en favor de las personas, en especial de los más desvalidos. Así ocurrió con las leyes dictadas en Alemania, a finales del Siglo XIX, en el Gobierno encabezado por el canciller Bismarck². En Inglaterra, el seguro social nació en 1911, con la promulgación de la *Ley National Insurance Act*, donde se recogen los seguros de salud, invalidez y desempleo; el de vejez ya había sido reconocido por la *Old Age Pension Act* de 1908. Un fenómeno similar tuvo lugar en los Estados Unidos de América, con la política impulsada por el presidente Roosevelt en el *New Deal*. En la primera mitad del siglo XX se instauran los seguros sociales en un número importante de Estados, tanto en Europa como en América³, entre ellos el nuestro.

Siguiendo el impulso fijado por la Constitución mexicana de 1917, Constitución de Querétaro, artículo 23, y la española de 1931, el constitucionalismo social tiene como punto de partida a Costa Rica, en 1940, pues es en la administración del Dr. Rafael Calderón Guardia que se crean los seguros sociales, aunque su antecedente, según una reseña histórica que hace la Sala Constitucional (en adelante, SC), se encuentra en la Segunda Administración de Lic. Cleto González Víquez⁴. Es mediante la reforma parcial a la Carta Fundamental de 1871 que se

² En 1883 se promulga la primera Ley de creación del Seguro de Enfermedad, en 1884 la crea el Seguro de Riesgos de Trabajo y en 1889 el Seguro de Vejez e Invalidez.

³ DELGADO DEL VALLE, Gerardo y otro. *Análisis comparativos de los regímenes de pensiones básicos, fondos creados por leyes especiales, regímenes obligatorios desde el punto de vista jurídico*. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho.

⁴ “Luego, para la campaña electoral de 1928, por petición de don Cleto González Víquez, el ingeniero Max Koberg Bolandi preparó un proyecto para la creación de una “Caja para la Atención de las Emergencias Médicas de los Trabajadores” que se financiaría con contribuciones de patronos y obreros. Este es posiblemente el primer intento formal para crear el seguro social en Costa Rica; sin embargo, no fue incluido el aporte estatal. Posteriormente, el 8 de mayo de 1940 asumió la Presidencia de la República el Dr. Calderón Guardia, quien presentó como uno de sus principales proyectos de gobierno, la creación de una serie de garantías para la clase trabajadora costarricense. Dicho ideario había nacido en su persona desde su época de estudiante de Medicina en la Universidad de Lovaina (Bélgica) en donde había tenido el privilegio de ser alumno del afamado Cardenal Desiderato José Mercier, autor en 1920 del *‘Código Social de Malinas’*. Obra pionera

introducen las Garantías Sociales, la número XIX, Ley n.º 24 del 2 de julio de 1943. Por su parte, por Ley n.º 17, el 1º de noviembre de 1941 se creó la CCSS como una

y fundamental en la materialización de los principios de la mencionada *‘Doctrina Social de la Iglesia’*, la cual había surgido al interior de la iglesia católica como consecuencia de la encíclica *‘Rerum Novarum’*. Así, una vez que ocupó la presidencia, Calderón Guardia promulgó la ley de creación del *‘Seguro Social’* en 1941, la cual dio origen a la *‘Caja Costarricense del Seguro Social’*; y en agosto de 1943 presentó el proyecto para la emisión de nuestro primer *‘Código de Trabajo’*, el cual entró en vigor en septiembre de ese año. Obras ambas cuales para las que contó con el apoyo irrestricto del arzobispo metropolitano de San José, Mons. Víctor Manuel Sanabria Martínez y con el presidente del partido *‘Bloque de Obreros y Campesinos’*, Lic. Manuel Mora Valverde. en ese mismo año de 1942, con la idea de dotar de rango constitucional a toda esta profunda obra social, el Dr. Calderón Guardia presentó un proyecto para la creación de un capítulo dentro de nuestra carta fundamental dedicado a la temática de defensa de los derechos laborales. Así, después de un intrincado proceso parlamentario, fue aprobada el 2 de julio de 1943, la Ley N° 24, en virtud de la cual, el Título 3º de la Constitución Política de 1871 fue adicionado con un nuevo acápite al que se denominó como *‘De las Garantías Sociales’*, el cual fue ubicado como una Sección 3ª de dicho título constitucional. Este nuevo segmento constó de 15 artículos y al haberse intercalado dentro de la citada Constitución Política decimonónica, se varió la numeración de la misma, pues fue ubicado a partir del artículo 51 y hasta el 66. Ahora bien, en cuanto a la contribución tripartita, el artículo 63 recogió la influencia histórico-doctrinaria supra citada y la incorporó, al indicar: *‘... Artículo 63.- Se establecen los Seguros Sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de triple contribución forzosa del Estado, de los patronos y de los trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y gobierno de los Seguros Sociales estará a cargo de una institución permanente, con esfera de acción propia, llamada Caja Costarricense de Seguro Social, que desempeñará sus funciones con absoluta independencia del Poder Ejecutivo. Los fondos o reservas de los Seguros Sociales no podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, y su manejo será hecho por la Caja, de acuerdo con su ley constitutiva. Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales...’*. Como consecuencia de los hechos ocurridos entorno al movimiento armado de la *“Revolución de 1948”*, a partir del 8 de mayo de ese año, asumió el poder político en Costa Rica la *‘Junta Fundadora de la Segunda República’*, la cual, en el mes de septiembre, convocó a elecciones para nombrar una Asamblea Constituyente. Dicho órgano entró en funciones en enero de 1949 y para el 7 de noviembre de ese mismo año, promulgó nuestra actual Constitución Política. Una de sus principales innovaciones fue la de otorgar un rango superior y particularizado al tema de las Garantías Sociales, pues al contrario del que ostentaba en la antigua Constitución Política de 1871, dicha figura pasó de tener el rango de Sección 3ª a poseer el rango de Título 5º, con el nombre de *‘Derechos y Garantías Sociales’*, pasando asimismo a ser aumentado de 15 a 25 artículos. Atinente al artículo 63 pasó a ser identificado con el numeral 73, efectuándosele una serie de variaciones en su redacción, como consta en este pronunciamiento, que no afectaron la médula de lo dispuesto, por ejemplo, el carácter forzoso de la contribución tripartita. Vale agregar que en el ámbito internacional, una de las recomendaciones acordadas por la Organización Internacional de Trabajo, en relación con los principios y derechos reconocidos en la Declaración de Filadelfia de la OIT en 1944 (*“Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, 1944”*), explicó que, en cuanto al financiamiento y costo de la seguridad social, *‘debería distribuirse entre los asegurados, entre los empleadores y entre los contribuyentes, de suerte que sea equitativo para los asegurados y evite una carga demasiado gravosa a las personas aseguradas de escasos recursos y trastornos a la producción’*. Vid. voto n.º 15655-11 de la SC.

institución semiautónoma. El 22 de octubre de 1943 se le otorga la naturaleza jurídica de institución autónoma, destinada a la atención del sector de la población obrera y mediante un sistema tripartito de financiamiento. El seguro de invalidez, vejez y muerte (en adelante, I.V.M.) nace en 1947; incluía a los trabajadores del Estado, instituciones autónomas, semiautónomas y las municipalidades. En julio de ese mismo año se incorporan los trabajadores administrativos de la empresa privada. En 1960, el Seguro de I.V.M. amplió su cobertura a los empleados del comercio, escuelas de enseñanza particular, consultorios profesionales y trabajadores municipales pagados por planillas de jornales. En 1962, se amplió a los trabajadores manuales ocasionales (construcción), a los pagados por planillas de jornales en obras públicas, ferrocarriles. En 1971, se incluye a todos los obreros del país. El 12 de mayo de 1961, mediante Ley n.º 2738, se aprueba la universalización de los seguros sociales a cargo de la CCSS⁵.

La seguridad social también tiene un amplio reconocimiento en el ámbito internacional. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su numeral 22, establece que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social. El artículo 25 es más específico, al expresar que ese derecho incluye el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad. En términos similares se pronuncia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –artículo 16-. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 12, establece que para garantizar a toda persona el más alto nivel posible de salud física, se deben de crear por parte de los Estados condiciones que aseguren una adecuada asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad. En el Convenio 102 de la O.I.T. se establecen las reglas mínimas de la seguridad social, y las contingencias a cubrir son: la vejez, la invalidez, la viudez y la cobertura a los hijos. En el Convenio 108 se garantiza el libre acceso a la seguridad social a los extranjeros, a recibir un trato igualitario al que reciben los nacionales. Igual ocurre con el Convenio 128. El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social sigue la ruta trazada en el Convenio 102 de la O.I.T.

⁵ Vid. www.ccss.sa.cr/cultura_organizacional_detalle?id=2

Como puede observarse, la seguridad social tiene una amplia cobertura tanto en el ámbito nacional como en el internacional, por lo que, como se verá más adelante, su condición de derecho fundamental está más que justificada, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico; en otros no se tiene como tal, sino que es un principio rector de la política social y económica, de donde no puede derivarse un derecho subjetivo oponible frente a los poderes públicos y, consecuentemente, su prestación o satisfacción efectiva depende, principalmente, de la disponibilidad de recursos con las que cuente el Estado o sus instituciones sociales, tal y como está consagrado en la Constitución española del 27 de diciembre de 1978.

En estas breves líneas, hemos limitado nuestro objeto de estudio a aspectos muy puntuales: a los elementos de la seguridad social que están constitucionalizados, los principios que la regentan, al contenido esencial del derecho a la seguridad social y, por último, expondremos nuestras conclusiones.

I.- LA SEGURIDAD SOCIAL

No cabe duda de que el régimen de la seguridad social está protegido constitucionalmente. En efecto, el artículo 73 de la Carta Fundamental establece los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, por medio de un sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de protegerlos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte y demás contingencias que determine la ley. La administración y el gobierno de estos seguros están a cargo de la CCSS. Al respecto, la SC, en el voto n.º 6256-94, expresó lo siguiente:

“Es así como nuestra Constitución Política establece una manifestación normativa dentro del Capítulo de Derechos y Garantías Sociales en donde se encuentra el artículo 73, que consagra la existencia de un régimen de seguridad social a favor de los trabajadores manuales e intelectuales, cuya administración y gobierno se le entrega a la Caja Costarricense del Seguro Social, bajo la tipología de institución autónoma. Existe entonces una clara voluntad del Constituyente de darle un tratamiento especial a la seguridad social y una

inequívoca manifestación de que sea un cometido estatal... De igual manera se establece que los fondos que integran ese servicio asistencial en cuya generación participa obligatoriamente el Estado no pueden ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, ... tampoco mediante el ejercicio de la potestad tributaria (Arts. 18 y 121 inciso 1) y 13) puede el Estado Legislador menoscabar, dificultar o hacer nugatoria la competencia de la Caja Costarricense del Seguro Social para desarrollar un régimen de seguridad social, que la Constitución y los valores que ella inspiran, lo ha asumido como un cometido esencial de nuestro Estado Social de Derecho. Se hace necesario ponderar dos valores fundamentales, a saber: el deber de contribuir económicamente para el sostenimiento del estado aparato y el deber de mantener un servicio asistencial de seguridad social a favor de la clase trabajadora; ambos tienen base constitucional pero sobresale y se impone el valor de la seguridad social, por estar intrínseco en la ideología de nuestro sistema constitucional, entendiendo ésta como Estado Social de Derecho. (...)"

No es posible pasar por alto que el citado numeral recoge los seguros contra los riesgos profesionales, que son de exclusiva cuenta de los patronos, y cuya administración corresponde al Instituto Nacional de Seguros (en adelante, INS).

Por otra parte, el artículo 63 constitucional reconoce el derecho de los trabajadores despedidos sin justa causa a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación. Por su parte, el artículo 72 de la Constitución Política (en adelante, CP) le recuerda al Estado que debe de mantener un seguro de desocupación; mientras este no exista debe crear un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios y procurar la reintegración al empleo.

La seguridad social se concibe, pues, en nuestro medio, como un sistema de prestaciones de previsión social que tiene basamento constitucional, de naturaleza pública –tanto el seguro de salud como el I.V.M. y el seguro de riesgos de trabajo los administran dos entes públicos- cuya contrapartida es una serie de derechos fundamentales que imponen a los entes públicos obligaciones de dar, dentro de los cuales necesariamente se debe incluir: el dere-

cho a la salud, el derecho a la jubilación, el seguro de riesgos profesionales y enfermedades de trabajo y el derecho a la cesantía. La SC definió la seguridad social como “(...) los sistemas previsiones y económicos que cubren los riesgos a que se encuentran sometidas ciertas personas, principalmente los trabajadores, a fin de mitigar al menos, o de reparar siendo factible los daños, perjuicios y desgracias de que pueden ser víctimas involuntarias o sin mala fe”⁶.

La seguridad social está regida por una serie de principios, entre los cuales se encuentran: el de universalidad⁷, obligatoriedad, solidaridad, unitario, subsidiariedad, el de base técnica y la no afectación de los recursos. El primero supone que las prestaciones deben brindárseles a todas las personas que conforman el conglomerado social. En el segundo encuentra justificación la contribución parafiscal que fija el Estado, en ejercicio de la potestad tributaria, tanto a los patronos como a los trabajadores, así como su deber de contribuir como tal al sistema de seguridad social. En el tercero está la justificación de que los miembros de la sociedad deben contribuir al sistema de conformidad con sus ingresos económicos, de forma tal que quienes poseen mayores ingresos subsidien a quienes tienen menos, sin que los primeros puedan exigir para sí ningún beneficio adicional, por el hecho de aportar más recursos al sistema. El cuarto está estrechamente relacionado con el anterior, toda vez que el sistema de seguridad social no solo debe responder a criterios lógicos, racionales en relación con su funcionamiento, principalmente con su gestión, sino que debe conceder beneficios y prestaciones iguales para todos. El de subsidiariedad, lo que nos indica es que el principal responsable de la sostenibilidad financiera del sistema es la colectividad, y no los entes públicos que lo administran. El de la base técnica impone a los administradores del sistema adoptar sus decisiones basados en estudios económicos, financieros y actuariales que le den sostenibilidad financiera al sistema, de forma tal que debe existir una concordancia entre las prestaciones que se brindan a los usuarios y su costo económico. Lo anterior significa, ni más ni menos, que no se debe dar aquellas prestaciones que coloquen al sistema en situación de crisis; lo anterior es principalmente cierto cuando se trata de los sistemas de pensiones⁸. Por último, el principio de la no afectación de los recursos pro-

⁶ Vid. voto n.º 2571-00 de la SC.

⁷ El artículo 177 de la Carta Fundamental reconoce la universalización de los seguros sociales.

⁸ En este sentido el Convenio 102 de la O.I.T. establece lo siguiente:

híbe utilizar los fondos de la seguridad social en finalidades distintas a la de esta. De una u otra forma, estos principios se encuentran recogidos en el numeral 73 constitucional a que hemos hecho referencia *supra*⁹.

II.- EL CONTENIDO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El contenido de la seguridad social está integrado por dos elementos entrelazados entre sí. Por un lado, están las prestaciones que deben brindar los operadores del sistema y, por el otro, se encuentran los derechos fundamentales de cada individuo de demandar de los entes y órganos públicos una serie de servicios tendentes a satisfacer necesidades de índole socioeconómica. Dentro de las primeras está la asistencia médica¹⁰, las prestaciones económicas por enfermedad¹¹, prestación por desempleo, prestaciones en caso de accidentes laborales

“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.
 2. El total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de éstos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Miembro, en aplicación del presente Convenio, podrán ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una rama especial.
 3. El Miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión”. (Las negritas no corresponden al original).
- ⁹ El artículo 73, párrafo tercero, de la Carta Fundamental expresa que no se pueden transferir ni emplear a finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.
- ¹⁰ El artículo 17 del Reglamento del Seguro Social establece que la asistencia médica comprende: acciones de promoción, prevención, curación y rehabilitación; asistencia médicas especializada y quirúrgica, asistencia ambulatoria y hospitalaria; servicio de farmacia para la concesión de medicamentos; servicios de laboratorio clínico y exámenes de gabinete; asistencia en salud oral, asistencia social individual y familiar.
- ¹¹ Los artículos 27, 28, y 49 a 51 del Reglamento de Seguro Social expresa que las prestaciones en dinero conllevan subsidios y ayudas económicas para la compra de prótesis, anteojos, aparatos ortopédicos; para traslados y hospedaje, gastos de funeral y gastos de libre elección médica.

y de enfermedad profesional¹², maternidad¹³, invalidez, prestaciones de sobrevivientes¹⁴ y vejez¹⁵. Dentro de los segundos, se encuentra el derecho a la salud, el derecho al seguro de desempleo, el derecho a la pensión. De aquí en adelante, haremos referencia a los derechos fundamentales de naturaleza prestacional que se derivan del derecho fundamental a la seguridad social.

A.- EL DERECHO A LA SALUD

La SC ha seguido un concepto integral de la salud en su jurisprudencia. Ha dejado de lado la vieja y superada visión de concebir la salud como ausencia de enfermedad y, en su lugar, opta por conceptualizarla como un estado integral de la persona desde el punto de vista espiritual, emocional y físico. En este sentido, y siguiendo a la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), en su Constitución -adoptada en Nueva York, en 1946-, define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades¹⁶.

Esta forma de concebir la salud tiene una enorme repercusión en la jurisprudencia de la SC. Más aún, es a partir de esta que podemos explicar y entender

¹² El artículo 218 del Código de Trabajo establece que el Instituto Nacional de Seguro cuando ocurre un riesgo de trabajo debe de cubrir la asistencia médica-quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica, de rehabilitación; las prótesis y aparatos médicos que se requieran para corregir deficiencias funcionales; las prestaciones en dinero como indemnización por incapacidad temporal, permanente o muerte; los gastos de traslados; los gastos de hospedaje y alimentación, la readaptación, reubicación y rehabilitación laboral por medio de instituciones públicas nacionales especializadas o extranjeras.

¹³ De conformidad con el artículo 95 del Código de Trabajo, el numeral 37, inciso K del Estatuto del Servicio Civil y el artículo 40 del Reglamento de Salud, la licencia remunerada por maternidad es de cuatro meses, y es uno antes y tres de después de parto.

¹⁴ El Reglamento de I.V.M., en su artículo 9, establece que tienen derecho a la pensión por viudez: el cónyuge del asegurado fallecido o de la causante, siempre y cuando haya convivido de forma continua, bajo el mismo techo y haya dependido económicamente del fallecido; si hay separación judicial o de hecho, debe de demostrar que el fallecido le satisfacía una pensión alimentaria en una cuantía acorde con las necesidades básicas de subsistencia; o la compañera o compañero económicamente dependiente del asegurado fallecido que al momento de la muerte haya convivido al menos un año con él o ella, de forma continua, exclusiva, bajo el mismo techo, en condiciones de cooperación y de mutuo auxilio.

¹⁵ El artículo 5 del Reglamento de I.V.M. regula el derecho a la pensión por vejez al asegurado que alcance los 65 años y que haya contribuido al seguro social con al menos trescientas cuotas.

¹⁶ *Vid.*, entre otros, el voto n.º 7602-10 de la SC.

la postura de alto Tribunal como se verá más adelante. A manera de adelanto, cuando el Tribunal, en un caso concreto, tiene por demostrado que el tratamiento quirúrgico no es urgente, empero el paciente padece de algún dolor, ha optado, mediante voto de mayoría, por declarar con lugar el recurso de amparo y ha ordenado aplicar el respectivo tratamiento dentro de un plazo razonable, toda vez que entiende que, pese a la no urgencia, sí hay una afectación real y permanente del estado emocional del paciente. Incluso, en caso de la medicina satisfactoria, también ha amparado la pretensión del justiciable al interpretar que la demora excesiva en el tratamiento quirúrgico puede afectar de forma real y grave la estabilidad emocional del usuario de los servicios de salud¹⁷.

En la CP no se encuentra regulado el derecho a la salud como un derecho fundamental. Empero, la SC lo ha derivado del derecho a la vida, el que se encuentra regulado en el numeral 21 de la CP. En efecto, ha señalado que *“(...) El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental (...)”*¹⁸.

¹⁷ En el voto n.º 15490-10 de la SC se indicó lo siguiente: “En el caso concreto, pese a que se informó que la patología que presenta la actora no constituye una emergencia médica, lo cierto es que por la naturaleza del padecimiento —exteriorización de los órganos pélvicos por la vagina— su calidad de vida se ve afectada. En todo caso, resulta irrazonable que la amparada deba esperar **siete meses más** para que se le practique el procedimiento quirúrgico que requiere y que le fue cancelado por una causa que solo le es imputable a la autoridad recurrida. Nótese que, incluso, a la recurrente se le recomendó el tratamiento desde hace más de un año, en la cita del 4 de setiembre de 2009”. Por su parte, en el voto 10642-10 de la SC se indicó lo siguiente: “En el presente asunto, del informe rendido bajo juramento y de las pruebas aportadas al proceso, se tiene por demostrado que el recurrente padece de varicocele testicular. Asimismo, se acredita que desde diciembre anterior, el médico tratante le recomendó al tutelado realizarse una cirugía para corregir ese padecimiento y lo incluyó en una lista de espera. No obstante, **seis meses** después de esa recomendación médica, no existe fecha cierta para realizarle la cirugía al recurrente (los autos). En su informe, las autoridades recurridas manifestaron que el caso del amparado no es prioritario ni constituye una emergencia médica pero que su tratamiento tiene como fin mejorar la fertilidad. No obstante, queda como un hecho incontrovertido que, a raíz de esa patología, el tutelado sufre fuertes dolores que afectan su calidad de vida, siendo que, además, se afecta su capacidad de procrear. Partiendo de esta relación de hechos, considera la Sala que se está en presencia de una violación del derecho a la salud y al buen funcionamiento de los servicios públicos”.

¹⁸ Vid. voto n.º 11222-03 de la SC.

No es este lugar ni el momento para analizar la teoría de los derechos fundamentales, sin embargo, siguiendo a ALEXY, quien esboza tres criterios para determinar cuándo estamos en presencia de un derecho fundamental: el criterio estructural, que considera que un enunciado de derecho fundamental lo es tal por hecho de que está en la CP. El material, que nos refiere al contenido de la norma y; por último, el criterio de adscripción formal, que explica que se está en presencia de una norma de derecho fundamental cuando la CP así lo indique, ya sea en su enunciado normativo o porque se encuentra en el capítulo respectivo. Ahora bien, estos criterios son demasiado restringidos y puede ser útil para derechos fundamentales de vigencia inmediata, empero, cuando hablamos de normas adscritas se entiende todas aquellas que con cierto grado de indeterminación fija la CP, como la libertad de investigación y enseñanza, y que son necesarias para el despliegue de los derechos directamente estatuidos, pero que, además, se reconducen a éstos¹⁹. Un Ejemplo, de una norma adscrita en nuestro medio lo constituye el derecho a la salud, el que, como se indicó no está positivizado en nuestra CP, pero la SC lo ha derivado del derecho a la vida y el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado (numerales 21 y 50 de la CP).

Alguien podría pensar que en este proceder la SC sigue el camino del activismo judicial y, por vía jurisprudencial, ha ampliado el catálogo de derechos fundamentales, labor que sería propia de la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de la potestad constituyente (poder reformador) o de una Asamblea Constituyente. Sin embargo, resulta interesante traer a colación la actividad desplegada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Como es bien sabido, el Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador –que adiciona este tipo de derechos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)- señala que solo son justiciables en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos los derechos a la educación y a la sindicalización²⁰. Los demás quedan supedi-

¹⁹ ALEXI, Robert. *La Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º edición, 2008, pp. 46-53.

²⁰ *Vid.* inciso 6 del artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

tados a que los Estados parte adopten las medidas internas hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en esos instrumentos de derecho internacional. No obstante, la CIDH, adoptando como parámetro los derechos civiles y políticos, que sí son justiciables, y bajo el criterio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, ha llegado, por esta vía indirecta, a condenar a los Estados por vulnerar los derechos económicos, sociales y culturales de los justiciables. A manera de ejemplo, la CIDH, adoptando como marco de referencia el derecho consuetudinario indígena, siempre y cuando no se oponga a lo que señala la CADH²¹, ha reconocido el derecho de propiedad colectiva en las comunidades indígenas²², el derecho de toda persona a la seguridad social que lo proteja en la vejez y de la incapacidad que imposibilite una vida digna²³, el derecho a una pensión nivelada como un derecho adquirido derivado del numeral 21 de la CADH²⁴; por último, indicó que la condición migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral, es decir, que los derechos laborales surgen a causa de la condición de trabajador que ostenta la persona, independientemente de su condición migratoria, de ahí que los Estados están en el deber de hacer respetar los derechos laborales que están consagrados en su derecho interno. Por ello, si hay tolerancia ante vulneraciones de los derechos laborales u omisión, cabría responsabilidad internacional contra el Estado infractor²⁵.

Algo similar ha ocurrido en España, donde el derecho a la salud no está consagrado como un derecho fundamental sino que, de conformidad con el numeral 43 de la Constitución española, es un principio rector de la política social y económica. No obstante, se le ha ligado “(...) *de forma especial a derechos fundamentales tales como los contemplados en los artículos 14 CE (prohi-*

²¹ *Vid.* caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia del 4 de diciembre de 1991

²² *Ibid.*

²³ *Vid.* caso Cinco pensionados vs. Perú, sentencia del 28 de febrero del 2003.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Vid.* Opinión Jurídica OC-18-2003, condición jurídica y derechos de los emigrantes indocumentados.

bición de discriminación), 15 CE (*derecho a la integridad física*, 18 CE (*derecho a la intimidad*) y 24.1 CE (*derecho a la tutela judicial efectiva*)²⁶.

²⁶ BORRELL MESTRE, Joaquín. “El derecho a la salud: en especial la responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios de salud” San José, Costa Rica, XV Jornadas de Derecho Constitucional, 17 de febrero del 2011. BORRELL MESTRE nos hace un recuento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre este ligamen al indicar lo siguiente:

“En relación con la *prohibición de discriminación* (art. 14 CE) la STC 62/2008, de 26 mayo, dictada en un recurso de amparo, analiza la eventual discriminación por causa de enfermedad o precario estado de salud. Se discutía si el despido de un trabajador -que había ocultado en el momento de contratar para la empresa en que trabajaba sus problemas cervicales crónicos, que le habían provocado sucesivas bajas en otras empresas para las que había prestado sus servicios con anterioridad- vulneró su derecho a la no discriminación reconocido en el artículo 14 CE y si en consecuencia tal despido, debía declararse nulo. El Tribunal Constitucional declaró que no hay lesión al derecho fundamental si la empresa despide no por la enfermedad, sino por la quiebra del equilibrio contractual que la enfermedad implica, al incapacitar al trabajador para desarrollar su trabajo.

No obstante, el Tribunal entiende que el estado de salud del trabajador, o más propiamente, su enfermedad, pueden en determinadas circunstancias constituir factores de discriminación análogos a los que expresamente contempla el artículo 14 CE, al poderse encuadrar en la cláusula genérica de las otras circunstancias, condiciones personales o sociales, contemplada en el mismo. Eso ocurre cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada por la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración de permita poner en relación dicha circunstancia con la actitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. También en esta Sentencia se dice que la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo, en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social, constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 CE, a través entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria de formación y readaptación profesionales y en su caso de protección social a la que se refieren los artículos 43.2, 40.2 y 41 CE.

Respecto al derecho a la *integridad física* (art. 15 CE), el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varios ámbitos. Por citar algunos, señalaremos que en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los internos en establecimientos penitenciarios con la Administración Penitenciaria existe la obligación de esta de velar por la vida y la salud de los sometidos a su custodia. Así señaló el citado Tribunal que la asistencia médica en contra de la voluntad del interno puede afectar a su derecho a la integridad, a no ser que tenga justificación constitucional, como sucedió en casos de huelga de internos a los que se les prestó asistencia médica (STC 120/1990). También examinó el supuesto de exploraciones de rayos X a internos, en las que podía lesionarse su derecho a la integridad si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuvieran lugar con excesiva intensidad y frecuencia o se practicasen forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles (STC 35/1996).

En el orden laboral, principalmente, el Tribunal Constitucional ha indicado que no todo supuesto de riesgo de daño para la salud implica una vulneración de derecho fundamental, sino tan solo el que genere peligro grave y cierto para la misma. El derecho fundamental del artículo 15 CE no protege frente a cualquier daño o riesgo potencial hipotético para la salud, sino solo actúa cuando exista un riesgo constatado de producción cierta o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir cuando se genere con la orden

A mayor abundamiento, cabe recordar que la SC ha señalado que cuando un instrumento internacional otorga mayores derechos a favor de la persona que la CP, se debe aplicar el primero y no la segunda. “*Tratándose de instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que ha reconocido también la jurisprudencia, que 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 a garantías a las personas, priman por sobre la Constitución*”²⁷. Lo anterior, a pesar de que los tratados internacionales y los concordatos tienen rango supralegal en nuestro medio, pero infraconstitucional, de conformidad con el numeral 7 constitucional, siguiendo la SC un principio garantista de interpretación²⁸ en este caso. En lo referente al derecho a la salud, en la Declaración

de trabajo un riesgo o peligro grave para el trabajador (SSTC 62/2007 y 160/2007). Así cuando aún no se ha consumado el daño o perjuicio de la salud personal, será suficiente demostrar un riesgo cierto o un riesgo previsible y grave (STC 220/2005, de 11 septiembre).

Respecto a la contaminación acústica en una vivienda por las molestias generadas por establecimientos de la zona, el Alto Tribunal consideró que si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasan el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado este derecho (STC 119/2001, de 24 mayo).

El *derecho a la intimidad* (art. 18 CE) engloba la protección de los datos propios de la salud que se manifiesta como imperativo no solo para proteger el ámbito de la privacidad del sujeto, sino también para evitar otros efectos aparejados que le pueden causar perjuicios al margen del propio hecho del conocimiento. El Tribunal Constitucional establece que los reconocimientos médicos en la empresa, no pueden imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable; fija condiciones de tales reconocimientos médicos obligatorios como son la concurrencia de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con las previsiones legales que contemplan esos reconocimientos, y declara además la necesidad de un consentimiento informado. Si se indaga en la salud con un fin distinto al normativamente previsto y consentido por el aceptado, empleando la indagación con una finalidad que pueda acarrear perjuicios para el interesado, como puede su despido, se llega a un fin inverso al perseguido por el reconocimiento constitucional de la protección de la salud. (STC 2002/1999, de 8 noviembre).

Finalmente el derecho a la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE) exige el deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando está en juego la protección de la salud. (STC 95/2000, de 10 abril”).

²⁷ *Vid.* votos n.º 1319-97, n.º 3435-92 y n.º 5759-93 de la SC.

²⁸ ROLLA, Giancarlo. “Derechos fundamentales y Estado democrático: El papel de la justicia constitucional”. Revista Costarricense de Derecho Constitucional. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., junio, 2000, pp. 249 y 250 nos indica que la capacidad del juez constitucional de desarrollar los derechos de la persona a través de las codificaciones

Universal de Derechos Humanos, en su numeral 25, encontramos que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que, entre otras cosas, le asegure su salud y “(...) y el bienestar y en especial la alimentación, vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. También este derecho se encuentra recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 3, 6, 23, 24 y 24, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, numerales 7 y 11, indicándose, en el último, que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, en la medida que lo permitan los recursos públicos y de la comunidad. Más aún, existe un vínculo estrecho entre el derecho a la salud y otros derechos humanos, en palabras de SEUBA HERNÁNDEZ, fuerte y numerosos, a manera de ejemplo, entre el derecho a la salud con el derecho a una vivienda digna, con el derecho a una alimentación adecuada y saludable, con el derecho a la educación y con ciertos derechos civiles y políticos²⁹.

Se puede afirmar, entonces, que el derecho de la salud no solo se deriva de los numerales 21 y 50 de la CP, sino también de los instrumentos internacionales de derechos humanos antes citados, e, incluso, del numeral 46 de la CP que establece como un derecho de los consumidores y de los usuarios de los servicios públicos a que se les proteja su salud.

Ahora bien, en una sentencia, la SC ha dado un paso adelante al conceptualizar el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, el cual tiene su propio contenido esencial. Al respecto, señaló lo siguiente:

internacionales se manifiesta en diferentes modalidades:

“a) aplicando directamente como parámetro de propio juicio las disposiciones de las convenciones internacionales sobre los derechos humanos fundamentales, sobre todo en los ordenamientos que prevén la incorporación en la Constitución de normas internacionales sobre derechos fundamentales, o bien que reconozca a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria;

b) aplicando el principio de que, en caso de conflictos, las normas internacionales deben considerarse, en cualquier caso, prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias;

c) utilizando el criterio de la interpretación constructiva, en base a la cual la normativa nacional debe interpretarse, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional;

d) apelándose al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho”.

²⁹ SEUBA HERNÁNDEZ, XAVIER. *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 53-56.

Si bien es cierto que el derecho a la salud ha sido derivado del derecho a la vida y a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado por su interrelación con esos derechos, no podemos dejar de lado que este derecho fundamental es un derecho autónomo y con su propio contenido esencial. Basta solo con consultar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 12, para percatarnos de lo que venimos afirmando. En efecto, en dicho instrumento internacional de derechos humanos se establece claramente el derecho de toda persona al disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, por lo que el Estado y sus instituciones tienen el deber de asegurar la plena efectividad de ese derecho a través de una serie de acciones positivas y del ejercicio de las potestades de regulación, fiscalización y de policía sanitaria. Lo anterior significa, ni más ni menos, la prevención y el tratamiento efectivo de enfermedades, así como la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos de calidad en caso de enfermedad.

Dicho lo anterior, el derecho a la salud comprende la disponibilidad de servicios y programas de salud en cantidad suficiente para los usuarios de estos servicios y destinatarios de estos programas. Por otra parte, el derecho a la salud también conlleva la accesibilidad a estos servicios y programas, cuyas cuatro dimensiones son la no discriminación en el acceso a los servicios de salud, la accesibilidad física –particularmente por parte de los más vulnerables–, la accesibilidad económica –que conlleva la equidad y el carácter asequible de los bienes y servicios sanitarios– y la accesibilidad a la información. No menos importante es que los servicios y programas de salud sean aceptables, es decir, respetuosos con la ética médica, culturalmente apropiados, dirigidos a la mejora de la salud de los pacientes, confidenciales, etc. Por último, y no por ello menos significativo, el derecho a la salud implica servicios y programas de calidad, lo que significa que tales servicios deben ser científica y médicamente apropiados³⁰.

En el Caso Cuscul Pivara contra Guatemala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) estableció que, de las normas eco-

³⁰ *Vid.* voto n.º 3683-11 de la SC.

nómicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos se deriva el derecho a la salud, y precisó el contenido de ese derecho. 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 aplicable³¹.

B.- EL DERECHO A LA PENSIÓN

La SC ha sostenido, en su jurisprudencia, que el derecho a la pensión es un derecho fundamental. No cabe duda de que el derecho a la pensión se encuentra recogido en el numeral 73 de la CP. Ahora bien, en sus primeras sentencias la SC comenzó a perfilar su contenido esencial. HERNÁNDEZ VALLE nos describe este proceso y cómo se fue configurando su contenido³². Siguiendo la reseña jurisprudencial que no hace este autor, en uno de sus primeros votos, la SC reconoció el derecho de pertenencia al régimen³³. Posteriormente, aclara la SC que ese derecho de pertenencia inicia desde el momento de la cotización al régimen³⁴. En este proceso de configuración del contenido esencial de este derecho, la SC es categórica al afirmar que el derecho a la jubilación de adquiere a partir de que la persona cumple con los requisitos jubilatorios. En los casos de variación de estos –número de cuotas, años de servicio, edad de retiro, etc.-, hay un plazo de dieciocho meses “(...) *durante el cual las modificaciones de las condiciones específicas del régimen no pueden afectar al administrado que proyectaba cumplir con los requisitos para pensionarse ha sido reiterado por la*

³¹ *Vid.* Caso Cuscul Pivaral contra Guatemala de la CIDH, 2018.

³² HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica*. San José, Editorial Juricentro, 2002, pp. 517-522.

³³ *Vid.* voto n.º 1147-90 de la SC.

³⁴ *Vid.* voto n.º 487-94 de la SC.

Sala en varios de sus pronunciamientos, con el objeto de proteger al beneficiario de un determinado régimen de pensión de cambios repentinos en los requisitos específicos necesarios para obtener el reconocimiento concreto del beneficio jubilatorio; cambios que pueden agravar las condiciones para obtener la pensión cuando le faltaban al interesado pocos meses para adquirir el derecho al beneficio con base en la norma modificada³⁵. Uno de los requisitos para obtener el derecho es haber cotizado por un periodo mínimo que permita la sostenibilidad del régimen de pensiones y jubilaciones³⁶. Incluso, el legislador puede establecer límites máximos a los aportes para adecuada administración de los recursos con base en estudios técnicos³⁷. También ha sostenido la SC que la pensión no puede negarse o restringirse por condiciones ajenas a las causas de adquisición³⁸. Para efecto del cálculo del monto de la pensión, deben tomarse en cuenta los salarios extraordinarios³⁹, así como el tiempo servido en cualquier dependencia del Estado o institución, debido al concepto de único patrono⁴⁰.

Desde el punto de vista institucional, es importante tener presente que existe un sistema multipilar de pensiones en nuestro medio. En efecto, tal y como acertadamente lo ha expresado la Procuraduría General de la República (en adelante, PGR), el

“(...) sistema - descrito de una manera muy general- está conformado por un primer pilar consistente en el actual régimen de invalidez, vejez y muerte, o por los ‘régimenes públicos sustitutos’, constituidos bajo el sistema de regímenes de reparto. El segundo pilar está conformado por un régimen obligatorio de pensiones complementarias, administrado por una operadora privada, ya no bajo el sistema de reparto, sino mediante la apertura de una cuenta individual a nombre de cada trabajador, régimen que se financia con aportes obreros y patronales que sumados llegan a un 4.25% del salario del trabajador. El tercer pilar lo conforman los planes de pensión complementaria de carácter voluntario, los cuales se incentivan mediante el otorgamiento de algunos be-

³⁵ Vid. voto 5476-93 de la SC.

³⁶ Vid. voto n.º 5261-95 de la SC.

³⁷ Vid. voto n.º 3819-94 de la SC.

³⁸ Vid. voto n.º 1147-90 de la SC.

³⁹ Vid. voto n.º 846-92 de la SC.

⁴⁰ Vid. voto n.º 2084-96 de la SC.

neficios fiscales. El cuarto y último pilar, lo constituye el régimen no contributivo de pensiones, administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social, cuya finalidad es otorgar pensiones a las personas de más bajos recursos que no tengan acceso a los otros regímenes.

El sistema descrito está diseñado para que permita, por una parte, incrementar las posibilidades de crédito a largo plazo tanto para el sector público como para el privado; y por otra, asegurar al trabajador el disfrute efectivo de los beneficios económicos al momento de su pensión o jubilación. Para que esos objetivos se cumplan, se consideró necesaria la existencia de un sistema de fiscalización estricto, que otorgue seguridad tanto a los sujetos que intervienen en el mercado financiero, como a los trabajadores que participan del sistema”⁴¹.

C.- EL DERECHO AL SEGURO DE DESEMPLEO

El artículo 72 de la CP tiene su origen en una moción planteada por la Fracción Social Demócrata. El texto propuesto establecía que el “(...) Estado mantendrá un sistema técnico y permanente de asistencia a los desocupados y de reintegración de los mismos al trabajo”⁴². Gracias a la propuesta del diputado ZELEDÓN BRENES se introdujo la expresión desocupados involuntarios. El diputado ARIAS BONILLA expresó que “(...) *la mejor solución del problema de la desocupación es mediante el establecimiento del seguro de desocupación, que se forma de la contribución forzosa del Estado, de los patronos y de los propios trabajadores. Para evitar conflictos entre patronos y trabajadores debidos a la cesantía, la única fórmula adecuada es mediante el seguro de desocupación*”. Por su parte, el diputado FACIO BRENES manifestó la solución al problema de la cesantía era la creación del seguro de desempleo, aunque era difícil de establecer, tesis esta última que rebatió el diputado ARIAS BONILA. Terminada la discusión se aprobó el texto actual, que impone al Estado mantener, mientras no exista un seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y

⁴¹ Vid. dictamen C-078-02 de la PGR.

⁴² Vid. acta n.º 124 de la Asamblea Nacional Constituyente.

procurar su reintegración al trabajo.

La SC, en una votación dividida en relación con la obligación o no de crear el seguro de desempleo, no así en cuanto al sistema técnico y permanente de que habla el citado numeral, expresó, sobre este último aspecto, que “(...) la Procuraduría General de la República en su respuesta, aduce que en la actualidad existe un desarrollo infraconstitucional suficiente de este mandato constitucional. Concretamente, en lo que se refiere a la reintegración de los desocupados, señala lo dispuesto en los artículos 2°, 75 y 78 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley N° 1860 de 21 de abril de 1955) y 39 del ‘Reglamento de reorganización y racionalización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social’ (Decreto N° 1508 de 16 de febrero de 1971). Las normas referidas, por su orden, señalan en su artículo 2, la obligación de ‘velar por el establecimiento de una política general de protección al trabajador y su familia, como consecuencia de las relaciones de trabajo o de las situaciones de infortunio en que se encuentren, atendiendo al mismo tiempo a los riesgos futuros que les puedan acaecer’. Por su parte el artículo 78 establece el deber de la Oficina de Empleo de “...otorgar pasajes gratuitos a trabajadores desocupados para que puedan prestar sus servicios en otro lugar diferente al de su domicilio, así como facilitarles la adquisición de herramientas y otros implementos de trabajo, cuando no puedan ser obtenidos directamente, y siempre que se compruebe tal circunstancia y su necesidad para poder prestar los servicios”. En lo que concierne a la otra obligación prevista en el artículo 72 de la Constitución Política, en el sentido de procurar la reintegración de los desocupados al trabajo, también ha existido desarrollo legislativo con la creación de la Oficina de Desempleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El Ministerio por su parte ha reglamentado la Ley Orgánica para establecer en su artículo 39, que es al Departamento de Recursos Humanos y Mano de Obra de la Dirección Nacional de Trabajo, a quien le corresponde desarrollar, orientar y coordinar la política de gobierno en materia de fuentes de trabajo, pleno empleo, formación profesional y aprendizaje, migraciones laborales, y en general, todo lo relativo al desarrollo de los recursos humanos en que estén comprendidos los trabajadores, estableciendo una serie de funciones, todas encaminadas a procurar la reintegración de los desocupados al trabajo. **Comprobado que existe un desarrollo normativo y programas estatales de acción para dar cumplimiento de la obligación de reintegración de los trabajadores al trabajo, ninguna omisión inconstitucional**

se aprecia en el caso presente, en relación con este mandato. Es importante tener presente que de acuerdo con el límite de su competencia, la Sala solo puede analizar si se da un mínimo de cumplimiento, pero no puede emitir criterio sobre si el sistema es óptimo o perfectible⁴³. (Las negritas no corresponden al original).

En relación con la omisión del seguro de desempleo la mayoría sostuvo la tesis de que “(...) *la frase ‘seguro de desocupación’, no debe verse como un fin en sí mismo, ni divorciada del fondo de lo que se pretendía. Aunado a lo establecido en el artículo 63, queda claro que lo que el constituyente quiso era un sistema que proteja al trabajador que ha perdido involuntariamente su trabajo, bajo un sistema de aporte conjunto entre patrono, Estado y Trabajadores, no de un sistema donde el Estado asume todo el gasto y responsabilidad del tema de la desocupación. El nombre ‘seguro de desocupación’ era la forma que se utilizó para representar esa voluntad. Si dejamos de lado la voluntad del constituyente, por la mera literalidad del término, estaríamos ocasionado lo contrario a lo que se pretendía, porque lejos de proteger al trabajador, lo estaríamos desprotegiendo al comprometer el sentido del auxilio de cesantía. Por el contrario, una interpretación teleológica o finalista de la norma, tomando en cuenta las discusiones en actas, permite considerar como válida la tesis sostenida por el propio Presidente de la Asamblea Legislativa, en el sentido de que lo que se pretende en la actualidad es ‘un sistema de protección a desempleados’, conforme a la propia voluntad de la Organización Internacional del Trabajo. Refiere que en su documento número 151 la OIT ha indicado:*

‘De esta forma, países cuya legislación laboral establezca montos de indemnización (y donde a la vez exista un alto grado de cumplimiento de la normativa) están otorgando protección a aquellos trabajadores que pierden su empleo sin necesidad de implementar un Seguro...’ (ver folio 115).

La 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 des-

⁴³ Vid. voto n.º 1739 de la SC.

ocupación, 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. Lo que busca esta Ley, según consta de su propia exposición de motivos, es permitir a los trabajadores contar rápidamente con un ingreso al concluir una relación laboral, de manera que el trabajador tuviera medios para atender sus necesidades durante el período de búsqueda de nuevo empleo. Este último concepto es importante para rescatar el aspecto de ‘temporalidad’ que tiene este tipo de figuras. En ningún momento se deduce de la literalidad de las normas constitucionales analizadas, ni de las discusiones de los constituyentes que constan en actas, que la intención era que el Estado tuviera que mantener indefinidamente a los trabajadores desempleados. Lo que se trata es de ayudar a solventar una situación totalmente transitoria y temporal, a la cual estamos expuestos todos los trabajadores en cualquier economía moderna. Todo trabajador es un potencial desempleado en esta coyuntura mundial actual, y ningún Estado puede asumir por sí solo la carga y destino de todo habitante. El sistema constitucional costarricense, bajo el esquema de un Estado Social de Derecho, no procura –ni podría hacerlo-, encargarse en forma permanente de todas las necesidades de sus habitantes. De ahí que el sistema actual de protección al trabajador por medio de las medidas que el Estado ha tomado y que constan en esta sentencia, no tenga nada que extrañarle a un ‘seguro de desempleo’ en la forma que lo concibió el constituyente, es decir como un auxilio temporal al trabajador involuntario, cuyo aporte fuera conjunto entre patronos y trabajadores. La única forma de conciliar ambas normas -sin desproteger las condiciones laborales de los trabajadores-, es integrando su contenido para rescatar la voluntad o intención del Constituyente. Si esta Sala optara por la solución que propone el promover de la acción, estaría obligando al Estado a crear un seguro de desem-

pleo con las mismas condiciones que ya tiene la Ley de Protección al Trabajador, pero comprometiendo el contenido del artículo 63 constitucional citado, lo que no tendría ninguna lógica a la luz de la protección al trabajador que pretendió el constituyente. Como se indicó supra, lo único para lo que tiene competencia esta Sala es para corroborar que exista un mínimo de cumplimiento de la voluntad del constituyente, aspecto que queda satisfecho con las condiciones actuales de la Ley de Protección al Trabajador y las medidas legislativas y administrativas que ha adoptado el Estado para mantener un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, procurando la reintegración de los mismos al trabajo. En esos términos, 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”. Según la tesis de mayoría, con la creación del Fondo de Capitalización Laboral⁴⁴ en la Ley de Protección al Trabajador, se cumple con lo preceptuado en el numeral 63 constitucional.

Empero, el voto de minoría –suscrito por los magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro, con redacción del segundo, sigue una ruta diferente, pues concluyó que sí se presenta el vicio de inconstitucionalidad por omisión del legislador, al no establecer el seguro de desocupación. “*En este orden, no se aprecia que alguna de las autoridades públicas con poder normativo que se*

⁴⁴ El Fondo de Capitalización Laboral (FCL) es un ahorro constituido con el aporte patronal del 3% del salario del trabajador que se reporta a la CCSS, estos aportes se acreditan en las cuentas individuales propiedad de los trabajadores que administran las Operadoras de Pensiones Complementarias (OPCs). El 50% del FCL de los recursos aportados por el patrono se trasladan al Régimen Obligatorio de Pensiones en marzo de cada año. El trabajador puede retirar los recursos acumulados en el FCL cuando extingue la relación laboral por cualquier causa.

han apersonado a este proceso jurisdiccional, hayan tomado las medidas necesarias para dotar de plena exigibilidad los mandatos implícitos que establecen los artículos 63 y 72 constitucionales sobre el seguro por desocupación (pese a que ello ha sido exigido desde el momento en que ha sido promulgada la Constitución, es decir el 8 de noviembre de 1949), todo lo cual sin duda constituye una omisión injustificada que viola, a toda luz, el Derecho de la Constitución. Es claro que la configuración del auxilio de cesantía en los términos en que ha sido diseñado por la Ley de Protección al Trabajador, a diferencia de lo que sostiene el Órgano Asesor y el Presidente de la Asamblea Legislativa, en modo alguno exime al Estado de su obligación de asegurar a los trabajadores desocupados el pleno disfrute de sus derechos fundamentales, entre ellos su derecho al seguro por desocupación, por la falta de desarrollo infraconstitucional que permita la exigibilidad plena de esta cláusula constitucional de ejecución diferida, todo lo cual sin duda incide sobre la noción de la Constitución como Norma Jurídica dotada de coercitividad. El artículo sesenta y tres de la constitución es una disposición esencialmente transitoria, en la que se asume que deberá producirse un desarrollo progresivo del ordenamiento y de las políticas estatales con el fin de establecer un seguro de desocupación, pues los trabajadores despedidos con justa causa, no encuentran una respuesta solidaria que les permita sobrevivir dignamente mientras logran encontrar otro trabajo; por otra parte, en muchos casos, la indemnización por cesantía, solo cubre, temporalmente, los gastos que demanda el trabajador y su familia, sin desconocer, además, que la litigiosidad de esta compensación económica, impide que el asalariado despedido con justa causa, reciba, tardíamente, la indemnización que le corresponde.

El plazo para el desarrollo progresivo de un marco normativo y de una política que asegure la existencia digna de los ciudadanos desocupados, ha excedido parámetros de razonabilidad, pues es un mandato que sigue sin cumplirse después de cincuenta y nueve años de haberse promulgado. La omisión de las autoridades encargadas de la definición de políticas de solidaridad y desarrollo social, según las previsiones de los artículos cincuenta y setenta y cuatro de la norma fundamental, no han desarrollado una política integral y solidaria que se traduzca en un sistema que les dé una respuesta específica a los desocupados involuntarios, concepto que incluye, desde una perspectiva del desarrollo de la dignidad de la persona, el

sub-empleo o empleo informal. La complejidad del fenómeno de la desocupación exige un marco normativo y una política estatal que visibilice, en toda su extensión, un fenómeno que incide en la dignidad del desocupado y que es un componente fundamental de la solidaridad que prevé el artículo setenta y cuatro de la constitución. Como bien lo establece la doctrina social de la Iglesia, que es un referente ideológico que el artículo 74 de la constitución, ‘... Quien está desempleado o subempleado padece, en efecto, las consecuencias profundamente negativas que esta condición produce en la personalidad y corre el riesgo de quedar al margen de la sociedad y de convertirse en víctima de la exclusión social. Además de a los jóvenes, este drama afecta, por lo general, a las mujeres, a los trabajadores menos especializados, a los minusválidos, a los inmigrantes, a los ex reclusos, a los analfabetos, personas todas que encuentran mayores dificultades en la búsqueda de una colocación en el mundo del trabajo...’ (Ver ‘Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia’ Celam. 2005- p. 208) La norma constitucional sobre el seguro de desempleo fue presentada por el grupo social demócrata; uno de sus representantes, el Lic. Rodrigo Facio, expresó algunos comentarios que mantienen actualidad y que explican la necesidad de convertir esta norma en derecho viviente. Señalaba el constituyente Facio que ‘... en la fórmula general que han sometido al conocimiento de la Cámara no hace referencia al género de asistencia que proveerá el Estado a los desocupados, asunto que se resolverá de acuerdo con las circunstancias y condiciones económicas del Fisco, y especialmente de acuerdo con la naturaleza del fenómeno de desocupación que se presente. La asistencia puede ser mínima o llegar a ser lo suficientemente amplia para que el desocupado y su familia no sufran la falta del salario del primero. Añadió que el principio debe establecerse, ya que se trata de una de las pocas garantías sociales cuya naturaleza no es clasista. Todas las garantías sociales de nuestra Constitución son disposiciones relacionadas con los conflictos obrero-patronales. En cambio, el principio que se propone se sitúa al margen de estos conflictos clasistas, y contempla al obrero cuando precisamente necesita más la ayuda del Estado, cuando pierde el trabajo, al quedar cesante. El momento más trágico del trabajador es cuando se queda sin ocupación.

La Constitución debe necesariamente prestar atención a ese problema. Es cierto que en casos de crisis económica será muy difícil, tanto la asistencia como la reintegración del trabajador a sus labores, pero la dificultad no es óbice para no dejar en la Constitución una fórmula general que deje constancia del interés del Estado por el problema de la desocupación. Se refirió a los métodos empleados por el extinto presidente Roosevelt para solucionar el grave problema de la desocupación que se le presentó a los Estados Unidos durante la crisis económica mundial iniciada en el año 29. Roosevelt resolvió el grave problema echando mano a una serie de recursos que muchas críticas levantaron, pero que sirvieron para comenzar a atacar el problema: inició obras públicas y una amplia política de subsidios, financiados con déficits presupuestarios....', posteriormente, ante las objeciones de algunos constituyentes, Facio argumentó que '... todos estaban de acuerdo en que el fenómeno de la desocupación es uno de los más graves y difíciles del mundo contemporáneo. No por el hecho de que nuestro país esté al margen de ese problema como problema normal del mundo industrial, debemos despreocuparnos del mismo. Agregó que estaba de acuerdo con el señor Arias en que la fórmula adecuada y razonable para solucionar el problema de la cesantía estaba en el seguro de desocupación. Por esa razón, su fracción presentó en una de las sesiones anteriores la fórmula -que se aprobó- de que el trabajador despedido injustamente de su trabajo recibirá una indemnización, siempre y cuando no estuviera establecido el seguro de desocupación. Sin embargo, entiendo que el seguro de desocupación es difícil de establecer, máxime en un medio como el nuestro, que no se puede crear de golpe. Por tanto, mientras no se llegue al establecimiento del mismo, el Estado, por los medios más adecuados, debe hacer frente al problema de la desocupación. Aun en los países más organizados y económicamente poderosos como los Estados Unidos, donde los seguros han alcanzado una gran extensión y una gran eficiencia, en el presupuesto cuando la desocupación crece, existe un renglón importante de muchos millones de dólares para hacer frente a la desocupación. ¿Por qué? Porque el Seguro no puede dar abasto por sí solo. 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. Agregó que el problema del auxilio de cesantía es muy difícil. Prácticamente solo existen dos soluciones para el mismo -como lo ha demostrado en varios artículos que recientemente publicara el Licenciado don Hernán Bejarano- que son: el auxilio de cesantía en la forma establecida y el seguro de desocupación. El ideal sería llegar al seguro de desocupación. Sin embargo, mientras no se logre ese desiderátum, debe establecerse una institución que se haga cargo de esos servicios de protección y reintegración del desocupado al trabajo...'. Después de cincuenta y nueve años, es razonable que el seguro de desocupación se convierta en una pretensión tangible, la situación ideal a la que se refirió Rodrigo Facio. Es lógico admitir que el seguro de desocupación pudiese parecer una meta lejana en 1949, pero tal lejanía y postergación no es justificable en el actual desarrollo económico y social que tiene el país. La desocupación involuntaria es un tema que incide en el desarrollo de la dignidad de la persona y que exige una respuesta específica, conforme a las aspiraciones y características que definen el estado solidario o del bienestar”.

D.- EL DERECHO AL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO

El seguro de riesgos del trabajo es un contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad social. Este seguro protege al trabajador frente a eventuales situaciones de peligro que puedan presentarse en su lugar de trabajo o en el ejercicio de su labor. De forma acertada, la PGR ha considerado que este seguro es, “(...) *por disposición legal, obligatorio (7), universal y forzoso, por lo que el patrono que no asegure a los trabajadores deberá responder, ante éstos y ante el ente asegurador, por todas las prestaciones médico-sanitarias, de rehabilitación y en dinero, de acuerdo con la normativa en cuestión...*”⁴⁵. Es un verdadero seguro social revestido de un evidente interés público, para proteger al trabajador (como miembro de la sociedad y sujeto activo en la producción económica) contra los infortunios derivados del ejercicio de su trabajo, aunque con sus propias particularidades. En primer lugar, con la entrada en vigencia del Trata-

⁴⁵ Vid. Dictamen n.º C-353-2005 de la PGR.

do de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos de América, su administración ya no corresponde de forma exclusiva al INS, sino que está sometido a un régimen de competencia. En segundo término, es un seguro cuyo pago corre por cuenta de los patronos, amén de que es un seguro que se rige por disposiciones especiales. En esta dirección, la SC, en una votación dividida –cuatro contra tres-, sostuvo lo siguiente:

“El constituyente originario, en el tema de los riesgos profesionales, dotó al legislador de mayor flexibilidad, pese a que este efectivamente considerado dentro de los seguros sociales, lo que se denota con el rompimiento del esquema financiero y regulatorio de los demás seguros sociales. En este sentido, podría pensarse que una posible lectura integral del artículo 73 de la Constitución Política aconsejaría encargar a la Caja Costarricense de Seguro Social de toda la seguridad social del país, pero evidentemente, la Asamblea Nacional Constituyente diferenció esa posibilidad, porque, de lo contrario, lo pudo haber determinado eliminando el párrafo final o incorporando ese encargo expresamente a la Caja Costarricense de Seguro Social. Para probar lo anterior, se podría cuestionar si se pudo haber sostenido la inconstitucionalidad de la creación y función monopolística del Instituto Nacional de Seguros, en el tema de los seguros por riesgos profesionales. Pero tal interpretación tampoco sería plausible, por el contrario, el legislador delegó, por muchos años, la cobertura de la seguridad social en los riesgos de trabajo en otra institución autónoma, distinta a la Caja Costarricense de Seguro Social, configurada por el legislador ordinario, sin que tal interpretación de la norma comprometiera su constitucionalidad, ni se advirtiera irregularidad constitucional alguna, porque estaba en función de un sujeto de derecho público que actuaba en una doble capacidad, de derecho público y privado. Lo anterior lleva a este Tribunal a la posibilidad de encausar de un modo más flexible la interpretación del párrafo final del artículo 73 de la Constitución Política, siempre guardando armonía con todo el sistema, cuando se indica que los seguros “serán de exclusiva cuenta de los patronos”, pues puede derivarse –lógicamente- una menor intensidad de la presencia del Estado, pero sin que lo anterior signifique ausencia total. Por otra parte, el patrono sería el principal contribuyente, dado que es él quien, por encargo el traba-

jador ejecuta la labor, y se le atribuye a él las condiciones laborales que ofrece al trabajador, de manera que es el Patrono al que le corresponde velar y asumir por la seguridad de sus empleados, y al Estado, velar o fiscalizar el cumplimiento de esas obligaciones.

En cuanto al trabajador, no recae obligación alguna más que las obligaciones contenidas en la ley laboral, porque obvio que esta decisión de la Asamblea Nacional Constituyente coloca al trabajador como destinatario de la protección, es decir, finalmente sería él el beneficiario de estos seguros. El constituyente originario previó un esquema normativo más flexible, permitiendo una mayor amplitud de acción para el legislador cuando señala ‘se regirán por disposiciones especiales’, que como se indicó arriba, lo ejerció al encargar a un ente autónomo distinto a la Caja Costarricense de Seguro Social el establecer, ofrecer y ejecutar los seguros de riesgo profesional. En este punto, se podría escoger entre la marcada presencia del Estado en la actividad económica y social propio de un Estado Social de Derecho, o la prevalencia de soluciones mediante un tejido económico a partir de modelos mercantiles puros o mixtos de mercado con la tutela del Estado, en lo que se refiere a su entrega. El punto al que esta Sala quiere arribar es el siguiente: el constituyente originario estableció un sistema para regular constitucionalmente los riesgos de trabajo, para que puedan ser objeto de diversos diseños o estructuras jurídicas y prestacionales, basado en la libertad de configuración del legislador. Lo anterior, claramente, como parte de la gran cantidad de actividades económicas productivas, así como los empleos y riesgos que pueden existir en cada uno de ellos. Precisamente, ello permitió, por una decisión legislativa, optar para que el Instituto Nacional de Seguros ejerciera esta actividad en régimen de monopolio, lo que implicó un rumbo diferente para los seguros obligatorios de riesgos de trabajo a aquellas regulaciones de la Caja, y sin embargo, ello no lo hacía ni lo haría inconstitucional, como tampoco, una mayor apertura en la escogencia del Patrono, frente a una oferta mayor de operadores de los seguros de riesgos profesionales.

Se desprenden, de lo anterior, otras consecuencias importantes, en las que se pasa de una institución en la cual operaba bajo un sistema de explotación de seguros monopolizado, (y consecuentemente, un mercado fuertemente intervenido), y luego se optó por uno distinto de apertura, con una autoridad regulado-

ra imparcial, con poderes adecuados, con protección legal y recursos financieros para ejercer sus funciones y poderes. Se previó así un órgano regulador que debe velar e impedir el perjuicio para el trabajador. En consecuencia, la tesis del accionante puede mantener una errónea concepción de que el Estado desapareció por completo dentro del mencionado esquema patrono-trabajador-riesgos de trabajo. Está reconocido por el Derecho Público que el Estado, a través de una decisión legislativa, puede declarar determinados servicios que se presten en régimen de monopolio, o se presten en un régimen de libre competencia, sin que ello –necesariamente– signifique detrimento en el servicio. De tal manera, puede liberar ciertas actividades para que operen bajo la modalidad del mercado. Si una decisión de gobierno negociada por las partes en un Tratado, aprobada mediante mecanismos de participación ciudadana (referéndum), y agotado el procedimiento de ratificación, coloca a otro órgano del Estado para regular imparcialmente y sobre una base no discriminatoria la actividad comercial de los seguros, ello forma parte de una de las tantas opciones jurídicas que se tiene para legislar. En este sentido, la legitimidad de esta decisión se debe decir que nace reforzada, porque la misma se origina en la reforma constitucional que permite un auténtico ejercicio democrático directo que en el año 2002 pretendió dar participación ciudadana a las decisiones de gobierno, que culminó en una votación popular con carácter normativo. Eso, en sí, tiene un peso especial, que en principio, debe ser acatado por los mecanismos e instituciones basadas en una democracia representativa y madura, por los distintos actores sociales y políticos (claro está, lo anterior, no excluye la posibilidad del ejercicio del control de constitucionalidad)⁴⁶.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Se puede afirmar, con certeza, que en el estado actual de la sociedad costarricense todos los habitantes de la República poseen un derecho fundamental a la seguridad social. Sus componentes esenciales son: el derecho a la salud, a la pensión, a los seguros de desempleo y de riesgos del trabajo. En relación con los dos últimos, la postura de la SC no ha sido unívoca, toda vez que, en relación con el seguro de desempleo, para la mayoría, el Fondo de Capitalización Laboral constituye un mí-

⁴⁶ *Vid.* voto n.º 16628-12 de la SC.

nimo que satisface la exigencia del Derecho a la Constitución; por el contrario, la minoría considera que hay un vicio de inconstitucionalidad por omisión, ya que el seguro no existe como tal. En cuanto al último, la diferencia se ha centrado en si este tipo de seguro puede ser objeto del libre mercado o, por el contrario, debe de prestarlo una entidad pública en régimen de monopolio; la mayoría piensa que sí es posible someter a este seguro al régimen de la libre competencia.

El reconocimiento de la seguridad social como un derecho fundamental es un elemento importante, aunque no suficiente, para hacer que en nuestro Estado social de Derecho se erradique, de una vez por todas, la pobreza. La solución a este problema no solo responde a un abordaje jurídico-institucional, sino que requiere del diseño, la adopción y ejecución de políticas públicas sostenibles que distribuyan de forma más equitativa la riqueza y el ingreso. Es claro que el mercado, principal institución que se ha diseñado para crear riqueza, tal y como lo atestiguan las sociedades más libres y prósperas del orbe, no tiene como objetivo alcanzar una sociedad justa; esta es una tarea que corresponde al Estado, a través de la adopción de decisiones políticas fundamentales, tal y como ocurrió en la década de los cuarenta del siglo XX. De lo que se trata es que se dé el mayor espacio para que los individuos –los empresarios-, que tienen ese don especial para los negocios, ejerzan, en toda su expresión, las libertades económicas, y produzcan la mayor cantidad de riqueza, y al mismo tiempo, el Estado, a través de políticas públicas, sin afectar el clima de negocios ni la seguridad jurídica, ni desalentar la inversión, la producción, el empleo y el consumo, distribuya esa riqueza, creando una sociedad libre, eficiente y solidaria.

Hay que tener presente que en un verdadero Estado social y democrático de Derecho no es suficiente con que los indicadores macroeconómicos respondan a los estándares internacionales aceptados –ello es una condición necesaria pero no suficiente-, sino que es indispensable garantizar una efectiva distribución del ingreso, de tal forma que día a día se construya una sociedad cada vez más igualitaria, libre y eficiente. La igualdad real, al igual que la libertad y la eficiencia económica, es un valor constitucional que está presente en el Derecho de la Constitución, y que impone a los Poderes Públicos la adopción de decisiones políticas fundamentales, que erradiquen el mal de la pobreza que padece más de un millón de habitantes de la República.

MUCHAS GRACIAS.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXI, Robert. *La Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º edición, 2008.
- BORRELL MESTRE, Joaquín. “El derecho a la salud: en especial la responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios de salud” San José, Costa Rica, XV Jornadas de Derecho Constitucional, 17 de febrero del 2011.
- CASTILLO VÍQUEZ, FERNANDO. “derecho a la salud. Reciente evolución de la jurisprudencia constitucional”. XV Jornadas de Derecho Constitucional Centro de Estudios y Formación Constitucional de Centroamérica y el Caribe (CEFCCA).
- DELGADO DEL VALLE, Gerardo y otro. *Análisis comparativos de los regímenes de pensiones básicos, fondos creados por leyes especiales, regímenes obligatorios desde el punto de vista jurídico*. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica*. San José, Editorial Juricentro, 2002.
- ROLLA, Giancarlo. “Derechos fundamentales y Estado democrático: El papel de la justicia constitucional”. Revista Costarricense de Derecho Constitucional. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., junio, 2000.
- SEUBA HERNÁNDEZ, XAVIER. *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

THE CONSTITUTIONALIZATION OF SOCIAL SECURITY IN BRAZIL

Adriane Bramante de Castro Ladenthin

SUMÁRIO

O trabalho aqui produzido traça a evolução histórica da Constitucionalização do Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com sua gama de direitos sociais, com a implementação da seguridade social brasileira.

Foram destacados os principais aspectos da seguridade social, seus princípios, bases de financiamento e riscos cobertos.

Os números da Previdência Social foram apresentados através de gráficos, com objetivo de demonstrar a amplitude e a importância dela no país. No entanto, há muitos problemas que precisam ser enfrentados, dos quais foram resumidamente trazidos à baila, inclusive o excesso de judicialização e uma reforma previdenciária com preocupação única sob o viés econômico, na qual trará ainda mais desigualdade social ao país.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Direitos Sociais. Previdência. Seguridade Social.

RESUMEN: El trabajo producido aquí traza la evolución histórica de la constitucionalización de Brasil, luego de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, con su gama de derechos sociales y la implementación de la seguridad social brasileña.

Se destacaron los principales aspectos de la seguridad social, sus principios, la bases de financiación y los riesgos cubiertos.

Los números de la Seguridad Social se presentaron a través de gráficos para demostrar su amplitud e importancia en el país. Sin embargo, hay muchos problemas que deben abordarse, todos los cuales se han mencionado brevemente, incluida la sobrejudicialización y la reforma de la seguridad social con una sola preocupación económica, lo que traerá aún más desigualdad social al país.

PALABRAS CLAVE: Constitución. Derechos sociales Seguridad social Seguridad social

ABSTRACT: The work produced here traces the historical evolution of Brazil's Constitutionalization, following the promulgation of the 1988 Federal Constitution, with its range of social rights and the implementation of Brazilian social security.

The main aspects of social security, its principles, funding base and covered risks were highlighted.

The Social Security numbers were presented through graphs in order to demonstrate its breadth and importance in the country. However, there are many problems that need to be addressed, all of which have been briefly brought up, including over-judicialization and social security reform with a single economic concern, which will bring even more social inequality to the country.

Keywords: Constitution. Social rights. Social security. Social Security.

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo foi apresentado no III Seminário Iberoamericano de Seguridad Social, ocorrido nos dias 13 e 14 de maio, na cidade de Santo Domingo, na República Dominicana.

A temática do evento teve como foco a constitucionalização da Seguridad Social de diversos países iberoamericanos, dentre os quais estavam presentes: Argentina, Colômbia, Costa Rica, Brasil e a anfitriã República Dominicana.

Questões polêmicas, tais como: saúde pública, benefícios por incapacidade, proteção às mulheres, excesso de judicialização, dentre outros, foram trazidos pelos conferencistas, que fizeram um paralelo histórico de suas constituições, seus avanços e retrocessos, bem como quais medidas protetivas podem ou devem ser tomadas para melhoria destas redes de proteção social.

Cumprir notar que o constitucionalismo moderno está entre os movimentos político-normativos mais importantes que a humanidade vem experimentando desde o início do século passado. Apesar de contar com pouco mais de cem anos, ele ainda pode ser considerado jovem, em um processo de expansão gradual, que insere, gradativamente na cultura dos diversos países, os novos parâmetros nas relações de poder e uma dose extra de proteção às liberdades fundamentais.

O Brasil tem uma Constituição muito mais jovem ainda (31 anos), e que, comparada a diversos outros países, engatinha na implementação e na efetividade dos direitos sociais. Não foi fácil chegar até aqui. Desde sua promulgação, a Constituição Federal brasileira vive um cenário reformista (até agora foram mais de cem emendas constitucionais), para adequá-la às questões sociais, econômicas, políticas e culturais.

No presente texto pretendemos contar um pouco da trajetória constitucional brasileira, seus avanços e retrocessos, sublinhando o significado do período pós positivação dos direitos fundamentais constitucionais à luz do Estado Democrático de Direito que passamos a experimentar após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2. DIREITO SOCIAL BRASILEIRO

O Brasil passou por um grande período de ditadura militar, que perdurou de 01 de abril de 1964 até 15 de março de 1985. Uma época marcada por vários Atos Institucionais que colocavam em prática perseguição política e, principalmente, a supressão de direitos constitucionais.

Após a fase ditatorial, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte para elaborar uma constituição democrática para o Brasil, positivada através da Emenda Constitucional 26/85, cuja promulgação da nova Constituição da República Federativa do Brasil ocorreu em 05/10/88, cujo preâmbulo transcrevemos abaixo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Uma Constituição, em sentido institucional, se caracteriza pelo seu conjunto de regras fundamentais, referentes à estrutura, à organização e à atividade do Estado, em qualquer época e lugar, uma verdadeira expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre poder e destinatários do poder I.

BONAVIDES conceitua a Constituição como sendo *um conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição*².

¹ MIRANDA (Jorge). *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Coimbra, 1996. t. II, p. 13.

² BONAVIDES (Paulo). *Curso de Direito Constitucional*. 33ª. Edição, São Paulo, Malheiros, 2018. Pág. 80.

Batizada pelo Presidente da Assembleia Constituinte, Ulisses Guimarães³, de “A Constituição Cidadã”, a Carta Magna de 1988 positiva os direitos fundamentais, tomando como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para SARLET, *tanto o preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada para o ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente quindada (Art. 1º. III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático Brasileiro*⁴.

A Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas para o Brasil ao colocar a proteção do ser humano no ápice dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais também tiveram um lugar especial no Texto Constitucional brasileiro, dispostos no artigo 6º.

São direitos sociais...

- a) a educação
- b) a saúde
- c) o trabalho
- d) a alimentação
- e) a moradia
- f) o transporte
- g) o lazer
- h) a segurança
- i) a previdência social
- j) a proteção à maternidade e à infância
- k) assistência aos desamparados

As normas internacionais internalizadas, definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Os tratados e convenções inter-

³ Discurso pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimarães, na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 27.07.1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

⁴ SARLET (Ingo Wolfgang) e MARINONI (Luiz Guilherme) e MITIDIERO (Daniel), *O Sistema Constitucional Brasileiro*, 2ª. Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p. 256.

nacionais sobre direitos humanos, precisam de aprovação nos mesmos moldes de uma Emenda Constitucional, ou seja, em dois turnos, por três quintos dos votos os respectivos membros, em cada Casa do Congresso Nacional⁵.

3. A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA

A ordem social, colocada no ápice do capítulo VIII, no artigo 193 da Constituição Federal, é a chave para a compreensão de todo o sistema de seguridade social, senão vejamos:

A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Segundo a métrica traçada pelo constituinte, o sistema de seguridade social segue conjunto de princípios (apropriadamente denominados **objetivos**) que possuem, entre si, certa hierarquia; além de, claro, sobreporem-se à demais normas do ordenamento protetivo⁶.

A seguridade social brasileira é inaugurada no texto constitucional, como um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos através do tripé: saúde, assistência social e previdência social.

Sendo expressão de valores colocados pela Constituição como fins do Estado (art. 1º, IV) e como objetivos da Ordem Social (Art. 193), os conceitos são formulados com o principal escopo de dilucidarem os parâmetros dentro dos quais o conjunto de regras de proteção social dão respaldo adequado a esses valores fundamentais⁷.

⁵ Foram internacionalizados o Decreto-Lei 186, de 2008 (Convenção sobre a Pessoa com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007) e o Decreto-Lei 261, de 2015 (Aprova o texto do Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013).

⁶ BALERA (Wagner), *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*, 2ª. Edição, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p.101.

⁷ BALERA (Wagner), *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*, 2ª. Edição, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p.85.

O modelo Beveridge de seguridade social começa a ser desenhado no Brasil para conferir cobertura às contingências sociais, conjugando não só seguro social, mas também serviços sociais.

Como princípios da Seguridade Social destacamos: a universalidade da cobertura e do atendimento (artigo 194, parágrafo único, inciso I da CF), a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (artigo 194, parágrafo único, inciso II da CF) e a equidade na forma de participação do custeio (artigo 194, parágrafo único, inciso V da CF).

Para dar efetividade ao modelo protetivo proposto pela Constituição Federal de 1988, é criada uma diversidade de fontes de custeio, cujo financiamento advém de toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (Art. 195 da CF):

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;*
- b) a receita ou o faturamento;*
- c) o lucro;*

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III- sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

O sistema de proteção previdenciário brasileiro está dividido em três regimes, a saber:

| REGIME GERAL | REGIME PRÓPRIO | REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR |
|---|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Destinada aos trabalhadores da iniciativa privada • CF, Art. 201 | <ul style="list-style-type: none"> • Destinada aos servidores públicos • CF, Art. 40 | <ul style="list-style-type: none"> • Facultativo • Contratual • CF, Art. 202 |

Tanto o regime geral, quanto o regime próprio são obrigatórios, destinados a todos que exercem atividade remunerada. Já o regime de previdência complementar é facultativo e contratual, sendo opcional a todos aqueles que queiram ter uma previdência paralela à pública.

Há também a figura do segurado facultativo, que pode contribuir para ter direito aos benefícios previdenciários, sendo-lhe permitido contribuir com percentual menor.

Os riscos sociais cobertos pela Previdência Social brasileira são:

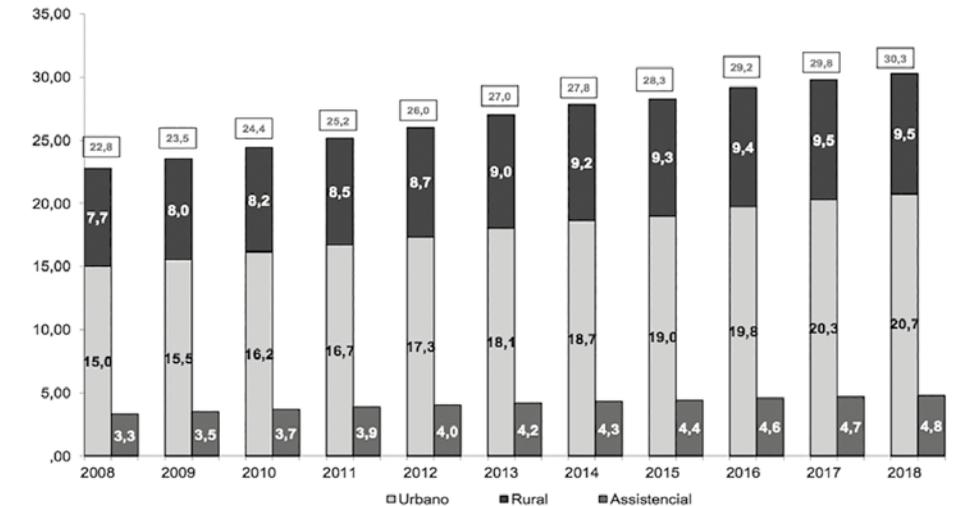
1. Incapacidade para o trabalho temporária
2. Invalidez
3. Exposição a agentes nocivos
4. Deficiência
5. Acidente do Trabalho ou de qualquer natureza
6. Morte
7. Desemprego involuntário
8. Maternidade/ Paternidade ou Adoção
9. Reclusão
10. Velhice

Para cada um desses riscos, há um benefício e/ou um serviço destinado à proteção dos beneficiários, desde que cumpridos requisitos de carência, tempo de contribuição e qualidade de segurado, dependendo do caso.

Sem dúvida alguma a Previdência Social brasileira é bastante ampla, com inúmeros sujeitos protegidos (mais de 30 milhões), cumprindo seu papel de reduzir as desigualdades sociais, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

OS NÚMEROS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

São mais de 30 milhões de beneficiários atualmente protegidos pela Previdência Social, sendo 20,7 milhões de benefícios urbanos; 9,5 milhões de benefícios rurais; e 4,8 milhões de benefícios assistenciais (atualmente pago aos deficientes e idosos acima de 65 anos e que comprovem renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo), conforme demonstrado pelo gráfico⁸ abaixo:



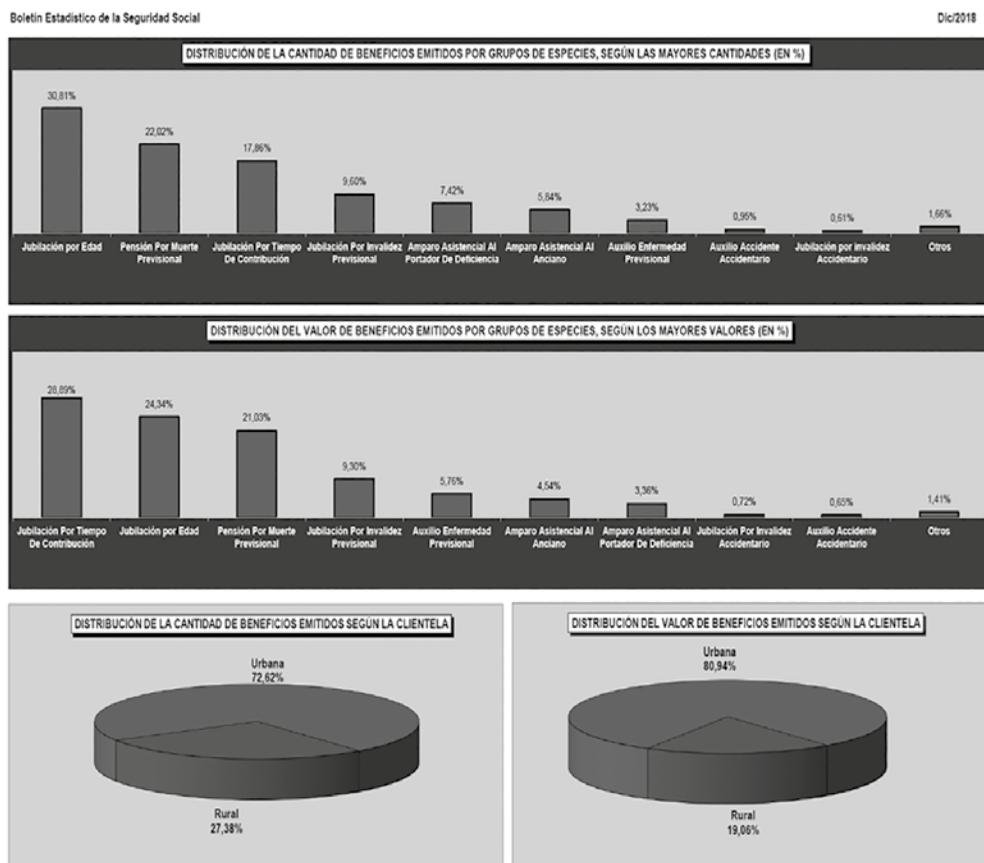
Os benefícios de aposentadoria por idade e pensão por morte representam a maioria das prestações mantidas pela Previdência Social, seguidas das aposentadorias por tempo de contribuição⁹ e aposentadorias por invalidez.

⁸ Fontes: Anuário Estatístico da Previdência Social - AEPS; Boletim Estatístico da Previdência Social - BEPS. Elaboração: SPREV/MF. Obs.: Os benefícios assistenciais, embora operacionalizados pelo INSS, estão sob a responsabilidade do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

⁹ O Brasil ainda tem aposentadoria por tempo de contribuição sem idade mínima no Regime Geral, sendo exigidos 30 anos para a mulher ou 35 anos para o homem, cujo tema está na pauta de mudanças em tramitação no Congresso Nacional para implementar idade mínima de 62 anos, se mulher ou 65 anos, se homem.

Quanto ao valor, as aposentadorias por tempo de contribuição são as que pagam valores maiores de benefícios, seguidos por aposentadoria por idade e pensão por morte.

Os benefícios dos trabalhadores urbanos representam 72,62% dos benefícios mantidos e 27,38% de benefícios de natureza rural. Estas informações estão demonstradas no gráfico¹⁰ abaixo:

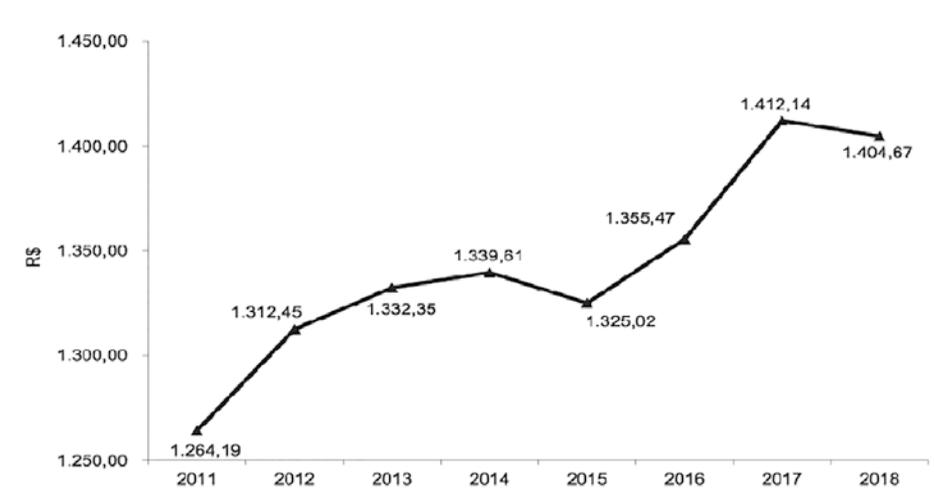


O valor médio dos benefícios está em R\$ 1.404,67¹¹, apresentando uma pequena evolução nos últimos anos, desde 2011, conforme gráfico¹² abaixo:

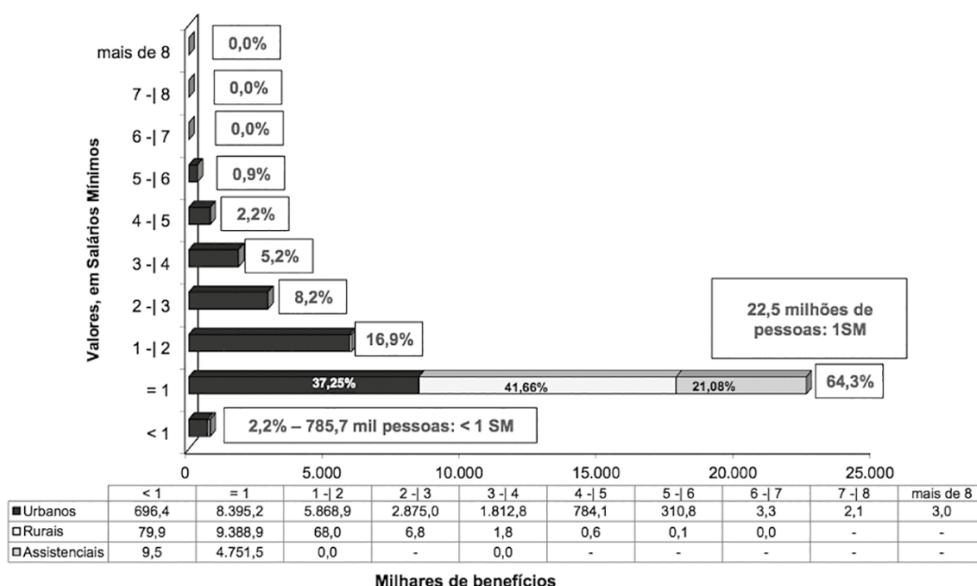
¹⁰ Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/02/beps18.12es.pdf>, acesso em 13/05/2019.

¹¹ Aproximadamente US\$ 351,00.

¹² Fontes: Anuário Estatístico da Previdência Social - AEPS; Boletim Estatístico da Previdência Social - BEPS. Elaboração: SPREV/MF. Obs.: Inclui apenas os benefícios previdenciários e acidentários.



Apesar do valor médio representar pouco mais que um salário mínimo¹³, dos mais de 30 milhões de beneficiários atualmente, 66,5% recebem o valor mínimo, o que representa 23,3 milhões do total de sujeitos protegidos, conforme gráfico¹⁴ abaixo:



¹³ Salário mínimo atual é de R\$ 998,00.

¹⁴ Fontes: DATAPREV, SUB, SÍNTESE. Elaboração: SPREV/MF.

Obs.: A existência de benefícios com valores inferiores ao salário mínimo deve-se ao desmembramento de pensões e ao pagamento de benefícios como o salário-família, o auxílio suplementar, o auxílio acidente e o abono de permanência

4. OS PROBLEMAS QUE O BRASIL ENFRENTA NO ÂMBITO DOS DIREITOS SOCIAIS

Apesar da rede de proteção previdenciária, o Brasil enfrenta muitos problemas econômicos e sociais importantes.

Há um enorme problema de déficit¹⁵ que cresce a cada ano, cujo desequilíbrio das contas públicas pode colocar em perigo a estabilidade e a frequência dos benefícios previdenciários. Esse problema do déficit se deve a vários fatores: reformas legislativas em excesso; falta de gestão e de planejamentos estratégicos; falta de plano de custeio adequadamente estudado e aplicado; número expressivo de trabalhadores informais; taxa de natalidade alta, com inversão da pirâmide demográfica, dentre outros fatores.

Nos últimos anos (desde a Emenda Constitucional n. 20/98), o país já teve mais de quatro reformas previdenciárias importantes e, sempre, reduzindo direitos sociais (ao invés de ampliá-los), o que causa descrédito e insegurança aos beneficiários que, ao invés de contribuírem para terem a proteção necessária, preferem ficar na informalidade ou pagar o mínimo possível apenas para garantia de subsistência.

Não há educação previdenciária que ensine os jovens sobre sua importância e os incentive sobre a necessidade de se contribuir atualmente. Muito pelo contrário. Os jovens, desacreditados no sistema, preferem fazer uma contribuição à previdência complementar ao invés da pública. Há muita desinformação e propagandas negativas sobre previdência, sua insolvência e o desamparo dos aposentados que recebem benefícios cada vez mais defasados.

Não há um investimento na prevenção da saúde, sendo esta chamada a reparar o trabalhador, quando a doença já se instalou. Muitos benefícios

¹⁵ Desde a aprovação da Constituição até 2015 (inclusive) o superávit de recursos na Seguridade Social tem sido impressionante, conforme dados oficiais anualmente segregados pela Anfp. A sobra de recursos foi, por exemplo, de R\$72,7 bilhões em 2005; R\$ 53,9 bilhões em 2010; R\$ 76,1 bilhões em 2011; R\$ 82,8 bilhões em 2012; R\$ 76,4 bilhões em 2013; R\$ 55,7 bilhões em 2014; e R\$11,7 bilhões em 2015. Atualmente o déficit está em aproximadamente 50 bilhões por ano. Disponível em: <https://www.anfp.org.br/artigo-clipping-e-imprensa/o-deficit-da-previdencia-e-fake/>.

por incapacidade são concedidos por esta razão, sem investimento em saúde que evitasse a eclosão da doença.

O INSS, órgão de gestão da Previdência Social, é o maior litigante do Poder Judiciário. A ineficiência e o descumprimento de leis levam os segurados à justiça, em busca de socorro e aplicação da lei. O excesso de judicialização, os recursos protelatórios e a demora da tramitação dos processos custam muito caro ao país, com pagamentos de juros, correção monetária e sucumbência.

Todos esses aspectos tornam bastante dificultosa a implementação e a efetividade dos direitos sociais trazidos pela Constituição Federal. É necessário repensar o sistema com seriedade e de forma multidisciplinar, envolvendo todos os atores envolvidos.

5. CONCLUSÕES

Indubitavelmente, a Constituição Federal brasileira promulgada em 1988 é um grande instrumento de proteção social, sendo um divisor de água na ampliação dos direitos e garantias fundamentais.

As políticas públicas e a efetividade dos direitos sociais resultaram no desenvolvimento da Nação, reafirmando o respeito, o Estado Democrático de Direito e a justiça social.

As demandas judiciais em excesso precisam ser repensadas, com reestruturação e replanejamento de aplicação mais eficiente dos instrumentos administrativos, com treinamento dos servidores, aplicação da lei e do texto constitucional, capazes de diminuir o custo da máquina judicial que gera gastos significativos e que poderiam ser evitados e/ou diminuídos.

Há uma reforma em tramitação no Congresso Nacional (PEC 006/2019), que, focada apenas no critério econômico, reduzirá muitos direitos sociais conquistados e alcançados pós Constituição Federal de 1988. É necessário equilíbrio. É preocupante o processar açodado deste projeto, que produ-

zirá efeitos à toda a sociedade e à economia, valendo lembrar que esta não se desenvolve em Estados-nação, sem segurança jurídica e Ordem Social.

O evento em Santo Domingo ouviu diversos juristas sobre a experiência da Constitucionalização da Seguridade Social de seus países, bem como as dificuldades de implementá-las. Com a experiência de uns e de outros, bem como com a troca de ideais e informações, faz-se chegar ao ideal de justiça social e bem-estar aos mais desfavorecidos, dando efetividade à dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALERA (Wagner), *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*, 2ª Edição, São Paulo, Quartier Latin, 2010.
- BERWANGER (Jane Lúcia Wilhelm) e VERONESE (Osmar), *Constituição: um olhar sobre minorias vinculadas à seguridade social*, 3ª Edição, Curitiba, Juruá, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 33ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2018.
- MIRANDA (Jorge), *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1996.
- SARLET (Ingo Wolfgang) e MARINONI (Luiz Guilherme) e MITIDIERO (Daniel), *O Sistema Constitucional Brasileiro*, 2ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SITES:

Brasil. ANFIP. www.anfip.gov.br.

Brasil. Constituição Federal.

Brasil. DATAPREV. www.dataprev.gov.br

Brasil. PLANALTO. www.planalto.gov.br

Brasil. PREVIDENCIA SOCIAL: www.previdencia.gov.br. Anuário Estatístico da Previdência Social - AEPS; Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS. Elaboração: SPREV/MF

EL ROL CONSTITUCIONAL DE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA DOMINICANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS AFILIADOS EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: PERSPECTIVA DE LA DIDA

Nélsida Marmolejos

Es un honor participar en este extraordinario evento, que procura, entre otros objetivos, analizar la evolución de la constitucionalización de la Seguridad Social y la calidad de la gestión institucional, vistas por los funcionarios del sistema, y analizar los procesos de judicialización que se originan en esa materia.

Cónsono con los objetivos del tema, nos referiremos al rol de las instituciones del Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) en la preservación de los derechos de los afiliados en un Estado Social y Democrático de Derecho, a la luz de nuestra Carta Magna y lo establecido en una de las leyes que le dan soporte, la Ley 87-01, que instituye el Sistema Dominicano de Seguridad Social.

Estamos ante un selecto público cuya función es hacer interpretación de las leyes, y nada más oportuno que llamar su atención sobre lo trascendente de este tema, relacionado con las directrices trazadas en nuestra Carta

Magna, que llama a propiciar y proteger los derechos sociales de los ciudadanos en un Estado social y democrático de derecho.

Debemos ubicarnos en el lugar de una persona que está enferma, o encuentra en estado de vulnerabilidad; pueden estar seguros, que no piensa, en ese momento, en buscar un defensor o abogado para resolver su situación de salud, aunque esté consciente del derecho que le asiste. De igual modo, es la misma situación cuando cesa en su actividad productiva, en la discapacidad, cuando la familia se queda sin ingresos económicos por el fallecimiento de quien les provee.

Estamos seguros de que en esos escenarios y otros, quizás más difíciles, es cuando el ciudadano realmente entiende la necesidad de auxilio, protección y tiene mayor validez la expresión de Estado social y democrático de derecho (Estado protector).

Nosotros, que vemos esos rostros de necesidades y nos corresponde recibir, dar asistencia, escuchar y proteger al afiliado, valoramos lo que significa en nuestra Constitución la protección social que ella consigna para el ciudadano.

¿QUÉ SIGNIFICA EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO?

¡Estar ahí! Satisfacer las carencias, haciendo sentir al ciudadano que el Estado le pertenece y vela por él.

Ahí se conjuga la interpretación jurídica de lo que expresa el artículo 7 de la Constitución, cuando reza: «La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos».

Por lo que, cuando se habla de judicialización, es como hablar del caos, porque socialmente lo que se requiere es satisfacer necesidades de vida.

Usted no quiere ver a un abogado, quiere ver a un médico, es por ello que la experiencia que recogemos en la DIDA, donde no vemos expedientes, sino que asistimos personas, **es lo que hace que nuestra voz, en muchas ocasiones, se pueda apreciar disidente frente a otras instancias del SDSS.**

El rol que jugamos en el SDSS tiene un nivel de sensibilización que nos hace ver regularmente como más exigentes de la cuenta; y es lógico, porque vemos el dolor humano, y eso hace que el derecho tenga más fuerza. No solo nos aferramos al derecho que dice la ley, sino al derecho que nos da la vida. **TODO LO QUE NACE, LUCHA POR SEGUIR EXISTIENDO.** Por eso es bueno recrear, de manera sucinta, histórica y legalmente, por qué estamos hoy aquí.

En 1846 en el país surge por primera vez el término de pensión, cuando se promulgó la Ley No. 79, el 16 de mayo, que asignaba una pensión a los militares con discapacidad por acción de guerra o por tener 60 años de edad o 40 años de servicio activo, y se establecía un banco de préstamos, denominado «Monte de Piedad», para otorgar pequeños financiamientos a las viudas y huérfanos de los militares que murieran en servicio y la defensa nacional.

En la década de los 40, en América Latina hubo una ola de reformas que procuraba, en algunos casos, establecer, y en otros, modificar los regímenes de seguros sociales que había en la región. En la República Dominicana, acorde con esa ola, el movimiento sindical hizo grandes movilizaciones y hasta huelgas obreras, propugnando por la estabilización de esos derechos. Los cambios sociales, si bien es cierto que tienen un influjo internacional, se materializan por los reclamos de la sociedad.

Antes de la modificación de la Constitución que estableció, en su artículo 7 el Estado social y democrático de derecho, ya estaba consagrado en la misma el derecho a la seguridad social. En 1942 por primera vez nuestra norma legal suprema incluye el derecho a los seguros sociales como derecho del ser humano y como deber del Estado dominicano.

Entre los años 1946 al 1948, en medio de la dictadura de Rafael Leónidas Trujillo, fueron varias las movilizaciones y huelgas llevadas a cabo por el di-

rigente sindical del sector azucarero Mauricio Báez, defendiendo la mejoría de las condiciones del trabajo y de salud de la clase trabajadora, lo que dio lugar a que en 1946 se promulgara en nuestro país la Ley sobre Seguro Social Obligatorio, modificada en 1948 por la Ley 1896, la que estuvo vigente hasta el año 2001, cuando se promulga nuestra Ley 87-01, que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social.

En los años 80, bajo el influjo de grandes conflictos económicos y movilizaciones sociales, surgió la necesidad de la concertación social para buscar soluciones a los reclamos de mejores condiciones de vida y de trabajo. El gobierno de la época puso esa misión en manos de la Iglesia católica, la que a través del cardenal Nicolás de Jesús López Rodríguez, y de monseñor Agripino Núñez Collado, convocaron a un diálogo tripartito en el que participaron todos los grupos de interés en búsqueda de soluciones a las demandas planteadas.

Así nació el Diálogo Tripartito. El primero se efectuó en Jarabacoa, del 6 al 8 de marzo de 1985, y asistieron **el gobierno, representantes de las seis centrales sindicales, el Consejo Nacional de Hombres de Empresas y varias de sus afiliadas, expertos laboristas internacionales y nacionales y la Iglesia católica como mediadora.**

Luego de tres días de diálogo, acordaron una Agenda Nacional de varios puntos principales:

- **Creación de un sistema de seguridad social integral;**
- **Consagración de la libertad sindical;**
- **Rebaja de los precios de los artículos de primera necesidad;**
- **Aumento salarial;**
- **Revisión de la Ley de Impuesto sobre la Renta, entre otras reivindicaciones.**

Fueron casi 50 años de grandes luchas, huelgas, reclamos y reivindicaciones para lograr lo que hoy es nuestra realidad.

LA DIDA

En 2001, con la promulgación de la Ley 87-01, nace un vínculo directo entre la seguridad social y los ciudadanos, creándose la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados a la Seguridad Social (DIDA), como uno de los mecanismos de garantía para la protección de los derechos de los afiliados; entidad que en los actuales momentos tenemos el compromiso de dirigir.

Somos un órgano técnico, dependiente del Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS), con presupuesto definido y autonomía operativa, responsable de promover el desarrollo del sistema, orientar y defender a los ciudadanos y supervisar y monitorear su funcionamiento desde el punto de vista de sus usuarios.

Por eso nos sentimos orgullosos de tener el privilegio de que el SDSS cuente con una institución que ha sido concebida independientemente de los actores ejecutivos, con la lógica del afiliado, a la que se le ha dado plena autonomía para actuar y pensar en función de estos.

Con mucha satisfacción podemos decir que hasta ahora, nunca ha habido cortapisas para accionar en defensa de los afiliados, llegando oportunamente para evitar que las quejas y reclamaciones trasciendan al ámbito judicial, no solo por lo costoso sino por lo traumático que se torna.

En los años de funcionamiento de la DIDA se han ofrecido más de 11 millones de asistencias y hemos recibido más de 242 mil quejas y reclamaciones, llenándonos de satisfacción que más del 90 % se ha solucionado de manera oportuna, sin tener que intervenir en los trámites judiciales. Somos la parte sensorial del sistema; conocemos de sus virtudes, las cuales promovemos, y somos contestes de sus defectos, los que acometemos para su subsanación.

Remitimos todas las quejas, reclamaciones y denuncias de la población, y las tramitamos a los organismos de toma de decisión, es decir, superintendencias y el CNSS, y en nuestro rol de defensores, contribuimos a que estas puedan ser tratadas, analizadas y sirvan de base para establecer normas,

procedimientos y ampliar beneficios que incluso están por encima de la ley que favorece a la población, todo esto dentro del ámbito administrativo.

Como les decía, somos un sistema que acaba de cumplir la mayoría de edad, y con ello, pasamos un balance de nuestras acciones, las que sin poder resolutivo impulsamos para que los organismos oficiales emitan cientos de resoluciones y decisiones que permiten acercarnos a una verdadera protección social, como **Estado protector**. Entre esas decisiones favorables aquí solo citaremos algunas, como ejemplos palpables de lo que hablamos:

- 1- El establecimiento del Salario 13 a quienes reciben prestaciones económicas del Seguro de Riesgos Laborales.
- 2- Aumento del tope de cobertura para el manejo de las enfermedades de alto costo.
- 3- Aumento de procedimientos en el catálogo de prestaciones en especie del Seguro Familiar de Salud.
- 4- Autorización para el traspaso al Sistema de Reparto de Afiliados que por error o irregularidad fueron afiliados al Sistema de Capitalización Individual.
- 5- Ampliación de plazo de cobertura para las pensiones por discapacidad y sobrevivencia.
- 6- Ampliación de edad de cobertura para las pensiones por discapacidad y sobrevivencia.
- 7- Cobertura de pensión de sobrevivencia a los hijos en gestación.
- 8- Cobertura en enfermedades de alto costo para los recién nacidos.

De ahí es que decimos que un alto porcentaje de la agenda que conocen las entidades oficiales viene dada por los problemas y quejas que diariamente presentamos en sus respectivas jurisdicciones, lo que ha permitido que el SDSS tienda cada vez más a ser creíble, en la medida que la gente siente resueltas sus insatisfacciones. Como entidad, estamos conscientes de que el principal poder que tiene nuestra institución es la credibilidad pública interna y externa.

Siendo ya un sistema maduro, debemos resolver temas críticos que afectan derechos ciudadanos, que van en contra de ese Estado Social y Democrático de Derecho, como son:

- 1- La necesidad INMEDIATA de integrar en nuestra legislación el principio de la imprescriptibilidad de los derechos sociales, posición que hemos asumido desde el inicio de nuestras funciones.
- 2- La implementación URGENTE de la Atención Primaria en Salud, como consagran las Leyes 42-01 y 87-01, demanda que formó parte de la declaración anunciada por la OISS en su última visita al país.
- 3- Asumir la cobertura de toda la población, dando cumplimiento al Principio de Universalidad que contempla la ley.
- 4- Varios aspectos más, que garantizan un mayor acercamiento a lo que es un Estado Social y Democrático de Derecho.

Resolvemos conflictos de manera alternativa, procurando el cumplimiento normativo sin que los casos lleguen a la justicia ordinaria; no obstante, si es necesario trascender, tenemos la obligación legal de asesorar a la población cuando lo requiera. De igual manera, nuestras consultas normalmente sirven de base a la instrumentación de los expedientes en los tribunales, aunque actualmente no representamos a la población en esas instancias.

A continuación, algunos criterios importantes, emanados de nuestro más alto Tribunal Constitucional, en una decisión trascendental por reclamos de derechos en el SDSS:

Mediante la sentencia No. 203/13 de fecha 13/11/2013, revocó decisión del Tribunal Superior Administrativo y ordenó luego un proceso judicial de 6 años el pago de manera retroactiva por la Administradora de Riesgos Laborales Salud Segura (ARLSS) y el Instituto Dominicano de Seguros Sociales (IDSS), el monto del setenta por ciento (70 %) de su salario base.

Esta sentencia establece criterios de protección que sirven de referencia para casos similares de vulnerabilidad del afiliado, que impliquen la protección del derecho a la seguridad social, como la dignidad humana, la eficacia en la actuación de la administración, la protección efectiva de sus

derechos fundamentales, por lo que es innegable que la tardanza innecesaria e indebida en la atención a las solicitudes de los particulares pueden constituirse en violaciones a derechos fundamentales, máxime cuando estos derechos se encuentran íntimamente vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas para la subsistencia digna de una persona envejeciente que, sin las atenciones mínimas, se expone a penurias y enfermedades, por lo que su atención debe ser una prioridad para el Estado.

Con este ejemplo y otros de casos que no vamos a mencionar, damos testimonio de que por la intervención del Tribunal Constitucional se han resuelto positivamente, para la población, situaciones que no tuvieron respuestas en el ámbito administrativo de las instancias del SDSS. Estas sentencias demuestran el gran avance que consagró nuestra Constitución con la creación del Tribunal Constitucional como una garantía.

Tenemos la ventaja de que el presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Milton Ray Guevara, fue el primer presidente del CNSS, experiencia que contribuye a que sus conocimientos sobre seguridad social se manifiesten en las ejecutorias que ese máximo organismo debe tomar, para dirimir con equidad y justicia los casos que llegan hasta él.

Aprovechamos para agradecer la mancomunidad existente entre los anfitriones de este magno evento, OISS y el TC, quienes nos han dado la oportunidad de presentarnos ante un escenario tan importante como este, donde países de la región confluyen con un objetivo común.

Además, felicitar a la OISS por el cumplimiento de sus 65 años de vida. ¡Felicidades!

ENTONCES, CONOCIENDO EL ROL NUESTRO, ¿QUÉ HACE LA DIDA PARA EVITAR LA JUDICIALIZACIÓN?

Aunque tenemos la base legal para, en nombre de los afiliados, ejercer la defensa del derecho a la seguridad social, entendemos que aún falta mucho para que nuestra sociedad se empodere.

Estamos conscientes de que una ley que se desconoce es una ley que no existe, **aunque cotidianamente está en las primeras planas de los periódicos**, porque el conocimiento es que el ciudadano lo ejerza plenamente, y además, que cuando lo reclame, debe haber algún ente que le responda positivamente. De nada le vale a usted ser un ciudadano que conozca de sus derechos si cuando va ante las autoridades, no se los reconocen.

Eso es lo que busca la DIDA, educar a la población e incidir en que las autoridades asuman su rol de garantes y protectores del derecho a la seguridad social. Si se atienden adecuadamente las necesidades de las personas no habrá necesidad de la judicialización, o mejor dicho, será menos propensa la persona, que para ejercer su derecho, deba acceder a la justicia ordinaria.

Abogamos porque cada día el Sistema de Seguridad Social tenga mayor y más oportuna protección a la población, y los mecanismos resolutivos sean más ágiles en las decisiones que deben ser tomadas, porque en esa misma medida irán disminuyendo las reclamaciones por la vía judicial, evitándose con ello los perjuicios económicos y de oportunidad al afiliado.

Entre las conclusiones a las que podemos llegar sobre este tema, tenemos que:

1. Las leyes de protección social como la seguridad social no son para los abogados, son para los ciudadanos, por lo que debemos procurar que estos conozcan sus derechos y exijan su cumplimiento,
2. Los derechos sociales de los ciudadanos en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho están garantizados por la Constitución, y
3. Se necesita voluntad política de todos los sectores para construir ese Estado Social y Democrático de Derecho, que no basta con que esté plasmado en la Constitución; no es suficiente con que sea una ley, sino que hay que realizar acciones que den señales inequívocas de que la protección social es una práctica que el ciudadano percibe y disfruta.
4. Dada la naturaleza de nuestra ley de Seguridad Social, que tiene una característica mixta, en la que los conflictos de interés, en mu-

chos casos, ponen en peligro no solo la estabilidad y la vida de una familia, sino la propia gobernabilidad del Estado, es necesaria la creación URGENTE de una jurisdicción especializada en seguridad social.

5. Lo que la sociedad dominicana ha conquistado jurídicamente, la DIDA propende a que pueda ser ejecutado objetivamente. Ese es nuestro rol.

Hablar de un Estado social y democrático de derecho, cuando en la mesa falta el pan es un tema difícil. A lo que aspiramos en esta sociedad no es tanto que esté plasmado en la Constitución, sino que la concepción de ese Estado esté también en el subconsciente de los ciudadanos, como un derecho que les asiste.

Nosotros, los funcionarios públicos, tenemos una gran responsabilidad: ejercer esa garantía, y si no somos sensibles a esa situación, difícilmente la sociedad prospere. No habrá Constitución, ni leyes, ni tribunales fortalecidos si no estamos motivados por el origen, que es la **protección de los seres humanos**.

¡Muchas gracias!

BIBLIOGRAFÍA

Disponible en: <http://www.sisalril.gov.do/EstadisticasdelSfs.aspx>

Disponible en: <http://www.sipen.gov.do/index.php/estadisticas/resumenes-estadisticos/category/resumenes-estadisticos-2019>

Disponible en: <https://www.tss.gov.do/>

Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretaría/sentencias/>

LA PERSPECTIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES DE REPÚBLICA DOMINICANA

Ramón E. Contreras Genao

Señoras y señores.

Al tiempo de saludarles, es para nosotros un placer haber sido invitados a esta importante actividad y presentarles la posición sobre la **constitucionalización** del derecho de la seguridad social desde la perspectiva de la Superintendencia de Pensiones, tema que en sí mismo implica hablarles sobre el impacto de este proceso jurídico en el Sistema Dominicano de Pensiones.

Podría pensarse que para un economista, adentrarse en temas que inicialmente se presumen legales y normativos, supondría un gran reto, pero gracias al componente social que intrínsecamente contiene la formación profesional del área económica, nos ha permitido con claridad evaluar a mayor profundidad cómo reaccionan nuestros afiliados, autoridades y ciudadanía frente a los cambios que representan el ejercicio y empoderamiento de los deberes y derechos consagrados en materia de protección previsional.

Hemos apreciado de forma consciente el valor de la Constitución, su supremacía jurídica, su irrefutable vinculación a las leyes y demás normas de nuestro ordenamiento jurídico, vínculo que nos obliga a los actores y hacedores de políticas públicas a replantearnos posiciones objetivas con el fin exclu-

sivo de preservar las garantías fundamentales a las que todos los ciudadanos tenemos derecho.

Sin más preámbulos, y para fines de contextualizar el impacto del fenómeno de **constitucionalización** en la rama previsional del sistema dominicano de seguridad social, haremos un repaso de los tres conceptos básicos que a nuestro entender envuelven el objeto de este seminario.

En primer orden, debemos indicar que al referirnos a derechos fundamentales y dignidad humana es necesario hacer mención del documento que históricamente representa el compendio de principios y garantías de los mismos: la Constitución, texto de carácter jurídico-político, fruto de un poder constituyente, que tiene el propósito de estatuir la separación de poderes del Estado y es la ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de normas jurídicas, fuente de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimitando los poderes e instituciones de la organización política.

Atendiendo, pues, a la naturaleza propia de ese estamento jurídico normativo, la Constitución es reconocida como la ley suprema o ley de leyes que, al contener normas taxativas de orden público e interés social que obligatoriamente deben cumplir y respetar todos los habitantes de un país, imponiéndose imperativamente a cualquier otro tipo de normativa existente aplicable, incluso por sobre los tratados internacionales.

Una Constitución es garante del orden público establecido y de las instituciones públicas que legítimamente de ella emanan; reconociéndose el verdadero *Estado de derecho* en un país cuando su marco normativo existente y vigente cumple con los preceptos constitucionales.

En tal sentido, de la interpretación contextual de todos los principios y derechos constitucionales vigentes surge el fenómeno **constitucionalización del derecho**, el cual se ha desarrollado en un marco de evolución dinámico, con puntos de partida y llegada que no siempre irán en una misma dirección, generando asimismo contradicciones en su aplicación, por aquello de que las normas son subjetivas y las mismas serán interpretadas para satisfacer las ne-

cesidades e intereses de las personas junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad.

Es innegable que siendo los derechos fundamentales, derechos por demás humanos, es decir, inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición; corresponde a los Estados respetarlos, promoverlos y protegerlos efectivamente, mediante los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional y son justamente estas condiciones y otras, las que dan pie al nacimiento y desarrollo de la **constitucionalización en el derecho**.

En el caso particular de la seguridad social, el derecho a la misma está explícitamente consagrado en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos que de forma clara no solo señalan el derecho a la seguridad social que tiene toda persona, mediante el esfuerzo nacional y cooperación internacional; sino que disponen la garantía para todas las personas de un nivel de vida adecuado que asegure salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, seguros contra desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otras contingencias que pongan en riesgo nuestros medios de existencia.

Como ocurre con todo *derecho*, sea éste humano, individual o social, si alguien es su titular, necesariamente deberá haber un sujeto obligado a respetarlo, a otorgarlo y en caso de ser inobservado o violado, obligado a su reparación; en este caso, el sujeto obligado al que nos referimos lo es siempre el propio Estado en donde se encuentre el individuo mismo, porque tal derecho es inherente a su condición humana y lo lleva consigo a todas partes donde quiera que vaya, siempre más allá de su condición migratoria.

En el caso particular de la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana, surge un nuevo modelo constitucional que se ha caracterizado por la materialización del derecho por medio de los principios constitucionales, la garantía jurisdiccional de la constitución, la relación del derecho con la moral y la importancia de la argumentación.

Y al hablarse ya de *derechos*, esto es, de derechos humanos inalienables, irrenunciables y exigibles al Estado, los cuales sustentan a los sistemas de seguridad social, dichos derechos deben establecerse con el fin de brindar un servicio teniendo en cuenta al menos las prestaciones mínimas referidas en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mismas que citamos previamente, y que sirvieron de referencia para la definición del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establece las normas mínimas de seguridad social.

Como bien lo ha reconocido la misma jurisprudencia constitucional, no todos los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado, pero en aquellos casos en que el Estado no asegura en forma eficaz el mínimo vital y los derechos mínimos de subsistencia, se quebrantan las obligaciones internacionales y los derechos fundamentales constitucionales, susceptibles de la acción de tutela, por constituir una violación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Y es que la palabra clave es “derechos”, no expectativas, sino derechos humanos y sociales cuya naturaleza intrínseca es que son irrenunciables, inalienables e inextinguibles y *también son exigibles al Estado como el obligado a otorgarlos y en su caso a reparar su ausencia, es decir, que la razón de los mismos debe ser protegerlos.*

Debe entonces quedar perfectamente claro que el referido *servicio público de la seguridad social lo debe garantizar el Estado* a sus habitantes, al ser un derecho humano esencial inherente a nuestra condición y naturaleza humanas, con base en los principios jurídicos del derecho administrativo.

En el caso de la República Dominicana, la protección a los derechos humanos en forma amplia se deja sentado por primera vez en la constitución de 1924, la cual en su artículo 7 dispuso que las garantías declaradas como derechos humanos del artículo 6 no son limitativas, por lo que no se excluyen otros derechos de igual naturaleza. A su vez, la Constitución del año 1934 en el numeral 2 del mismo artículo 6 dispuso dentro del derecho a la libertad de trabajo que la ley podrá establecer “los seguros sociales” y en general todas

las medidas de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias en favor de los trabajadores.

A seguidas de este cambio, atendiendo a las demandas de los trabajadores dominicanos de un régimen de protección social, son promulgadas las leyes No. 1376 del 17 de Marzo de 1947 y la No. 2920 del 11 de Junio de 1951, que dan lugar a la creación de la Caja Dominicana de Seguros Sociales y al Código Trujillo del Trabajo, respectivamente.

Como bien es sabido, y no abundaremos al respecto, la Caja Dominicana de Seguros Sociales fue concebida bajo los principios bismarcianos del sistema alemán, con el propósito de cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte del trabajador. El sistema de seguros sociales es puesto en vigencia mediante la Ley no. 1896 del 30 de Diciembre de 1948.

En el año 1955, la constitución dominicana sufre una nueva modificación y en ella por primera vez al referirse a los derechos humanos se consagra el rol del Estado de garantizar el acceso a los mismos, al rezar su artículo 8 lo siguiente y citamos textualmente: *“se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y la creación y mantenimiento de las medidas 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”* (cerramos la cita).

Esa edición de la carta política nacional dispone que y citamos: *“con el fin de robustecer su estabilidad y bienestar, su vida moral, religiosa y cultural, la familia recibirá del Estado la más amplia protección posible, por lo que la ley proveerá las medidas necesarias para proteger la maternidad y, en particular, a las madres, durante un período razonable: antes y después del parto”*. Igualmente, se definió como objetivo principal del Estado el establecimiento de políticas para reducir la mortalidad infantil y el desarrollo de los niños y se declaró de alto interés social la institución del bien de la familia.

Por primera vez surge el término **seguridad social**, estableciendo la responsabilidad del Estado de continuar el desarrollo progresivo de la mis-

ma, de manera que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez.

Con la proclamación de la Constitución del año 2010, en su artículo 8 se establece claramente como función esencial del Estado y citamos: *“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.”*

Esta versión de la Constitución en su artículo 60 preserva el derecho a la seguridad social como un derecho humano y fundamental a cargo del Estado; a la vez que mediante su artículo 184 se crea el Tribunal Constitucional, el cual tiene como objeto principal garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales y es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es preciso destacar que previo a esta disposición, la Suprema Corte de Justicia tenía a su cargo el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad.

En cumplimiento de las atribuciones conferidas expresamente por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales núm. 137-II, las decisiones que dicta el Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.

Haremos un alto en este punto para enfatizar que en materia de **constitucionalización** del derecho a la seguridad social, existe otra noción frecuentemente utilizada, denominada la “judicialización de la seguridad social”, que es la definición de las características y particularidades de los derechos dictada por los jueces, quienes, a través de diferentes métodos de interpretación, complementan e incluso en algunos eventos, modifican la legislación en materia de derechos sociales y derechos fundamentales.

En tal sentido, con la Carta del año 2010, República Dominicana da un salto hacia el desarrollo de un nuevo modelo de tutela y control judicial

en materia constitucional, con la definición de un estamento dedicado exclusivamente a la defensa del orden constitucional y protección de derechos humanos y fundamentales.

Volviendo entonces a la definición y puesta en vigencia del derecho a la seguridad social en República Dominicana, y ya a partir de este punto circunscribiéndonos específicamente en lo que concierne al seguro de vejez, discapacidad y sobrevivencia, debemos retroceder un poco en la cronología que ya habíamos avanzado, y recordar que en el año 2001 fue promulgada la Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social, misma que en su artículo 1 dispone como su objeto principal *“establecer el Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) en el marco de la Constitución de la República Dominicana, para regularla y desarrollar los derechos y deberes recíprocos del Estado y de los ciudadanos en lo concerniente al financiamiento para la protección de la población contra los riesgos de vejez, discapacidad, cesantía por edad avanzada, sobrevivencia, enfermedad, maternidad, infancia y riesgos laborales. El Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) comprende a todas las instituciones públicas, privadas y mixtas que realizan actividades principales o complementarias de seguridad social, a los recursos físicos y humanos, así como las normas y procedimientos que los rigen.(...)”*.

En tal sentido, se concibe por primera vez en República Dominicana un sistema de protección social que busca la universalidad, así como la integridad de las prestaciones necesarias para garantizar el desarrollo pleno de nuestros ciudadanos.

En el caso particular del sistema dominicano de pensiones, la reforma plantea la existencia de un sistema mixto, en el que coexisten el régimen previsional de reparto, en procura de la preservación de derechos adquiridos, y se instaura un régimen de capitalización individual para nuevos afiliados. Para ambos regímenes, en adición al seguro de vejez, o lo que comúnmente se conoce como la jubilación, se creó igualmente un seguro de discapacidad y sobrevivencia.

En la actualidad, este seguro opera exclusivamente para el régimen contributivo, modelo de financiamiento que garantiza la protección a traba-

jadores y empleadores con relación de dependencia, incluyendo al Estado como empleador, en apego a los principios de gradualidad y equilibrio financiero establecidos en la ley 87-01, los cuales disponen que el sistema 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; basado en la correspondencia entre las prestaciones garantizadas y el monto del financiamiento, a fin de asegurar la sostenibilidad del mismo.

Asimismo, nuestra Ley 87-01 preserva la disposición constitucional que proscribía la responsabilidad inalienable del Estado de garantizar a las personas la entrega oportuna de las prestaciones señaladas en las condiciones establecidas en la Ley y sus normas complementarias, para lo cual son creadas entidades responsables de la supervisión, administración y pago de los beneficios indicados en la misma, tal y como reza su artículo 21, el cual señala claramente que: *“El Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) se organiza en base a la especialización y separación de las funciones. La dirección, regulación, financiamiento y supervisión corresponden exclusivamente al Estado y son inalienables, en tanto que las funciones de administración de riesgos y prestación de servicios estarán a cargo de las entidades públicas, privadas o mixtas debidamente acreditadas por la institución pública competente. (...)”*

Pues bien, con esta panorámica genérica, en la cual se evidencia la sujeción de la norma marco del sistema dominicano de seguridad social a los lineamientos constitucionales vigentes en nuestra carta magna, a casi 16 años de entrada en vigencia del seguro de vejez, discapacidad y sobrevivencia, nos encontramos en un momento idóneo para analizar la situación jurídica del mismo, atendiendo a que al 30 de abril de 2019, registramos 3 millones 999 mil 973 afiliados, es decir, casi 4 millones de personas, de las cuales 1,903,366 son cotizantes.

El sistema dominicano de pensiones ha logrado llevar su protección a más del 69% de la población económicamente activa abierta, estando en poder de las entidades administradoras la responsabilidad de velar por más de 634 mil millones de pesos (15.8% del PIB), que deben ser invertidos adecuadamente para garantizar prestaciones a sus afiliados.

Como se observa en los registros estadísticos, puesto que no nos hemos adentrado aún a datos relacionados con el ejercicio de los derechos garantizados a los ciudadanos, el incremento de afiliados, así como el aumento del saldo acumulado de los fondos de pensiones nos empujan constantemente a establecer medidas y políticas que permitan ese ejercicio en apego estricto y objetivo de las disposiciones legales vigentes.

Un ejemplo de lo antes señalado es que, con el fin de garantizar la apertura del sistema a toda la población laboralmente activa, atendiendo a la limitación que existía para la afiliación de trabajadores extranjeros que no contaban con cédula de identidad expedida por la Junta Central Electoral; el 12 de noviembre del 2015, mediante la Resolución 377-02, el Consejo Nacional de Seguridad Social aprobó el derecho de afiliación al Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) de todas las personas de nacionalidad extranjera que se encuentren en situación migratoria regular en el país, en apego a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 87-01; modificando entonces el Reglamento de la Tesorería de la Seguridad Social, a fin de incluir como documentos válidos para afiliación el carnet expedido por la Dirección General de Migración; el documento definitivo emitido por el Ministerio de Interior y Policía en el marco del Plan Nacional de Regularización de Extranjeros para los migrantes que califiquen como afiliados al SDSS; y el pasaporte con visado de trabajo vigente.

En ese mismo orden, y en búsqueda de concientizar a la población sobre las bondades del sistema de pensiones y de esta manera incentivar su ingreso y permanencia en el mismo, ha sido necesario iniciar campañas de educación previsional, por lo que desde noviembre del año 2016 inauguramos la Escuela Previsional SIPEN y en enero del año 2018 realizamos el lanzamiento del portal Web de Educación Previsional, iniciativas que marcan un hito importante dentro del accionar de nuestra institución, de cara a cumplir de manera responsable con la meta de proveer a los afiliados y beneficiarios información confiable y oportuna en materia previsional, mediante diversas acciones formativas como charlas, cursos y diplomados, logrando así que éstos actúen como agentes sociales en la difusión del conocimiento previsional.

Estas actividades educativas tienen igualmente el interés y propósito de llegar a gremios de profesionales, así como servidores y funcionarios públicos y evidentemente a representantes del poder judicial, a fin de que éstos cuenten con herramientas que les permitan con mayor claridad tomar las decisiones que afectan e impactan jurídicamente los derechos de los ciudadanos en el área de pensiones.

Retomando un poco el tema del desarrollo del sistema, es importante resaltar que en materia de beneficios, el Sistema de Pensiones de la República Dominicana, como bien indicamos a grandes rasgos previamente, contempla las siguientes prestaciones: **pensión por vejez, pensión por discapacidad, pensión por sobrevivencia y pensión por cesantía por edad avanzada.** Igualmente, **devolución saldo en un único pago para afiliados que al momento de realizar su primera cotización al Sistema tenían 45 años o más; así como devolución de saldo por enfermedad terminal.**

Aprovechamos para recordar que siendo la seguridad social un derecho esencialmente humano y fundamental, igualmente se circunscribe dentro de la rama de los derechos prestacionales, ya que el mismo contempla, como ya citamos, prestaciones positivas en materia social y la configuración del derecho a un mínimo vital o a un mínimo de condiciones para su seguridad material en la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales, y la realización de las prestaciones sociales para poder vivir en lo que históricamente se ha señalado como forma digna.

En el caso de la pensión por vejez, nuestro marco jurídico dispone que la edad mínima para acceder al beneficio sea 60 años y acumular un total de 360 cotizaciones, pero igualmente se reconoce el derecho a la prestación si el afiliado ha cumplido 55 años de edad y ha acumulado un fondo en su Cuenta de Capitalización Individual que le permita disfrutar de una pensión equivalente al 150% de la pensión mínima.

Sobre este aspecto, debemos recordar que la Ley dispuso que aquellos afiliados que ingresen a cotizar al sistema con 45 años de edad o más, los denominados “ingreso tardío”, podrán retirar en un solo pago el saldo acumulado en sus CCI si dichos saldos no son suficientes para el pago de al

menos una pensión mínima (la pensión mínima actualmente es equivalente a (RD\$9,411.60, un aproximado de 185 dólares americanos).

Para acceder al beneficio de **discapacidad**, el afiliado debe haber sufrido una lesión o enfermedad de origen común que reduzca en al menos un cincuenta por ciento su capacidad productiva. Las **pensiones por sobrevivencia** serán otorgadas a los beneficiarios (cónyuge/compañer@ de vida e hijos bajo ciertas condiciones) del afiliado fallecido. En caso de no existir beneficiarios en las condiciones descritas en la Ley, el saldo acumulado en la CCI será devuelto a los herederos legales en la forma descrita por las leyes correspondientes.

Al cierre del 30 de abril de 2019 se han otorgado 11,851 pensiones por discapacidad; 8,768 pensiones por sobrevivencia; más de 125,132 mil personas han recibido el saldo de sus CCI en un solo pago. El otorgamiento de las prestaciones señaladas es una respuesta del Sistema al cumplimiento de las normas establecidas.

Importante es recordar que para fines de pago de pensiones por discapacidad y sobrevivencia, el trabajador debe estar afiliado y haber cotizado al Sistema de Seguridad Social, es decir, a la fecha del siniestro que genera la discapacidad o provoca la muerte, el afiliado debe haber pagado la prima del seguro establecida por Ley.

¿Por qué les presentamos estos datos? Sencillo, estos datos son muestra de la sujeción de nuestro sistema a las disposiciones constitucionales vigentes que le atañen, pues evidencian la preocupación de los estamentos públicos involucrados en ese proceso de garantizar y reconocer los derechos de sus causahabientes, así como el compromiso de los demás entes participantes de cumplir con el marco normativo vigente.

Es importante recordar que hace un rato referimos que hablar de **constitucionalización** en cierta medida implicaría judicialización, porque los cambios propios de la sociedad, que incluyen los intereses y necesidades de las personas, demandan de adaptaciones y ajustes de los marcos jurídicos que sustentan la definición y otorgamiento de derechos prestacionales.

Es así como el desarrollo y evolución de nuestro sistema de pensiones no ha quedado excluido del proceso de judicialización referido, por lo que desde sus inicios los trabajadores, afiliados al mismo, entidades públicas y privadas, asociaciones y ciudadanos en general han demandado y exigido sus derechos vía los distintos estamentos administrativos y judiciales pertinentes.

Igualmente la instauración del Tribunal Constitucional ha proporcionado un nuevo elemento de gran valor en la definición de los principios y aplicación de las normas que complementan la constitución en materia de derechos a la seguridad social, en el cual se conocen en única instancia:

1. Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido. Como ejemplo de ello está la sentencia núm. 190-2013 que declaró inconstitucional la Ley núm. 374-98, de fecha dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998) que crea el Fondo de Pensiones y Jubilaciones de los Trabajadores Metalmeccánicos de la Industria Metalúrgica y Minera, atendiendo a que *al crearse en la implementación de la Ley núm. 374-98, una desigualdad tributaria directa, a cargo de los empleadores y trabajadores del sector Metalmeccánico, Metalúrgico y Minero, por tener estos que tributar doblemente, se ha vulnerado el principio constitucional de igualdad, legalidad, justicia y equidad tributaria dispuesto en el artículo 243, por no ser justo y equitativo el que esta legislación grave más de lo debido la situación impositiva de ese grupo de individuos frente a los demás;*
2. El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo, como ha sucedido con la sentencia núm. 0229-13 relativa al control preventivo de constitucionalidad del Convenio de Seguridad Social suscrito entre los gobiernos de la República Dominicana y la República del Ecuador, así como el Convenio Multilateral de Seguridad Social,

cuyo control preventivo fue validado mediante sentencia TC-0662/2017;

3. Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares;
4. Los recursos de revisión que se interpongan contra las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada con posterioridad al 26 de enero de 2010, y en los casos previstos por la Ley 137-II;
5. Los recursos de revisión que se interpongan en relación con sentencias dictadas en materia de amparo.

En el caso particular del ejercicio tutelar del derecho a la seguridad social, específicamente en materia de pensiones, contamos con precedentes importantes que han dejado una impronta vinculante en el accionar de nuestras entidades públicas y privadas, atendiendo al pronunciamiento del TC. Tal es el caso de la sentencia 0012/2012 donde fue establecido el reconocimiento de la pensión por sobrevivencia a la compañera de vida de un miembro fallecido de las fuerzas armadas cuando la Junta de Retiro entendía que tal beneficio solo era extensivo a la esposa legalmente registrada, lo que prueba el reconocimiento del derecho consagrado en el numeral 5 del artículo 55 sobre derechos de la familia que establece y citamos: *“la unión singular entre un hombre y una mujer sin impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley;”*.

Otra serie de decisiones relacionadas con la preservación de derechos adquiridos forman parte del dossier de las sentencias del honorable Tribunal Constitucional, garantizando no solo la preservación del acceso a prestaciones de nuestros afiliados, sino igualmente disponiendo las pautas para operatividad del sistema.

De forma difusa han sido reconocidas prestaciones que presumiblemente no podrían ser otorgadas al amparo del marco jurídico vigente, como ha sucedido con pensiones por discapacidad inicialmente declinadas por

prescripción del plazo para realizar la solicitud de pago de las mismas, aduciendo el Tribunal en casos específicos la preeminencia del derecho del afiliado de acceso al beneficio en apego a la disposición constitucional que señala que en materia de derechos fundamentales, la interpretación de los mismos debe realizarse en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos (numeral 4 del artículo 74 de la Constitución).

Sin extendernos más en este aspecto, recordemos que no solo los tribunales nacionales conocen de acciones, recursos o reclamaciones de los derechohabientes o interesados, también las entidades públicas que conforman el tren administrativo tenemos a nuestro cargo la responsabilidad de emitir opiniones, asistir a la ciudadanía, emitir actos administrativos y normas complementarias e igualmente, de servir de mediadores o dar respuesta a recursos que sean interpuestos ante las mismas.

Previo a nuestra presentación, la Directora de la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados se encargó de presentar un informe pormenorizado de la situación de los afiliados al sistema, por lo que no nos detendremos mucho en el aspecto de defensoría tutela de derechos, sino que nos concentraremos en el rol normativo a nuestro cargo, mismo que nos ha permitido ser testigo presencial de los cambios que se han venido presentando dentro del sistema previsional de nuestro país y que por ende, nos ha impulsado a tomar medidas regulatorias y administrativas en pro de satisfacer las necesidades de nuestros afiliados.

Como ejemplo, y siendo estos los cambios más recientes, previo al año 2015, los trabajadores de ingreso tardío, aquellos que iniciaron sus cotizaciones en el Sistema con 45 años o más, solo podían retirar el total del saldo acumulado en sus CCI si el mismo no era suficiente para acceder a una pensión mínima. Atendiendo a reclamos de afiliados cuyos niveles socioeconómicos no se corresponden con los montos que una pensión mínima les garantizaba, el órgano rector del sistema dominicano de seguridad social procedió a disponer la potestad al afiliado de elegir entre la devolución total del saldo de su cuenta o el pago de la pensión, sin importar si el mismo era o no suficiente para pagar pensión mínima.

Como Superintendencia de Pensiones hemos autorizado a las Administradoras de Fondos de Pensiones a pagar pensiones mínimas hasta agotar el saldo de las CCI a trabajadores que llegan a la edad de retiro y no cumplen con los requisitos de acceso para el pago de una pensión por vejez.

En el año 2015, el Consejo Nacional de Seguridad Social, luego del convenio logrado entre SIPEN y las compañías aseguradoras, modificó el contrato póliza de discapacidad y sobrevivencia que se encontraba vigente desde el 2008 incrementando la edad tope de cobertura de pensión hasta los 65 años, así como extensión del plazo de prescripción para solicitar el pago del beneficio de 2 a 7 años.

Con la incorporación de los miembros de la policía nacional al sistema dominicano de pensiones, fue autorizada la cotización simultánea a planes de pensiones creados por leyes especiales y a una AFP, para trabajadores que prestan servicios a más de un empleador.

Asimismo, en la actualidad, el Congreso Nacional, a instancia de la Presidencia de la República, con el apoyo técnico de las instituciones públicas y privadas que conformamos el sistema dominicano de seguridad social, igualmente estamos abocados a la revisión de una modificación integral a la Ley 87-01, asumiendo el compromiso principal de preservar las garantías prestaciones de los ciudadanos.

Nuestra Ley 87-01 está investida de condiciones especiales, ya que la misma, al ser una ley orgánica, en apego a la definición establecida en el artículo 112 de la Constitución, no solo debe ser introducida ante el Poder Legislativo en la forma prescrita en la Carta Magna, sino que igualmente, su modificación requiere de al menos las dos terceras partes de los presentes de ambas cámaras (senadores y diputados); por ello, el Congreso Nacional ha designado una comisión bicameral que está a cargo del estudio y definición de los aspectos a ser reformados.

Distinguida audiencia, en principio entendíamos que 45 minutos era mucho tiempo para presentarles nuestras consideraciones respecto de un tema que nos ha resultado tan apasionante como lo es la **constitucionalidad**

de los derechos fundamentales, pero luego de realizar las investigaciones y análisis correspondientes, constatamos que necesitamos más espacio para seguir debatiendo el impacto del fenómeno **constitucionalización** en nuestro sistema de pensiones; pero hemos procurado evidenciar en cada una de nuestras afirmaciones que en República Dominicana estamos en un proceso dinámico, de gran desarrollo, en la búsqueda y definición de las mejores prácticas que permitan a nuestra ciudadanía ejercer sus derechos con igualdad, libertad, calidad y oportunidad.

Asimismo, hemos probado, desde la óptica del sistema de pensiones, que las autoridades públicas y entes privados que participamos del mismo, trabajamos ampliamente en el desarrollo de una agenda que permita la preservación de la aplicación objetiva del marco jurídico vigente, en procura de la protección de las personas.

Finalmente, no queremos despedirnos sin dejar en el ánimo de todos ustedes que la **constitucionalización de la seguridad social** es un hecho incuestionable, producto en buena medida del significativo avance jurídico legislativo y el impulso que el mismo supone en la superación económica nacional, en el aumento del nivel de vida de la ciudadanía y en la materialización con eficacia de la protección social genérica de la cual forma parte, que no busca establecer medidas irrealizables, sino que el mismo debe responder a procesos paulatinos y prudentes, tomando en consideración en todo momento la realidad de los Estados, así como las necesidades y los intereses reales de su gente.

Agradecemos a todos la atención brindada y reiteramos al honorable magistrado presidente del Tribunal Constitucional y a la Secretaría General de la OISS nuestro agradecimiento por la invitación a este importante evento, quedando prestos a responder cualquier pregunta que puedan tener sobre lo ya expuesto.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República Dominicana del año 2010.
- Constitución de la República Dominicana del año 1955.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- Ley núm. 1896 sobre seguros sociales de la República Dominicana.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales núm. 137-11 de la República Dominicana.
- Ley 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social.
- Reglamento de Pensiones de la República Dominicana.
- Reglamento de la Tesorería de la Seguridad Social (TSS).
- Resoluciones emitidas por el Consejo Nacional Seguridad Social (CNSS) de la República Dominicana.
- Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Pensiones (SIPEN) de la República Dominicana.
- Sentencia núm. TC-0012/2012 emitida por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana.
- Sentencia núm. TC-190-2013 emitida por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana.
- Sentencia núm. TC-0229-13 emitida por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana.
- Sentencia núm. TC-0662/2017 emitida por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana.
- Comunicaciones de la Superintendencia de Pensiones (SIPEN) de la República Dominicana (aprobación pensión mínima a las personas que no cumplen con requisitos).

LA EXPERIENCIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN IBEROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA

Martín Ernesto Bretón Sánchez

La seguridad social ha sido objeto de normas fundamentales desde la primera mitad del siglo pasado. Las normas internacionales han impulsado la constitucionalización de las normas sobre seguridad social en Iberoamérica, y la República Dominicana no es la excepción. El país es signatario de los más importantes instrumentos internacionales en esta materia. A continuación, hacemos un esbozo de los principales principios recogidos en las normas internacionales adoptadas por el país. Estos principios sirven para que las diversas personas e instituciones que participan en el sistema puedan guiarse de los mismos. Igualmente, los tribunales pueden utilizarlos para amparar y hacer valer los derechos de los beneficiarios.

Constitución – Derechos fundamentales – Seguridad social – Iberoamérica – Trabajadores – Empleadores – Derecho comparado – Principios.

LA EXPERIENCIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN IBEROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA¹

Como todos sabemos, la constitucionalización de la seguridad social en Iberoamérica comenzó con la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917². Luego le siguieron varias constituciones, como la de España (1931), Perú (1933), Brasil (1927), Paraguay y Cuba (1940), República Dominicana (1942)³.

Sin lugar a duda, la internacionalización de la seguridad social, a través de los diversos organismos y acuerdos internacionales, ha permitido la expansión de las normas de seguridad social. En el ámbito mundial, la Declaración de Filadelfia de 1944, denominada como la “Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴”, consagró la obligación solemne de: “f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa;”. Igualmente, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 consagró a la seguridad social como un derecho humano⁵. Lo mismo hizo el Pacto

¹ Introducción realizada en la conferencia: “Tal como dijo el profesor Milton Ray Guevara, vengo en calidad de pitcher taponero del Dr. Rafael Albuquerque, quien se ha excusado ante la organización por no estar hoy ante ustedes. El domingo en la tarde recibí una llamada de la Dra. Gina Riaño, conjuntamente con el Dr. Frank Aristy, proponiéndome que interviniera en este seminario, en relevo del Dr. Albuquerque. Como aprendí en la vida académica, dentro de mi alma mater, existen rangos académicos que siempre hay que respetar, y visto que estaban involucrados mis dos mentores profesionales, accedí inmediatamente a la gentil invitación. Luego de colgado el teléfono y de asimilar lo hablado, entendí a lo que me había comprometido, y espero dispensen la evidente disparidad entre nuestra presentación y la del Dr. Rafael Albuquerque, cuya calidad profesional y humana es difícil de equiparar, y a quien le debo tanto y devuelto poco”.

² La Constitución Mexicana de Querétaro fue el primer texto constitucional a nivel mundial que incluyó derechos sociales, dos años antes de la Constitución de Weimar de 1919, que tanto ha influido en toda Europa.

³ Primera Constitución dominicana que aborda los “Seguros Sociales”; igualmente lo hizo la de 1947, mientras que la de 1955 es la primera que se refiere a “seguridad social”.

⁴ A pesar de que la OIT se crea con el Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial en 1919, la OIT asumió la Declaración de Filadelfia de 1944 como su constitución, y por tanto, contiene las principales obligaciones de la institución y los Estados miembros.

⁵ Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que incluyó la seguridad social como derecho fundamental⁶.

En el desarrollo y situación actual de la seguridad social, son de especial interés el Convenio 102 de la OIT sobre Normas Mínimas de Seguridad Social de 1953, que nuestro país ratificó en julio de 2016, así como la Recomendación 202 de la OIT de 2012 sobre los Pisos de Protección Social. Estos instrumentos y sus interpretaciones constituyen el grueso de las obligaciones de los Estados en materia de seguridad social.

En el ámbito americano, hay que destacar la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1948, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (mejor conocido como Protocolo de San Salvador) de 1988.

Todas las Constituciones de Iberoamérica recogen preceptos de seguridad social; algunas más extensas que otras. Don José Antonio Panizo Robles, en la obra *La Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas*⁷, utilizando los diversos instrumentos internacionales de seguridad social para Iberoamérica, identificó una serie de principios básicos de la seguridad social en la región. De ellos, hemos elegido los que entendemos más importantes. A continuación, haremos un resumen de los principales principios y su aplicación en el marco regional, con especial énfasis en la República Dominicana.

Artículo 25 1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

⁶ Artículo 9: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

⁷ PANIZO ROBLES (José Antonio), *La Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas*, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2019.

I.- LA UNIVERSALIDAD DE LA COBERTURA

Si bien es cierto que los seguros sociales comenzaron en el ámbito de la relación laboral, empleador – trabajador, posteriormente, con la intervención estatal⁸, se habla de seguridad social, donde se utiliza el presupuesto estatal y se amplía la base para superar el mundo del trabajo y cubrir a la población en general. La seguridad social se entiende en el ámbito de los derechos de la persona, independientemente de si trabaje o no, o si trabaja de forma subordinada o independiente.

Esta universalidad tiene dos vertientes: una subjetiva, que deberá abarcar a toda la población de un determinado país, y la otra, objetiva, que deberá contener la mayor cantidad de beneficios posible.

En la mayoría de los países, de forma progresiva se ha ido aumentando la universalidad con respecto a la población. Tal es el caso de la República Dominicana, donde la Ley 87-01 significó un paso de gigante con relación a la legislación anterior, abarcando a todos los dominicanos y extranjeros residentes legales, incluyendo a dominicanos en el exterior⁹. Sin embargo, queda pendiente la aplicación del Régimen Contributivo Subsidiado, que aplica a los trabajadores independientes, y la parte previsional, para el Régimen Subsidiado.

En lo que respecta a la universalidad objetiva, encontramos disparidad en el desarrollo dentro de los países de la región. Mientras algunos, como España, cubren todos los riesgos asociados a la seguridad social, en otros la cobertura objetiva es más limitada. En la República Dominicana, la adopción de la Ley 87-01, que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social, significó otro paso de gigante con relación a la ley anterior. En ella se consigna la mayoría de las prestaciones consignadas en los convenios internacionales, salvo el Seguro de Desempleo, que sigue siendo asignatura pendiente de nuestro ordenamiento.

⁸ A partir del informe Beveridge, en Reino Unido, de 1942.

⁹ Art. 5, Ley 87-01, que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social.

2.- LA IGUALDAD DE TRATO

La igualdad de trato es un principio transversal en las diferentes constituciones de la región. En seguridad social, este principio se manifiesta en el trato igualitario que debe otorgarse a los beneficiarios de las prestaciones de seguridad social. Por tanto, está prohibida cualquier discriminación en función de circunstancias personales y sociales.

Esta igualdad de trato debe manifestarse en todos los momentos, tanto en la prestación de los servicios normales como en tiempo de crisis, donde en la disminución de las prestaciones se deberá procurar no discriminar.

Esto no impide que se establezcan, de forma justificada, planes especiales para proteger una determinada población vulnerable, como personas con discapacidad, edad avanzada, etc. En efecto, se admite la discriminación positiva, para ir en auxilio y procurar la igualdad en sectores más vulnerables.

3.- LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

El principio de solidaridad es fundamental para la universalidad de las prestaciones del sistema de seguridad social. Para poder cubrir todas las contingencias, es preciso agrupar los riesgos y darles una solución colectiva, porque hacerlo de forma individual es de difícil cobertura y financiamiento.

En nuestro país, el principio de solidaridad tiene plena extensión en las prestaciones de salud y riesgos laborales. En cambio, en las prestaciones de pensión asumimos el sistema de capitalización individual, donde el riesgo se asume de forma personal. No obstante, existe un fondo de solidaridad, y el Estado garantiza una pensión mínima¹⁰.

Dada la tasa de desempleo y el nivel de informalidad del mercado de trabajo en República Dominicana, expertos han advertido que la mayoría de los trabajadores del régimen contributivo no alcanzarán el monto requerido para una pensión mínima, por lo que habrá muchos requeri-

¹⁰ Artículo 60 de la Ley 87-01.

mientos del fondo de solidaridad, que no tendrá dinero para responder, por lo que el Estado tendrá que aportar recursos al mismo a través del presupuesto nacional.

4.- LA OBLIGATORIEDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La obligatoriedad es un principio esencial para una seguridad social, que permite la acumulación de aportes de la población para cubrir las diferentes prestaciones del sistema. Sin obligatoriedad, lo que hay es seguridad privada.

En materia de salud, lo que existía en Estados Unidos antes del *Obamacare*, en que cada persona elige si quiere o no asegurarse, no es seguridad social. Para que haya seguridad debe haber una imposición del Estado, para obligar a que cada persona se registre y haya solidaridad entre el que tenga mayor ingreso con respecto al que tenga menos.

La Ley 87-01 obliga a registrar a todos los beneficiarios del sistema, quienes obligatoriamente contribuirán al sistema de acuerdo a sus ingresos.

5.- LA UNIDAD DEL SISTEMA

El principio de unidad tiene dos dimensiones. La primera, en lo que respecta a los beneficios del sistema, que deberán ser coordinados y otorgados en igualdad de condiciones a todos los beneficiarios del mismo. En nuestro país existe esta dimensión de la unidad del sistema, ya que existen instituciones y procedimientos para que las personas accedan a los beneficios del sistema de forma coordinada e igualitaria.

En la otra vertiente, que se refiere al ámbito de gestión, la unidad llama a una única institución que centraliza las prestaciones de los servicios. En cambio, en otros sistemas, como la República Dominicana, la gestión del sistema es compartida por organizaciones públicas y privadas, por lo que no se hace referencia a esta acepción del principio de unidad en nuestro país.

6.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La seguridad social es una responsabilidad estatal; más aún en nuestro país, donde tenemos un Estado Social y Democrático de Derecho. En la mayoría de los instrumentos internacionales se recoge la responsabilidad última del Estado en el desarrollo progresivo de los derechos de seguridad social.

Si bien es cierto que en algunos países, como en la República Dominicana, se permite la participación de entidades privadas en parte de las prestaciones de los servicios, la responsabilidad final corresponde al Estado, quien deberá garantizar las prestaciones del sistema.

La República Dominicana tiene un sistema público de seguridad social. La conducción, planificación, captación, asignación de recursos y supervisión está a cargo de organismos estatales. El Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS)¹¹, la Tesorería de Seguridad Social (TSS), la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados (DIDA), la Superintendencia de Pensiones (SIPEN) y la Superintendencia de Salud y Riesgos laborales (SISALRIL), son entidades públicas. Igualmente, se ha dejado a cargo de instituciones gubernamentales la administración de los riesgos laborales y la prestación de estancias infantiles. Mientras, se ha permitido, conjuntamente con instituciones públicas, la gestión de entidades privadas en la administración de los riesgos de pensiones y riesgos de salud, así como las prestaciones de servicios de salud.

Como es evidente, el grueso de las funciones del sistema corresponde a las instituciones públicas, por lo que no hay dudas de que nuestro sistema es público.

¹¹ Si bien es cierto que en el CNSS participan muchos actores del sector privado, la dirección y presencia de varios ministros garantiza que las decisiones sean el reflejo de la política social del Estado. Sin bien es cierto que en el pasado se han presentado problemas para la toma de decisiones, consideramos que los mismos se deben a falta de voluntad política del gobierno.

7.- LA COORDINACIÓN DE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL CON LA REALIDAD ECONÓMICA

Este es un principio vital para el mantenimiento y futuro de los sistemas de seguridad social. Las prestaciones de seguridad social implican un flujo importante de recursos económicos, por tanto, es importante que el diseño e implementación del sistema sea **coordinado** por la realidad económica del país.

En España, la modificación del artículo 135 de la Constitución, en el año 2011, que manda un equilibrio financiero de las finanzas públicas, ha devenido en el contrapeso de los beneficios otorgados por la seguridad social. En República Dominicana, para asegurar la sostenibilidad del sistema, debe existir equilibrio financiero entre las prestaciones garantizadas y el monto del financiamiento¹².

Como en la prestación de los servicios participan entes privados, el Estado debe procurar la viabilidad financiera de los derechos reconocidos por las normas, ya que estas instituciones (entidades privadas) no tienen la flexibilidad que tienen los Estados, de financiarse y procurar nuevos ingresos a través de impuestos.

Sin lugar a dudas, la economía es una limitante al pleno disfrute de los derechos fundamentales de los ciudadanos; en el caso de la seguridad social, esa limitante se refleja en el alcance de los riesgos cubiertos por el sistema.

8.- LA GRADUALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN UN CONTEXTO DE PROGRESIVIDAD

La implementación de todos los beneficios de la seguridad social debe hacerse en forma gradual. En efecto, la mayoría de las normas internacionales de seguridad social motivan a que los Estados establezcan las diversas prestaciones de seguridad social de forma gradual, que aseguren su permanencia en el tiempo.

¹² Principio de la Ley 87-01.

Igualmente, se invita a que los Estados mantengan una progresividad en la aplicación de la seguridad social, para aumentar los beneficios de la población.

Este principio está expreso en el artículo 60 de la Constitución dominicana, que dice 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”.

La progresividad debe darse en las dos vertientes de universalidad que señalamos anteriormente. A medida que pase el tiempo, la seguridad social debería abarcar cada vez más personas (subjctiva) y dar mayores beneficios (objetiva).

Este principio de progresividad ha sido desconocido en momentos de crisis, donde los Estados han tenido que momentáneamente disminuir los beneficios por falta de recursos financieros,

9.- LA INTEGRALIDAD (CONSIDERACIÓN CONJUNTA E INTEGRAL DE LAS CONTINGENCIAS)

En los inicios de los Seguros Sociales, había diferentes tipos de seguros, que tenían diferentes riesgos y prestaciones. En la actualidad, la mayoría de los sistemas son integrales, que permiten asistir la necesidad creada por los usuarios independientemente del origen del riesgo.

Un sistema moderno de seguridad social debe superar la visión clásica de los riesgos de vejez, invalidez, supervivencia o enfermedad, para dar una respuesta integral, que cubra todas las necesidades de la población.

10.- LOS CARACTERES DE LOS BENEFICIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los beneficios de la seguridad social son de carácter personal, por tanto, la mayoría de las constituciones establecen la irrenunciabilidad, intransmisibilidad y suficiencia de los derechos de seguridad social. Por tanto, estos de-

rechos pasan a ser indisponibles, por lo que no pueden ser objeto de cesión o renuncia convencional.

II.- LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La participación social en la formulación y dirección de los sistemas de seguridad social es de vital importancia. Desde sus inicios, la OIT ha promovido la participación de los beneficiarios en la formulación y dirección de la seguridad social.

En la actualidad, la participación social supera la clásica división de empleadores, trabajadores y gobiernos, para incluir otros sectores que son beneficiarios de las normas del sistema. Es lo que sucede en República Dominicana, que además de empleadores y trabajadores, en el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) participan representantes de los médicos, enfermeras y demás profesionales y técnicos de la salud, profesionales y técnicos de otros sectores, discapacitados, indigentes y desempleados¹³.

En nuestro país, la participación tripartita (empleadores, trabajadores y gobierno) es necesaria para la conformación y toma de decisiones en el CNSS¹⁴. Esta norma, que viene del tripartismo de la Organización Internacional del Trabajo, es importante para asegurar la participación popular en la rectoría del Sistema Dominicano de Seguridad Social. Esto garantiza que las decisiones tengan el apoyo suficiente para garantizar su éxito.

Sin embargo, esta participación no puede ser un obstáculo para el desarrollo del sistema. Un uso irracional y sectario de este poder puede impedir el normal funcionamiento de las instituciones. En una futura reforma se debe garantizar la participación popular en la dirección del sistema, a la vez que asegurar que un sector no pueda entorpecer la responsabilidad estatal de proveer seguridad social a la población. La participación es importante, pero no puede ser una retranca para el desarrollo del sistema.

¹³ Art. 23 de la Ley 87-01.

¹⁴ Art. 24, ídem.

12.- UNA SEGURIDAD SOCIAL EFICAZ Y EFICIENTE

Históricamente, los recursos financieros de la seguridad social son escasos, por tanto, una administración moderna de la seguridad social requiere que la obtención de los recursos, así como que la ejecución de los gastos se haga con criterios de buena administración. Para esto, se requiere que la gestión sea eficaz (obtención de los logros al menor costo posible) y eficiente (que se obtengan los máximos resultados con los recursos disponibles).

13.- LA DEFENSA Y AMPARO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En todos los países iberoamericanos, la defensa última de los preceptos constitucionales se encomienda a un organismo, ya sea a un tribunal independiente, como el Tribunal Constitucional en República Dominicana y el Reino de España, o a una sala de la Suprema Corte de Justicia, como sucede con la Sala Constitucional de Costa Rica.

En Las Américas, la acción de tutela o amparo constitucional se ha vuelto el arma ejecutora para la plena vigencia de los derechos constitucionales en la región. Con ella, las normas constitucionales cobran pleno desarrollo.

En República Dominicana, con la creación del Tribunal Constitucional y las normas sobre procedimientos constitucionales en la reforma de 2010, los ciudadanos tienen la vía efectiva para hacer valer sus derechos fundamentales. Varias sentencias del Tribunal Constitucional en materia de seguridad social son la expresión real de lo anteriormente dicho. El Tribunal Constitucional tiene la potestad y el mandato de hacer valer todos estos principios recogidos en la Constitución dominicana y los demás tratados internacionales adoptados por el país.

14.- LOS RASGOS DE CONVERGENCIA DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA COORDINACIÓN DE LOS MISMOS

En la región existe convergencia en las prestaciones de los sistemas de seguridad social de los países. La gran mayoría de los Estados ha suscrito los instrumentos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización de Estados Americanos (OEA) y Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS).

Los fenómenos migratorios entre los países iberoamericanos han impulsado el desarrollo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Este convenio permite que personas que laboren en varios países de la región puedan disfrutar los beneficios de la seguridad proporcionalmente a lo aportado a cada sistema, evitando que las personas vean disminuir sus derechos de seguridad social por cotizar en diferentes países.

Este convenio, impulsado desde la OISS, fue firmado por la República Dominicana en 2011 y está a la espera de aprobación por parte del Congreso Nacional. Ya el Tribunal Constitucional declaró conforme a la Constitución dicho convenio, por lo que hacemos un llamado al Congreso para su aprobación. En nombre de la Asociación Dominicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ADDTSS), apéndice dominicana de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS), que nos honramos en presidir, hacemos un llamado al Senado de la República, para que proceda a la aprobación de este convenio tan importante para los trabajadores migrantes.

En lo que respecta a la constitucionalización del derecho del trabajo en la República Dominicana, además de los artículos incluidos en la Constitución, se debe incluir, dentro del bloque de constitucionalidad, los diferentes Convenios Internacionales aprobados por el país, en especial el Convenio 182 sobre Normas Mínimas de Seguridad Social.

Estoy de acuerdo con el profesor Milton Ray Guevara, en el sentido de que la reforma de 2010 significó el avance más importante de la seguridad

social a nivel constitucional, al reconocerla como un derecho fundamental y al crear los mecanismos constitucionales, como el Tribunal Constitucional y los procedimientos constitucionales, para hacerla cumplir cabalmente.

Llama la atención que en la aprobación, en 2017, del Convenio 102 de la OIT sobre mínimos de seguridad social, se dejó fuera la Parte IV de dicho convenio, referente a las prestaciones de desempleo. Nos preguntamos, si siendo la seguridad social un derecho fundamental, reconocido como derecho humano, ¿puede el Estado dejar de prestar asistencia por desempleo?

Un Estado Social y Democrático de Derecho debe cubrir todas las contingencias presentadas por la población. Sabemos claramente que la implementación de un seguro de desempleo en países con el nivel de desarrollo del nuestro y con la informalidad existente (más del 50 % de los trabajadores es informal), conlleva muchas dificultades económicas y prácticas en su implementación.

Por demás, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, compromete a los Estados a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos.

Estas medidas deben adoptarse en un plazo razonable, por lo que el Tribunal Constitucional pudiera tomar cartas en el asunto y emplazar al gobierno y al congreso para que cumplan con el compromiso adoptado por con la firma del pacto.

Por último, me quiero referir al futuro del trabajo. El próximo mes, la OIT celebrará sus 100 años con una conferencia que abordará el tema del futuro del trabajo. El año pasado, el Foro Económico Mundial aligeró los datos catastróficos que había previamente dado, y en el informe sobre el futuro del empleo 2018, señaló que para 2022 se desplazarán 75 millones de empleos y se crearán 133 millones de nuevas funciones laborales.

Es evidente que el desarrollo de la automatización, la robotización y la digitalización que todos estamos viviendo a través de las tecnologías de las plataformas de comunicación como Facebook o Instagram, va a desplazar muchos trabajos, especialmente trabajos manuales y administrativos.

Los cambios son rápidos; al 2018, del total de horas de trabajo, el 71 % era realizado por humanos, lo que, al 2022, se reducirá al 58 %.

Todos estos cambios ameritan que haya reformas en la financiación de la seguridad social, para tratar de buscar nuevas formas de ingresos. El año pasado, en el parlamento europeo se conoció la intención de darle personalidad jurídica a los robots autónomos, para que compensen el daño causado por su presencia. Por demás, la Unión General de Trabajadores (UGT) en España, ha propuesto que robots paguen seguridad social, para que los beneficios que producen las nuevas tecnologías a costa de los puestos de trabajo, se repartan entre la población.

Esto parece futuro pero es del año pasado.

BIBLIOGRAFÍA

- CONTRERAS (María Elvira) coordinadora, Encuentro Internacional – Criterios Jurídicos en Materia de Seguridad Social, ISSSTE, México, 2006.
- CORTÉS GONZÁLEZ (Juan Carlos), Derecho de la Protección Social, CIESS, Legis Editores, Colombia, 2009.
- PANIZO ROBLES (José Antonio), *La Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas*, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2019.
- QUESADA SEGURA (Rosa), Derechos Fundamentales Inespecíficos y Seguridad Social, XXIV Congreso Español de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2014.
- RUIZ MORENO (Ángel Guillermo), El reconocimiento constitucional a la Seguridad Social en América, CIESS, Mexico, 2011.

PERSPECTIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD Y RIESGOS LABORALES

Pedro Luis Castellanos

Agradecemos al Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en la persona de su presidente, el magistrado Dr. Milton Ray Guevara y demás magistrados, y a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), en la persona de su secretaria general, la señora Gina Magnolia Riaño Barón y sus colaboradores, por la organización de este seminario, con un tema tan importante para el Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS); y también por habernos invitado a presentar este aporte.

He dedicado la mayor parte de mi vida profesional a estudiar y a trabajar el campo de las políticas sociales, como un componente de las políticas de desarrollo y de construcción de equidad y ciudadanía. Estoy convencido de que los esfuerzos de promover el desarrollo económico y social con equidad requieren garantizar a la población la satisfacción del derecho a la salud y a la seguridad social.

Debo precisar que nuestras reflexiones van a circunscribirse al campo de la salud, como uno de los componentes de los sistemas de seguridad social. Nos aproximamos a la salud desde la perspectiva de derecho humano esencial, y su consagración como un derecho constitucional; y a la seguridad social como una de las políticas sociales, herramienta de los Estados, para la satisfacción de dichos derechos y promover la construcción de ciudadanía.

De igual manera, nuestra perspectiva está influenciada por nuestra responsabilidad institucional de velar porque el sistema alcance los resultados que la sociedad y el Estado se han propuesto, al concebir y desarrollar la seguridad social en salud como una política pública social prioritaria. Esta perspectiva desde la praxis necesariamente conlleva vincular las disposiciones constitucionales sobre derechos a la salud y a la seguridad social, con el marco legal y reglamentario que da aplicación a los mismos, con las normativas y disposiciones administrativas que las regulan; con la práctica cotidiana del ejercicio de tales derechos por la ciudadanía y sus resultados en el contexto institucional del Seguro Familiar de Salud y el Seguro de Riesgos Laborales. Las concordancias y discrepancias entre estos cuatro niveles se nos traducen en satisfacción y concordancias, o en conflictos que, cuando no pueden ser adecuadamente conciliados o arbitrados dentro del sistema, terminan ventilándose en los espacios del sistema judicial y en las altas cortes.

Cuando nos aproximamos desde la perspectiva de políticas públicas de desarrollo, resulta imperativo evitar que la ciudadanía quede atrapada en los conflictos entre intereses particulares que, en ocasiones, bien pueden ser legales, pero no legítimos, desde esta perspectiva ética y de derechos.

En mayo de 2015 se celebró en Cartagena, Colombia, el Seminario Iberoamericano sobre Constitucionalización de la Seguridad Social, similar a este en el que tenemos el honor de participar. En esa ocasión, los participantes destacaron cómo en los Estados iberoamericanos se había desarrollado, en los últimos años, un proceso de constitucionalización de los derechos de la seguridad social, y un papel cada vez más activo y progresivo de los jueces en su identificación y reconocimiento; y evidenciaron como necesidad armonizar el funcionamiento de los diferentes poderes públicos, como un mecanismo efectivo para garantizar estos derechos.

¿Cuáles dinámicas promueven la inclusión del derecho a la salud y a su protección mediante sistemas de seguridad social en los marcos constitucionales de nuestros países, y cuáles las que propician que los sistemas judiciales, cada vez más, sean demandados como garantes de dichos derechos ciudadanos? Consideramos que los desarrollos conceptuales y del derecho

internacional sobre salud y seguridad social, por una parte, y la transformación democrática de nuestros países, favorecen esta tendencia.

El concepto de derecho se vincula a la condición de ciudadanía y esta, a su vez, a la vigencia de Estados democráticos y de derecho, por consiguiente, a las nociones de equidad, justicia y libertad como valores. No resulta sorprendente encontrar que la primera declaración sobre derechos ciudadanos haya surgido de la Asamblea Nacional Constituyente francesa de 1789, y que en 1791 haya sido incorporada, como enmienda, la llamada «Declaración de Derechos» (Bill of Rights) en la Constitución de los Estados Unidos de América.

A nivel internacional se han consagrado progresivamente la salud y la seguridad social como derechos humanos y como parte de los derechos sociales fundamentales. La participación de nuestros países en organismos y foros internacionales ha ejercido una influencia considerable en los avances para considerar la salud y la seguridad social como derechos humanos fundamentales y el acceso a las atenciones de salud como un componente esencial de las políticas de seguridad social.

En la Declaración de Filadelfia, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en 1944, se reconoció la obligación 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 y prestar “asistencia médica completa”.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, aprobada en 1946, estableció: «*El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los **derechos fundamentales** de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*».

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en 1948, establece lo siguiente:

*Artículo 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene **derecho a la seguridad social**, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada*

Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Asimismo, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea de Naciones Unidas en 1966 y vigente desde 1976, dispone:

*Artículo 9: Los Estados parte en el presente pacto reconocen el **derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social**”; y en otros artículos especifica que la protección de la salud de todas las personas es un componente esencial de la seguridad social.*

El Convenio C 102 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1952, considerado por muchos como una de las fuentes de mayor influencia en el desarrollo de la seguridad social contemporánea de muchos países del mundo, estableció que la *asistencia médica, las prestaciones monetarias por enfermedad, y las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*», constituyen parte de los mínimos esenciales que un sistema de seguridad social debe garantizar a los afiliados y beneficiarios.

Nuestra Constitución, en su artículo 74.3 establece que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Estado. Por consiguiente, como la seguridad social es un derecho humano, las disposiciones sobre seguridad social contempladas en estos tratados, pactos y convenios internacionales, tienen rango constitucional, y sin duda han influido considerablemente en la constitucionalización de los derechos a la salud y a la seguridad social.

Este marco conceptual y doctrinario internacional estuvo presente en los debates en un número considerable de los países del continente americano, en los años 80 y 90 del siglo pasado, los cuales conllevaron a la llamada «primera ola de reformas de salud y seguridad social». Estas bases doctrinarias, sin embargo, fueron metabolizadas en un contexto ideológico en el cual predominaban las concepciones y las reformas neoliberales de las economías y de los Estados.

Tanto la salud como la seguridad social constituyen valores éticos que inspiran el desarrollo de las sociedades, pero en términos prácticos, como políticas públicas, se expresan como sistemas institucionales que concretan estos valores en la vida cotidiana de las personas, familias y comunidades, y que están necesariamente vinculados a la disponibilidad y distribución social de recursos financieros, humanos, científico técnicos y políticos, e introducen necesarias consideraciones de progresividad y de priorización.

La salud como valor ético es entendida como expresión de la calidad de la vida y de las condiciones de trabajo, mientras que los sistemas de salud se refieren a la organización institucional de los establecimientos y servicios de promoción, prevención y restauración de la salud.

La seguridad social, como valor ético, se refiere a la protección social de la ciudadanía ante los riesgos inherentes a la vida y al trabajo, la satisfacción de las necesidades básicas y propician la felicidad, mientras que los sistemas de seguridad social, en lo que a la salud se refiere, aparecen como sistemas institucionales específicos para garantizar el acceso a los servicios de salud, sobre todo mediante el financiamiento.

Comprender la dinámica de interacción entre las características de los sistemas de servicios de salud y los sistemas de financiamiento establecidos por los sistemas de seguridad social resulta clave para impulsar en nuestras sociedades la satisfacción del derecho a la salud y de la seguridad social en salud.

Ahora bien, la consagración de todos estos desarrollos conceptuales y normativos internacionales, como derechos para todos los ciudadanos, en los marcos constitucionales y legales de los países, y su aplicación efectiva, está mediada por las dinámicas políticas, económicas y sociales de cada país. En nuestro país, por la prolongada transición de un modelo de Estado basado en el autoritarismo, hasta un Estado Social Democrático y de Derecho, y por la profunda transformación de nuestra economía, que ha conllevado a un incremento progresivo del empleo formal, aunque con bajas remuneraciones; y al surgimiento de un sector social, que representa más del 30 % de la población total, con ingresos superiores a la línea de pobreza, pero que aún tiene, en muchos aspectos condiciones de vida deficitarias.

En la República Dominicana, la inclusión de la salud y la seguridad social como conjunto de derechos ciudadanos fundamentales explícitos y como responsabilidad del Estado como garante de dichos derechos, recién emerge en la Constitución de la República actualmente vigente, proclamada en 2010, cuyos artículos 60 y 61 establecen:

Artículo 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**.

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 internacionales».

Esta Constitución definió a la República Dominicana como un «Estado Social y Democrático de Derecho» (artículo 7) y definió como la 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» (artículo 8).

El derecho a la seguridad social y el derecho a la salud están consagrados como derechos fundamentales entre los derechos económicos y sociales, por tanto, tienen vocación de universalidad, y se asigna al Estado, explícitamente, un compromiso como garante.

Aun cuando en la Constitución promulgada en 1963 se consagró (artículo 50) la salud como «derecho fundamental» y se estableció la obligación del Estado de «velar por su conservación y protección», este texto solo estuvo vigente por pocos meses y fue derogado como consecuencia del derrocamiento del entonces presidente constitucional, don Juan Bosch.

En todos los textos constitucionales anteriores a 2010, con la única excepción antes mencionada, la salud y la seguridad social no fueron consideradas explícitamente como derechos fundamentales de la ciudadanía, ni con vocación de universalidad; y la responsabilidad del Estado no alcanzaba condición de garante; generalmente se limitaba a la obligación de «promover», o de «desarrollar progresivamente», o de socorrer a quienes no tuvieran los medios necesarios. Más que un enfoque de derechos ciudadanos prevalecía un enfoque asistencialista, y en algunas oportunidades, de beneficencia. Frecuentemente, se limitaba a «los trabajadores», entendidos básicamente como vinculados al sector formal de la economía.

En este contexto constitucional, nueve años antes de la proclamación de la Carta Magna de 2010, fueron promulgadas en 2001, después de largos años de debate y consideraciones en el seno de la sociedad, la Ley General de Salud (No. 42-01) y la ley que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social (No. 87-01). Este nuevo marco legal representó un importante salto adelante en el reconocimiento de los derechos de la ciudadanía en salud y seguridad social, aun cuando los mismos no estaban consagrados explícitamente en la Constitución.

La Ley General de Salud (No. 42-01), estableció:

Artículo 1: La presente ley tiene por objeto la regulación de todas las acciones que permitan el Estado hacer efectivo **el derecho a la salud de la población**, reconocido en la Constitución de la República Dominicana.

La Ley 87-01, por su parte, estableció:

Art. 1.- Objeto de la ley. - La presente ley tiene por objeto establecer el Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) en el marco de la Constitución de la República Dominicana, para regularla y desarrollar los **derechos y deberes recíprocos del Estado y de los ciudadanos en lo concerniente al financiamiento para la protección de la población contra los riesgos de vejez, discapacidad, cesantía por edad avanzada, sobrevivencia, enfermedad, maternidad, infancia y riesgos laborales.** El Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) comprende a todas las instituciones públicas, privadas y mixtas que realizan actividades *principales o complementarias de seguridad social, a los recursos físicos y humanos, así como las normas y procedimientos que los rigen.*

De esta manera, en el ordenamiento legal quedó claramente establecida la responsabilidad del Estado de desarrollar las iniciativas necesarias para el desarrollo del Sistema Nacional de Salud, bajo la rectoría del Ministerio de Salud Pública (entonces denominado Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social) para garantizar el derecho a la salud; e igualmente el compromiso del Estado para desarrollar el Sistema Dominicano de Seguridad Social, como mecanismo de financiamiento para la protección social de la población ante los riesgos y necesidades de salud, tanto los derivados de su calidad de vida como los vinculados al ámbito laboral, por medio de tres seguros obligatorios: Seguro Familiar de Salud, Seguro de Riesgos Laborales y el Seguro Vejez, Discapacidad y Sobrevivencia.

Con posterioridad a la promulgación de este nuevo marco legal (nueve años después) fue promulgada, en 2010, la Constitución actualmente vigente, la cual, como hemos señalado, incorporó de manera explícita un conjunto de derechos ciudadanos considerados fundamentales y asignó al Estado un rol de garante de estos. Este es un importante cambio cualitativo en nuestra evolución como Estado.

Garantizar el derecho a la salud, mediante la cobertura universal de servicios de promoción, prevención y atención integral ante la enfermedad y

las lesiones, demanda importantes recursos financieros, técnicos y humanos de tal envergadura, que generalmente rebasa las capacidades de las personas y familias; así mismo, la relevancia de las necesidades de salud para el bienestar y para la economía reviste muy alta prioridad. De allí que frecuentemente se ha considerado que constituye un bien público, cuyo acceso debe ser garantizado por los Estados mediante políticas públicas.

Abordar el derecho a la salud desde la perspectiva de política pública necesariamente implica decisiones sobre las fuentes y mecanismos para su financiamiento, a fin de reducir el gasto de las familias y su impacto empobrecedor sobre su presupuesto y patrimonio, abolir las barreras de acceso de índole financiera y distribuir el riesgo financiero de manera lo más equitativa posible entre toda la ciudadanía. Por tanto, la protección social financiera ha sido un ingrediente clave de las políticas y sistemas de seguridad social de carácter obligatorio, desde sus inicios.

Los recursos financieros siempre serán escasos ante las necesidades de salud de las poblaciones, a lo cual se suman las tendencias a elevar progresivamente los costos y precios, en la medida que se producen avances tecnológicos aplicados a los servicios. En este sentido, parodiando a Galeano, podríamos decir que la satisfacción universal del derecho a la salud es como el horizonte: caminamos hacia él, pero al acercarnos se nos aleja, y sirve, como la utopía, para mantener el rumbo y caminar en esa dirección.

Desde la perspectiva de los sistemas de seguridad social para el financiamiento de la protección social del derecho a la salud, con vocación de universalidad y obligatoriedad, han sido desarrollados históricamente, y aún existen en distintos países, diversos modelos:

El primero, conocido como modelo Bismarck, surgió en Alemania, a finales del siglo XIX; fue el primer diseño de un sistema de seguridad social obligatorio. En este diseño, el financiamiento está sustentado por cotizaciones de los trabajadores y sus empleadores y en menor grado, por aportes marginales del Estado. Incluye casi exclusivamente a los empleados formales. Los beneficios están relacionados con los aportes y estos con el nivel de los salarios. Cubren diversos riesgos por separado, frecuentemente cada uno con una

administración diferente. En nuestros días, con variantes locales, es el modelo predominante en los países nórdicos, en Alemania y varios países europeos. Es el modelo de Costa Rica, parcialmente de México y, aunque con muchas limitaciones, el diseño que aplicaba nuestro Instituto Dominicano de Seguros Sociales (IDSS). La experiencia muestra resultados positivos, cuando la economía es predominantemente formal y el desempleo es bajo y temporal.

El segundo en emerger fue el modelo de los llamados Servicios Nacionales de Salud, conocidos como tipo Beveridge, surgidos en Inglaterra en la primera mitad del siglo XX, a raíz del llamado Informe Beveridge, el cual constató que las necesidades de protección social de la salud eran superiores en quienes no tenían un empleo formal y, por tanto, quedaban fuera de los esquemas tipo Bismarck. Fue la primera propuesta con vocación de universalidad. La caracteriza que el financiamiento es predominantemente por vía de impuestos, su vocación de universalidad (trabajadores formales o no) y de equidad social; su gestión es unificada y predominantemente pública. Los beneficios son similares para toda la población, no vinculados a los niveles salariales ni a su inserción laboral. Además de Inglaterra, es el modelo predominante en la mayoría de los países de la Commonwealth of Nations (53 países), y en muchos otros países, tanto con economía de mercado como de planificación central. Han mostrado resultados positivos cuando el recaudo impositivo de los Estados es suficiente y en consecuencia, la asignación presupuestaria para los establecimientos y servicios es adecuada.

Más reciente, han surgido experiencias que se sustentan en la mancomunidad de recursos públicos y privados diversos, pero incorporan la modalidad de un pagador único, vocación de universalidad y beneficios comunes. Uruguay es un ejemplo actual de este tipo de enfoque. En todos los diseños del financiamiento de la protección social de la salud, los establecimientos y servicios de atención a pacientes son públicos y privados, con mayor o menor predominio, dependiendo del sistema económico y político. Ahora que en nuestro continente nos acercamos a lo que podría ser una segunda ola de reformas de salud y seguridad social, reemergen en el imaginario ciudadano las expectativas sobre el derecho a la salud y su vínculo con el derecho, a la seguridad social.

El abordaje de la salud desde la perspectiva de los sistemas de seguridad social, es decir del financiamiento, incorpora algunas dimensiones fundamentales: la noción de derecho y por tanto, de universalidad, que supera la de beneficencia y de asistencia, la cual, además, presupone la obligatoriedad; la solidaridad, en cuanto distribuye los costos en toda la población; la equidad, porque redistribuye los recursos disponibles en función de necesidades, como nivelador social, reduciendo la desigualdad de acceso vinculada a las diferencias de ingresos, y la **sostenibilidad** de los beneficios protegidos, más allá de los ciclos y vaivenes de la economía.

No hay sistema de financiamiento perfecto, pero en cada contexto específico, todos pueden valorarse en función de cuanto logran reducir el gasto familiar de bolsillo como barrera de acceso, cuanto garantizan el acceso a la promoción de la vida saludable, la prevención y la atención integral de los problemas y necesidades prioritarias de salud, y cuál es su impacto sobre el perfil epidemiológico de la población. El mejor diseño es aquel que permite lograr los mejores resultados y hacerlos sostenibles.

El diseño establecido mediante la Ley 87-01 para nuestro país es de carácter mixto y con importante participación de entes públicos y privados. Tiene regímenes de financiamiento separados según la inserción laboral: Contributivo, para empleados formales (basado en cotizaciones de empleados y empleadores públicos y privados vinculadas al nivel salarial); Subsidiado (financiado por el Estado) para quienes no tienen empleo formal y sus ingresos son inestables e inferiores al salario mínimo. Para los trabajadores por cuenta propia, cuyos ingresos estables superen el salario mínimo, se previó un tercer régimen parcialmente contributivo y subsidiado (dependiendo del nivel de ingresos).

Se estableció una Tesorería única, la cual dispensa a las Administradoras de Riesgos de Salud (ARS) un per cápita diferenciado para cada régimen, aun cuando se asume que el plan de beneficios es similar para todo afiliado (catálogo del Plan Básico de Salud), y las ARS contratan servicios y establecimientos (PSS) para brindar las atenciones previstas en el catálogo. Cada beneficio explícitamente nombrado, incluido en el catálogo, está respaldado por un aporte

financiero que forma parte del per cápita asignado a las Administradoras de Riesgos de Salud. En nuestro marco legal está penalizada la “integración vertical”, es decir, la vinculación de intereses entre las ARS y los PSS.

El diseño adoptado ha permitido un crecimiento de la afiliación nunca visto en el país. Antes de la reforma del año 2001, menos del 10 % de la población contaba con seguridad social y protección financiera de sus necesidades de salud, mediante un modelo predominantemente tipo Bismarck, solo para algunos trabajadores formales, sin cobertura familiar y con un proveedor de servicios único.

En la actualidad, más de 7.8 millones de personas (casi el 80 % de la población total del país) está afiliada al Seguro Familiar de Salud. Entre sus ganancias destaca su carácter familiar, la incorporación de un catálogo de beneficios como derecho de los afiliados; la prohibición de exclusiones por razones de edad, sexo, Estado de salud o situación financiera, y la incorporación de una muy amplia red de PSS públicos y privados en todo el territorio nacional, y ha contribuido a reducir considerablemente las listas de espera. En promedio, se cubren alrededor de 100 millones de servicios anuales recibidos por las familias afiliadas y se paga a los PSS alrededor de los RD\$ 50 millones anuales.

Si consideramos que alrededor del 80 % de nuestros afiliados contributivos perciben menos de dos salarios mínimos cotizables, y que casi el 100 % de la población empobrecida está afiliada en el régimen subsidiado, debemos reconocer los importantes aportes del Sistema de Seguridad Social a la equidad social. Sin duda, ha sido una de las políticas sociales que, junto con las reformas educativas y la generación de puestos de trabajo, más ha contribuido a la reducción de la pobreza monetaria en los últimos 10 años.

Al cumplirse recientemente 18 años de promulgado el marco legal vigente, se pueden identificar los desafíos actuales y previsibles y necesidades de innovación. Acometer estos desafíos, en un mundo donde las expectativas son crecientes, donde la «pos verdad» arrastra hacia lo emocional y puede superar la razón, en el cual la incertidumbre es cada vez una cualidad de los sistemas complejos en que vivimos, y donde, como diría Collin Crouch, el

marketing parece substituir el debate serio y la confrontación de propuestas, se requiere una gran madurez de nuestros estamentos dirigentes y una importante disposición al diálogo y al entendimiento, para identificar y comprender las fortalezas y debilidades del sistema que hemos construido y disponernos a superar sus limitaciones, construyendo sobre lo logrado.

Algunos desafíos al actual sistema de aseguramiento en salud devienen de los cambios demográficos y epidemiológicos. El incremento de la expectativa de vida y la concentración urbana de la población, se traducen en un mayor peso de las enfermedades crónicas y degenerativas y de las lesiones por accidentes y violencia social. Estos cambios impulsan mayores demandas de servicios y mayores costos.

Otros desafíos se relacionan con cambios en el trabajo. Las tendencias a la flexibilización de los horarios y aun de los lugares de trabajo, la emergencia de una generación de emprendedores y de micro y pequeñas empresas, y de tercerización de procesos, así como la emergencia de nuevas ocupaciones que casi no se corresponden con las relaciones laborales tradicionales. Cambios que, a su vez, se relacionan con lo que algunos denominan la “revolución de las expectativas” y con las formas emergentes de concebir las relaciones entre las personas y los proyectos de vida personales que Bauman llamó «sociedad líquida».

Algunas vulnerabilidades se relacionan con la complejidad de índole financiera. En este diseño, el recaudo está vinculado a los salarios y aportes del Estado. La dispersión a las ARS está relacionada con el catálogo de beneficios, y las contrataciones y pagos de las ARS a los PSS están relacionados con tarifas y honorarios. De esta forma, el sistema de financiamiento queda abierto y vulnerable a las dinámicas del mercado, tanto en los ingresos, como en los beneficios de las ARS y las expectativas de tarifas y honorarios de los PSS. Esto constituye un sistema altamente complejo, de equilibrios inestables, en el cual interactúan diferentes sectores, cada uno de ellos con intereses particulares, y con tres dinámicas de índole financiera que no son necesariamente coherentes entre sí, ocasionando situaciones de desavenencias y conflictos que, en los últimos años, tienden a acrecentarse.

Otros desafíos devienen de deformaciones y malas prácticas que hacen prevalecer el beneficio particular sobre la misión del sistema y que han avivado el debate sobre los bienes públicos y los bienes privados en un sistema cuya misión es la protección social de derechos humanos fundamentales.

Nuestro catálogo de beneficios (Plan Básico de Salud), organizado predominantemente bajo la lógica de procedimientos y productos, no de necesidades y problemas de salud, promueve el pago por servicios prestados (“fee for services”) como forma predominante de contratación y pago de los servicios, lo cual ha conllevado al predominio de un abordaje predominantemente curativo y de atención a la demanda espontánea, sin relación con los resultados y la calidad, en desmedro de la estrategia de Atención Primaria de la Salud, y de las coberturas de prevención y de atención integral, indispensables para lograr mejores resultados en la salud y mayor eficiencia en el uso de los recursos, así como una disminución del gasto directo familiar (“gasto familiar de bolsillo”). Los cambios demográficos y en el perfil de necesidades de la población, con un predominio de enfermedades crónicas y alta frecuencia de hipertensión arterial y de diabetes y sus complicaciones. Resulta indispensable avanzar prontamente en una revisión concienzuda de nuestro catálogo de beneficios, no solo por la inclusión o actualización de coberturas, sino sobre todo, por la lógica con la cual lo estructuramos.

Las expectativas y derechos de los afiliados tropiezan con las de los prestadores de servicios de salud, que incluyen cobros directos no previstos en el diseño y los esfuerzos de los proveedores de tecnología y medicamentos por posicionar sus productos, sin que medien evaluaciones de costo beneficio y de priorización. Las expectativas de mejora de ingresos de las PSS tropiezan con la disponibilidad financiera proveniente del recaudo y la necesidad de proteger el amplio catálogo de beneficios. Las expectativas de las ARS tropiezan con el recaudo limitado por los bajos salarios y por los delitos de evasión y elusión.

La necesidad de actualizar el Plan Básico de Salud para fortalecer las coberturas de Atención Primaria y de la prevención y atención integral en enfermedades crónicas, para reducir el gasto familiar y para lograr mejores

resultados y mayor satisfacción, tropieza con la defensa de intereses y beneficios de corto plazo por diversos actores intervinientes. Esta actualización es indispensable para afrontar los desafíos que emergen de los cambios demográficos y en el perfil de necesidades de salud de la población, así como del desarrollo tecnológico de los servicios y de las prácticas profesionales de salud y de la industria farmacéutica y tecnomédica.

Otra fuente de desavenencias ha sido el supuesto o real conflicto entre derechos constitucionales, que algunos consideran tipificados después de haber sido promulgado el actual marco legal, y el diseño del sistema de aseguramiento en salud definido por el marco legal, o con algunas disposiciones establecidas en dichas leyes. Estos conflictos han requerido sentencias del Tribunal Constitucional que progresivamente van estableciendo jurisprudencia.

Un ejemplo es el caso del artículo 31. El Párrafo 1, literal (a) se establece:

a) Todos los empleados públicos y las instituciones autónomas o descentralizadas y sus familiares, al momento de entrar en vigor la presente ley, excepto aquellas que tengan contrato de Seguro hasta su vencimiento y las que tengan seguro de autogestión o puedan crearlo en los próximos tres años, después de promulgada esta ley;

Las discrepancias sobre la compatibilidad de este artículo con la Constitución vigente han conllevado prolongados procesos judiciales que culminaron en las Altas Cortes.

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia TC/0435/15, de fecha 30 de octubre del año 2015, rechazó las acciones directas de inconstitucionalidad contra el artículo 31 de la Ley 87-01, interpuestas por algunas organizaciones sindicales y municipalidades, que alegaban violación del derecho a la igualdad (art. 39.1 de la Constitución de la República) y la prohibición constitucional de los monopolios, pues mientras los empleados privados pueden elegir la ARS de su conveniencia, los servidores públicos están obligados a afiliarse al Seguro Nacional de Salud (ARS SeNaSa). También alegaban violación al principio de razonabilidad.

En cuanto a la alegada violación al principio de igualdad y la prohibición de monopolios, el Tribunal Constitucional se pronunció de la manera siguiente:

... Se puede evidenciar que el hecho de que la Ley núm. 87-01, sobre el Sistema Dominicano de Seguridad Social, en su artículo 31, párrafos II y III, en cuanto a que las Administradoras de Riesgo de Salud tendrán a su cargo a todos los trabajadores del sector privado formal o informal, no vulnera el derecho a la igualdad ni al no establecimiento de monopolio, derecho garantizado por la Constitución dominicana, al excluir a los trabajadores del sector público de dicha selección, ya que la misma Carta Magna faculta en provecho del Estado la creación y organización de los mismos, siempre y cuando sea bajo el amparo de una ley; en consecuencia, el caso que nos ocupa ha sido establecido por la Ley núm. 87-01, sobre el Sistema Dominicano de Seguridad Social, ya que si no estarían a cargo únicamente del Seguro Nacional de Salud (ARS SENASA).

En cuanto al alegato de vulneración del principio de la razonabilidad, el Tribunal Constitucional, en la mencionada sentencia, se pronunció de la manera siguiente:

En el desarrollo del análisis previamente señalado, pudimos constatar que las normas ahora atacadas en inconstitucionalidad, los párrafos II y III del artículo 31 de la Ley núm. 87-01, sobre el Sistema Dominicano de Seguridad Social, específicamente “del sector privado, formal y/o informal, no subsidiado”, cumple con el principio de razonabilidad de la ley”.

Otra sentencia importante, dictada por el Tribunal Constitucional, es la **sentencia TC/0027/15, de fecha 26 de febrero de 2015**, relativa al recurso de revisión constitucional en materia de amparo interpuesto por la Tesorería de la Seguridad Social (TSS) contra la sentencia núm. 121-2012, dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, el treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012). Resulta que una **fundación** registró en su nómina en la TSS un total de **mil 482** personas, sin tener la condición de empleados de dicha entidad, con un salario promedio de **RD\$3,148.68** y un aporte

¹ Signo de pesos dominicanos.

promedio por concepto de cotizaciones ascendente a la suma de **RD\$667.62** mensuales. Se pudo comprobar que la tarifa exigida por la **fundación** para el registro de estas personas en la seguridad social ascendía a la suma de **RD\$2,000.00** mensuales si la persona elegía ARS SENASA, y **RD\$1,700.00** mensuales, si la persona elegía otra ARS, es decir, esta fundación tenía un negocio de vender seguros de salud a través del Sistema Dominicano de Seguridad Social. Una vez la TSS se dio cuenta de esta irregularidad, procedió a cancelar el Registro Patronal de dicha fundación.

La fundación elevó una acción de amparo por ante el Tribunal Superior Administrativo, alegando violación del derecho a la seguridad social de todas las personas que la fundación había registrado como sus empleados en la TSS. Mediante la sentencia núm. 121-2012, de fecha 30 de agosto de 2012, el Tribunal Superior Administrativo acogió la acción de amparo elevada por la fundación, alegando que «la actuación de la Tesorería de la Seguridad Social (TSS) atenta contra el derecho y violenta la seguridad jurídica de entidades y ciudadanos, no solo a la entidad moral accionante, que ha sido aceptada por la TSS como entidad de aglutinamiento e intermediación entre ella y los trabajadores independientes del sector transporte, no asalariados, por cuya vía estos últimos habían podido insertarse haciendo pagos, al SDSS; sino también de las personas físicas accionantes, que habían logrado ya beneficiarse del SDSS a través de la Fundación Ministerio Renovación».

En ese tenor, mediante la **Sentencia TC/0027/15, de fecha 26 de febrero de 2015**, el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

q. De lo anterior se colige que las operaciones de la Fundación Ministerio Renovación resultan ser irregulares, ya que de su accionar se interpreta que actuaban como una compañía de ventas de seguros de salud a personas que no son sus trabajadores y que, en muchos de los casos reportados, sus salarios están por debajo del salario mínimo cotizable; además, no reposa en el presente expediente documento que pueda sustentar las constantes variaciones de un mes a otro en su nómina de empleados, ni la refutación a la certificación descrita en el párrafo anterior.

r. Del análisis de la certificación citada y de la lectura del escrito de defensa depositado por la parte recurrida, se lee que las personas que se hacen llamar sus trabajadores se identifican ellos mismos como “transportistas independientes” y otros como «miembros de varios sindicatos de transporte”, lo que evidencia más aún que ciertamente los mismos no tienen una relación de trabajo entre empleador-trabajador, por lo que no califican como beneficiarios del Régimen Contributivo de la Seguridad Social acorde con el art. 123 de la Ley núm. 87-01, sino que ellos pertenecen al régimen que aún no ha entrado en vigencia, como lo es el Contributivo Subsidiado de la Seguridad Social, establecido en el artículo 7.c de la Ley núm. 87-01.

s. En ese sentido, si bien estos trabajadores independientes en la actualidad no se benefician de la Seguridad Social por las razones que se han expuesto anteriormente, no menos cierto es que, en caso de enfermedad, los mismos se benefician y obtienen la protección del Estado de manera gratuita en los establecimientos hospitalarios diseminados en todo el territorio nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Constitución.

También es importante comentar la **sentencia TC/0450/15, de fecha 3 de noviembre de 2015**, relativa al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo interpuesto por una paciente contra la sentencia núm. 0055/2014, dictada por la Cuarta Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional el diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014). La afiliada reclamaba como derecho la cobertura de un medicamento el cual está incluido en el grupo IX de Alto Costo del catálogo de beneficios, habiendo sido el mismo prescrito en forma ambulatoria (grupo II). El tope de cobertura financiera en el grupo II es de RD\$ 8,000.00 anuales y en el grupo IX es de RD\$ 1 millón anual. La ARS alegaba que el medicamento no debía ser cubierto, al haber sido prescrito en forma ambulatoria, para una patología no considerada en el grupo de alto costo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció de la manera siguiente:

ix. En vista de las consideraciones anteriores, en el presente caso que ocupa la atención de este tribunal constitucional, la negativa de la ARS UNIVERSAL de dar la autorización para cubrir los costos que le corresponden como aseguradora para que la señora XXXXXX adquiera el medicamento «Rituximab (Mabthera)», bajo el argumento de que esa enfermedad no es de alto costo, representa una actuación conculcadora que trae consigo la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud dispuesto en los artículos 37, 60 y 61 de la Constitución de República Dominicana, en razón de que el referido remedio está incluido dentro de los medicamentos que están contenidos en el catálogo de prestaciones que se encuentran bajo la cobertura de su plan básico de salud, teniendo como límite el máximo del monto prescrito en dicho plan.

x. En ese sentido, procede que este tribunal ordene a la ARS UNIVERSAL, el otorgamiento de la autorización a la señora XXXXX, para que esta acceda a la adquisición del medicamento «Rituximab (Mabthera)» hasta el límite de su cobertura de tres mil pesos dominicanos (\$ 3,000.00) por año dispuesta en su plan básico de salud, o al monto anual al que dicha cobertura haya sido ajustada por parte de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL).

Según se puede observar, el Tribunal Constitucional acogió el recurso interpuesto por la afiliada, pero dispuso que la ARS otorgara la cobertura hasta el tope límite del grupo del catálogo correspondiente a las prescripciones ambulatorias de medicamentos y no al tope correspondiente al grupo de Alto Costo en dicho catálogo.

También es importante comentar la **sentencia TC/0203/13, de fecha 13 de noviembre de 2013**, relativa al recurso de revisión constitucional en materia de amparo incoado por el afiliado XXXXXXXX, contra la sentencia núm. 008-2012, dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, en fecha treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012). El Tribunal Constitucional acogió el recurso de revisión interpuesto por el señor XXXXXXXXX y, en consecuencia, revocó la sentencia dictada por el Tribunal Superior Administrativo y condenó a la Administradora de Riesgos Laborales al pago de una pensión; sin embargo, de acuerdo con los técni-

cos de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales, las limitaciones o secuelas que presentaba el señor XXXXXX respondían a una patología de origen común; por consiguiente, no procedía el pago de la pensión por el Seguro de Riesgos Laborales pero si debía evaluarse la posible cobertura por el Seguro de Vejez, Discapacidad y Sobrevivencia. En este caso, la alta corte, al considerar desde la perspectiva constitucional, contradujo un criterio técnico, haciendo prevalecer la noción de derecho ciudadano, sobre las reglamentaciones y los criterios de índole técnica.

Recientemente, el Tribunal Constitucional, ha informado mediante el comunicado No. 12/19, de una sentencia que acoge como válida la solicitud de una persona afiliada para obtener cobertura de un procedimiento quirúrgico para una lesión tumoral intracraneal por vía nasal, aun cuando dicha vía de acceso no está contemplada en el catálogo de beneficios del Seguro Familiar de Salud. Aun no ha sido publicada la sentencia *in extenso* y no conocemos los argumentos que sustentaron esta sentencia; pero su parte dispositiva se da ganancia de causa a la persona demandante y demanda del Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) la inclusión de cobertura, se ordena a la ARS dar cobertura al procedimiento y se ordena al Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) incluir en el catálogo de beneficios la cobertura de toda vía de acceso, cuando se trate de problemas de salud incluidos en el catálogo.

En este caso, podría llegar a considerarse que el criterio basado en el texto constitucional, desde una perspectiva de derechos, difiere de disposiciones explícitas del marco legal y reglamentario aplicativo de la Ley 87-01 y de decisiones adoptadas por el CNSS, sobre el Plan Básico de Salud, en su calidad de órgano rector del Sistema Dominicano de Seguridad Social.

Es evidente y universalmente asumido que en la jerarquía de disposiciones normativas, la norma constitucional subordina la legal y esta, a su vez, a las reglamentarias y a las disposiciones administrativas. Por tanto, el Tribunal Constitucional actúa correctamente, al hacer prevalecer el abordaje desde la perspectiva constitucional, pero las brechas que parecen comenzarse a evidenciar entre estos niveles de normas vigentes ameritan ser superadas prontamente o arriesgamos a que las mismas puedan conllevar a dificulta-

des en la operación del Sistema Dominicano de Seguridad Social y, eventualmente, en la sostenibilidad de los avances logrados en el desarrollo de este.

Como hemos tratado de destacar, el texto constitucional vigente en nuestro país incorporó un conjunto de derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos los derechos a la salud y a la seguridad social, y asignó al Estado un papel de garante de dichos derechos. No de simple promotor o de asistencia a los menesterosos y desamparados.

Este nuevo texto constitucional fue proclamado (en 2010) con posterioridad al marco legal vigente para nuestro Sistema Dominicano de Seguridad Social (2001). Mucho del ordenamiento reglamentario y normativo vigente para el Seguro Familiar de Salud fue desarrollado antes de la proclamación de la actual Constitución.

El texto constitucional vigente ha delineado un modelo de Estado, de sociedad y de ciudadanía que jalona hacia adelante a nuestra sociedad, es prospectivo, y como el horizonte, nos marca un rumbo aun cuando no lo alcanzamos a mirar desde nuestra ubicación actual.

En este prolongado proceso de transición, posiblemente diría Gramsci: “lo viejo no acaba de morir y lo nuevo aún no ha acabado de nacer”. Esta transición de un Estado basado en el autoritarismo hacia un Estado Democrático Social de Derecho, y de una ciudadanía pasiva, sujeta de asistencialismo y beneficencia, hacia una ciudadanía activa y participativa, reclama la adecuación progresiva de las instituciones y sus respectivos marcos legales y reglamentarios, a la luz de los propósitos sociales que justifican su existencia, y de los derechos constitucionales que aspiran a satisfacer. Este sentido de transición amerita una permanente consideración sobre la progresividad, la viabilidad política, la factibilidad económica y técnica y la sostenibilidad financiera de nuestra protección social del derecho a la salud.

Aun cuando las leyes 42-01 y 87-01 ciertamente resultaron futuristas en cuanto al desarrollo de una seguridad social basada en derechos, y los desarrollos reglamentarios, normativos y técnicos sustentados en ellas, emitidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social, el Ministerio de Salud Pública

y la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales, han traído avances de gran envergadura, en beneficio de la ciudadanía, dejando atrás en el pasado lo que aún no acaba de morir, no es menos cierto que dichas concepciones sobre derechos ciudadanos han evolucionado, y que el compromiso actual del Estado como garante es de mayor significado, lo cual hace emerger interpretaciones diversas por parte de los actores sociales involucrados y de la ciudadanía; y en la medida que no puedan ser conciliadas o arbitradas en el marco de la institucionalidad de la seguridad social y de los órganos reguladores del Estado, podrían requerir en forma creciente sentencias del sistema judicial.

Así mismo, el hecho de que frecuentemente las Altas Cortes y sobre todo el Tribunal Constitucional deroga decisiones de tribunales, al considerar alegatos de quienes consideran violados preceptos constitucionales, parece mostrar que no siempre los instrumentos jurídicos que sustentan las apreciaciones de diversos órganos del Sistema Judicial tienen la coherencia necesaria, lo cual se traduce en prolongados procesos que alejan en el tiempo la satisfacción de derechos.

A la necesidad de actualizar y modificar el catálogo de beneficios del Seguro Familiar de Salud, para adecuarlo a los cambios demográficos, epidemiológicos, tecnomédicos y de expectativas, tarea que corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social, con el auxilio técnico de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales, según el marco legal vigente, se suma la necesidad de fortalecer la capacidad regulatoria de Estado, como garante de los derechos de la ciudadanía. Comienzan a emerger las demandas de amparo por parte de afiliados, acogiéndose a disposiciones constitucionales que, a la luz de las sentencias de amparo constitucional, parecerían expresar incoherencia entre disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales de la ciudadanía, el marco legal del Sistema Dominicano de Seguridad Social y disposiciones regulatorias, administrativas y técnicas de los órganos directivos del Sistema de Seguridad Social. Esta situación podría augurar una ola de demandas de amparo por parte de afiliados que se consideren perjudicados en sus derechos.

De allí que, por una parte, resulta conveniente revisar y actualizar el marco legal y normativo, para ajustarlo al marco constitucional sobre dere-

chos ciudadanos y las responsabilidades del Estado como garante de dichos derechos; sin perder de vista la viabilidad, factibilidad y sostenibilidad, así como la necesaria progresividad.

Por otra parte, resulta conveniente, como bien fuera destacado en el anterior seminario sobre constitucionalización realizado en Cartagena 2015, un esfuerzo de interacción productiva entre los diferentes poderes del Estado y una sistematización de la jurisprudencia sobre el derecho humano fundamental a la salud y a la seguridad social, a fin de reducir la tendencia a la judicialización de las desavenencias entre actores de la seguridad social, y los potenciales conflictos entre las decisiones administrativas y las judiciales, y preservar los avances logrados en el desarrollo del Sistema de Seguridad Social, al mismo tiempo de superar sus limitaciones y asegurar que los cambios nos permiten avanzar sin comprometer lo logrado hasta ahora.

La constitucionalización de la seguridad social afianza el derecho fundamental que tenemos, como ciudadanos, a la salud y a la protección financiera del acceso a los servicios de salud por vía del Sistema de Seguridad Social, según las necesidades; las restricciones financieras deben ser afrontadas con un enfoque de equidad en la utilización de los recursos de que el país dispone para estos fines. La perspectiva constitucional de los derechos y deberes propicia el fortalecimiento de la ciudadanía, y resulta indispensable para la revisión y actualización del marco legal y reglamentario que muchos sectores de nuestra sociedad consideran necesarios.

No podemos, sin embargo, perder de vista la direccionalidad en nuestra transición como sociedad y juntos empujar por la irreversibilidad de los cambios sociales. Nada está garantizado; la experiencia latinoamericana nos muestra, a ratos dolorosamente, que los avances sociales pueden ser revertidos cuando no logramos guiar los procesos disruptivos en función de construir sobre los avances conseguidos.

Es indispensable fortalecer el empoderamiento ciudadano sobre sus derechos en salud y seguridad social, así como su capacidad de reconocer sus conquistas y avances y su conciencia sobre sus deberes para el mejor desarrollo de la seguridad social en salud. Este empoderamiento es

favorecido por la confianza que le produce el fortalecimiento de la institucionalidad pública.

Un verdadero Estado de derecho se logra cuanto todo su marco regulatorio se encuentra en concordancia con su Constitución, y las decisiones judiciales se enmarcan en lo que establece el ordenamiento jurídico y recomienda la prudencia, junto al firme compromiso de seguir avanzando hacia una sociedad cada vez más próspera, más justa y equitativa. Más allá de los avances logrados, tanto en el desarrollo de la seguridad social como en el fortalecimiento del Sistema Judicial y del Tribunal Constitucional, debemos asumir todos juntos la imperiosa necesidad de continuar armonizando las decisiones de los tribunales de la República, para garantizar la solidez de la seguridad social y del derecho a la salud, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes.

El marco de derechos en nuestra actual Constitución es un excelente marco referencial para fortalecer los consensos necesarios en el seno de la sociedad. Juntos podemos valorizar y consolidar los avances y seguir trajinando el camino hacia nuestras utopías, reconociendo nuestras divergencias, manteniendo la unidad en la diversidad que nos ha hecho grandes como país y que nos ha permitido sortear airoso, a lo largo de la historia, las acechanzas y obstáculos que han amenazado nuestros avances.

Desde la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales tenemos conciencia de la complejidad de estos procesos de cambio social, y estamos en total disposición de participar, junto a todos los órganos del Estado y la sociedad, en este difícil, pero entusiasmante proceso de seguir avanzando en la construcción de una sociedad cada vez más democrática, más justa, más próspera y equitativa.

CONCLUSIONES

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y el Tribunal Constitucional de la República Dominicana llevaron a cabo, conjuntamente, el III Seminario Iberoamericano sobre Constitucionalización de la Seguridad Social, durante los días 13 y 14 de mayo de 2019, en Santo Domingo, República Dominicana, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la colaboración de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL), contando con la participación de los representantes de las más altas dignidades del poder judicial, académicos y los responsables de la gestión de la seguridad social de República Dominicana. La tercera edición del Seminario contó con la participación de cinco países de la región: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y República Dominicana.

Entre las principales conclusiones se encuentra la necesidad de dar continuidad a la promoción de escenarios de diálogo y concertación promovidos por jornadas académicas, en procura de lograr un acuerdo de funcionamiento de los poderes públicos para alcanzar la efectiva realización de los derechos de la seguridad social.

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 ga-

rantías expresamente reconocidos, conformando el bloque de constitucionalidad.

Se recomendó profundizar en el estudio de la sistematización y organización de la jurisprudencia, con la que se pretende dotar de certeza a las administraciones sobre las decisiones que debe adoptar y disminuir así altos grados de judicialización de la Seguridad Social, derivada de las contradicciones existentes entre las administradoras, las ramas ejecutiva, legislativa y judicial en Iberoamérica.

El impacto económico, social y político generado por las falencias en la administración de los sistemas de Seguridad Social frente a los mecanismos de protección de las garantías y derechos de los ciudadanos, son elementos indispensables de valoración en el estudio de la calidad y la gestión de los sistemas de Seguridad Social.

El evento destacó que la Seguridad Social representa el conjunto de garantías más importantes y de mayor debate en las sociedades actuales, y que su concepto, alcance y desarrollo representan la justificación misma de la acción de los Estados, puesto que la concepción de los derechos de la seguridad social conlleva la comprensión de los atributos mínimos que debe tener todo ciudadano.

Determinó la necesidad de continuar en el proceso de evaluación y desarrollo de la Seguridad Social a través del estudio y profundización de los procesos de constitucionalización en Iberoamérica, analizando y compartiendo las experiencias propias y sistematizando la evolución jurisprudencial que ha tenido la materia en los países participantes.

En el marco del convenio de colaboración institucional entre el Tribunal Constitucional de República Dominicana y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, se acuerda la realización de acciones encaminadas a llevar a cabo el Diplomado sobre la Constitucionalización de la Seguridad Social, para formar en aspectos como los de constitucionalización y judicialización de la Seguridad Social y sus efectos frente a los ciudadanos.

Se acordó, entre el Tribunal Constitucional y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, publicar las memorias de este Seminario, así como fortalecer la dinámica exitosa que han generado las tres ediciones de este y continuar creando espacios de intercambio de experiencias en este ámbito de acción, entre países que fortalecen la protección social en Iberoamérica.

Gracias

Santo Domingo, 14 de mayo de 2019

INFORMACIONES Y DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

I. DATOS DE LA REVISTA

I.1 PERIODICIDAD Y CONTENIDO

La *Revista Dominicana de Derecho Constitucional* publicará dos números anuales (junio y diciembre), exceptuando el número único de noviembre de 2018, año de salida.

I.2. SECCIONES

La *Revista* estará integrada por tres secciones: Ensayos, Estudios y Reseñas bibliográficas. Cada número incluirá entre 6 y 10 trabajos, que deberán ser originales e inéditos.

I.3. LENGUA

En la primera página del trabajo, separado del resto del texto, el autor incluirá un breve resumen de su hoja de vida (entre 5 y 10 líneas), que incluye nombre completo, grado académico, filiación institucional, dirección de correo electrónico, así como teléfono de contacto.

2. EXTENSIÓN

Los ensayos tendrán una extensión de entre 30 y 50 páginas; los estudios, entre 20 y 30 páginas. En ambos casos esta extensión excluye el resumen, el sumario, la bibliografía, así como los apéndices y los glosarios, si los hubiera.

Las reseñas bibliográficas tendrán una extensión de entre 5 y 20 páginas.

3. PRESENTACIÓN DEL TEXTO

3.1 El texto se presentará en *Microsoft Word*, en formato de página DIN A-4, con un margen superior de 2 cm, uno inferior de 3 cm, un margen derecho de 3 cm y un margen izquierdo de 2 cm.

3.2 Se utilizará la fuente *Times new roman* 12 puntos en el texto normal; 10 puntos en notas a pie de página; 11 puntos en citas superiores a seis (6) líneas. El texto normal y las citas superiores a seis líneas tendrán un interlineado 1.5; el interlineado será sencillo en las notas a pie de página. Los párrafos estarán justificados sin sangría, con una línea en blanco de separación entre párrafos y también entre títulos de apartados y subapartados y párrafos.

3.3 Se seguirán puntualmente las normas ortográficas establecidas en la *Ortografía de la lengua española* de la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española.

4. DATOS PERSONALES

En la primera página del trabajo, separado del resto del texto, el autor incluirá un breve *curriculum vitae* (entre 5 y 10 líneas), en el que constará nombre completo, grado académico, filiación institucional, dirección de correo ordinario y electrónico, así como teléfono de contacto.

5. TÍTULO, RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

La segunda página contendrá estos elementos, separados por una línea, en el siguiente orden:

Título en español en mayúsculas y centrado.

Epígrafe RESUMEN (seguido de dos puntos). En la siguiente línea se incluirá un resumen en español del contenido del trabajo de una extensión aproximada de 120 palabras.

Epígrafe PALABRAS CLAVE (seguido de dos puntos). En la siguiente línea se incluirán un máximo de diez descriptores o palabras clave en español.

Título en inglés en mayúsculas y centrado.

Epígrafe *ABSTRACT* (seguido de dos puntos). En la siguiente línea se incluirá un resumen en inglés del contenido del trabajo de una extensión aproximada de 120 palabras.

Epígrafe *KEY WORDS* (seguido de dos puntos). En la siguiente línea se incluirán un máximo de diez descriptores o palabras clave en inglés.

Si el trabajo original se presenta en un idioma distinto al español, el título, el resumen y los descriptores se incluirán también, además de en la lengua de origen, en español y en inglés, respetando el mismo formato.

6. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales que no excedan las seis (6) líneas deberán estar entrecomilladas (comillas españolas: «») en el cuerpo del trabajo. Si dentro de la cita entrecomillada hay un nuevo entrecomillado, se optará por las comillas inglesas (“ ”). Para los significados se utilizarán las comillas simples (‘ ’).

Las citas textuales que excedan las seis (6) líneas se presentarán en párrafo aparte, tamaño II, interlineado sencillo, sangrado 1.25 izquierda y derecha. Irán separadas por una línea del párrafo anterior y del siguiente.

7. APARTADOS

Se sugiere que el texto del trabajo se estructure utilizando un máximo de cuatro niveles para las divisiones y las subdivisiones, según el siguiente formato:

I. II. III. ...

A. B. C. ...

I. 2. 3.

I.1. I.2. I.3. ...

Los títulos de los apartados se presentarán sin sangría y sin punto final. Se dejará una línea de separación entre el título y el comienzo del apartado.

do; se dejará una línea en blanco de separación entre el último párrafo de un apartado y el título del siguiente.

8. BIBLIOGRAFÍA

Las notas al pie de página estarán introducidas por un número superíndice colocado antes del signo de puntuación, y su texto irá en tamaño 10, interlineado sencillo, justificado.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Se incluirán en notas a pie de página. Los segmentos informativos serán separados por comas, de acuerdo con el siguiente orden: apellidos y nombres del autor, título de la obra o del artículo o ensayo, edición, editorial, lugar, año de edición y número de página. Los apellidos de los autores irán en mayúsculas, y sus nombres, en minúsculas, entre paréntesis. Asimismo, los títulos de las obras se escribirán en cursiva, y en redonda entre comillas españolas los títulos de artículos o ensayos. Se sugiere seguir los siguientes modelos:

Para obras de un solo autor:

ANNAS (George J.), *The Rights of Patients*, Third edition, New York University Press, New York, Estados Unidos, 2004, p. 56.

ETO CRUZ (Gerardo), *Tratado del proceso constitucional de amparo*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2013, p. 169.

JORGE PRATS (Eduardo), *Derecho Constitucional*, volumen I, 4^a edición, Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana, 2013, p. 87.

PÉREZ ROYO (Javier), *Curso de Derecho Constitucional*, 11^a edición, Marcial Pons, Madrid, España, 2007, p. 207.

SAGÜÉS (Néstor Pedro), *Derecho procesal constitucional, Acción de amparo*, tomo III, 5^a edición actualizada y ampliada, 3^a reimpresión corregida, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 171.

Para obras de dos o tres coautores:

SALGADO (Alí Joaquín) y VERDAGUER (Alejandro César), *Juicio de amparo y acción de constitucionalidad*, 2ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 37.

FAVOREUX (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 17è éd., Dalloz, Paris, France, 2011.

CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne) et REVERT (Thiery), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, France, 2005, p. 56.

Para obras de más de tres coautores:

AYALA CORAO (Carlos) *et al.*, «El Amparo Constitucional en Venezuela», en FIX-ZAMUDIO (Héctor) y FERRER MAC-GREGOR (Eduardo), coordinadores, *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México, 2006, pp. 583-584.

Para artículos y ensayos de revistas:

PELLERANO GÓMEZ (Juan Manuel), «El derecho de amparo en desamparo», en VALERA MONTERO (Manuel A.), *Hacia un nuevo concepto de Constitución*, Pellerano & Herrera, Santo Domingo, República Dominicana, 2006, pp. 409-410.

MASSÓ GARROTE (Marcos Francisco), «Algunas cuestiones sobre la constitucionalización de los extranjeros», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, 1990, Madrid, p. 30.

CARBONNEL (Miguel), «Reseña de la interpretación de los Derechos Fundamentales de Edgar Carpio», *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, vol. 10, núm. 1, 2004, p. 413.

Para artículos o ensayos en línea:

POU GIMÉNEZ (Francisca), «El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?», *Anuario*

de *Derechos Humanos*, p. 93, disponible en línea, file:///C:/Users/Taller/Downloads/El%20nuevo%20amparo%20mexicano%20y%20la%20proteccion%20de%20los%20derechos.%20(1).pdf [consulta 17 diciembre 2016].

Para artículos y noticias de periódicos o diarios:

CAMINERO (Alberto), «Denuncian ONU busca controlar Registro Civil», diario *El Nacional*, Santo Domingo, República Dominicana, edición 10 de marzo 2017, págs. 1 y 6.

«Castillo llama a la JCE proteger registro civil», periódico digital *listindiario.com*, 9 agosto 2017, disponible en línea, <https://www.listindiario.com/la-republica/2017/08/09/477496/castillo-llama-a-la-jce-proteger-registro-civil> [consulta 9 agosto 2017].

10. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Deben ser citadas, según las bases de datos directos de uso y consulta. Se sugiere seguir los siguientes modelos y directrices.

Para las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de R.D

SCJ, 20 enero 1961, *BJ* 605, 49 (previo a la división en cámaras).

SCJ, 1ª Cám., 3 octubre 2007 (nº 4), *BJ* 1163, vol. I, 148 (después de la división en cámaras en 1991).

SCJ, 19 marzo 2014, 1ª Sala (nº 62), *BJ* 1240, 567 (después de la división en salas en 2010).

SCJ, 1ª Sala, 13 marzo 2013, *BJ* 1228, 3, disponible en línea, <http://www.poderjudicial.gob.do> [consulta 2 junio 2018].

Para las sentencias del Tribunal Constitucional de la República Dominicana:

TC/0166/14, de 7 de agosto 2014, disponible en línea, www.tc.gob.do [consulta 2 junio 2018].

Para las sentencias de tribunales y cortes extranjeras: Sus referencias deberán contener la información necesaria que facilite su consulta directa a cualquier lector interesado, ya sea mediante medios impresos o electrónicos.

II. NORMAS AUXILIARES SOBRE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES

Aparte de las directrices más arriba indicadas, los autores podrán recurrir, en general, a la normativa del *New Oxford Style Manual* (Third Edition).

12. BIBLIOGRAFÍA

Las referencias bibliográficas se limitarán a las fuentes citadas en el texto y se incluirán al final del trabajo siguiendo los modelos enunciados.

13. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La *Revista* acusará recibo de todos los originales. El editor, con la participación del Consejo Editorial y el asesoramiento del Consejo Científico asesor, recomendará la publicación de los trabajos. Su decisión se basará en las evaluaciones confidenciales, anónimas e independientes que efectuarán respecto a cada caso dos miembros de este último comité (elegidos por el editor o por el Consejo Editorial), siguiendo el método «doble ciego». Los textos serán publicados como ensayos o como estudios, según su naturaleza y extensión. El autor del trabajo podrá realizar la corrección de las pruebas diagramadas remitidas por la *Revista*, pero las modificaciones se limitarán a la subsanación de errores que no alteren sustancialmente el escrito original. Si en el plazo ordinario de cinco a diez días naturales a partir del envío de las pruebas (por correo electrónico) el editor no recibiese observaciones del autor, se presumirá su tácita anuencia respecto a la impresión recibida.

14. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

Los autores deberán autorizar la publicación de sus trabajos en la *Revista*. Podrán reproducirlos libremente en otros medios con la debida anotación de su publicación original en la *Revista*.

15. ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Los textos de los trabajos deberán enviarse por correo electrónico al editor de la Revista (victorcastellanos@gmail.com).

