

El Principio de Subsidiariedad en la Seguridad Social Chilena: Teoría, Historia y Normas

Chile

Facultad de Derecho – Universidad de Chile

Coordinador:
HÉCTOR*

HUMERES NOGUER

Colaboradores:

ROBERTO CERÓN REYES**

JORGE MARTÍNEZ RIVERA***

*Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Laboral, Universidad de Chile. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Ex Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la facultad homónima (2010-2014). Ex Director de la Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2010-2014). Autor del libro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicado por la Editorial Jurídica de Chile, con múltiples ediciones a la fecha. Correo electrónico: [hhumeres@derecho.uchile.cl](mailto:humeres@derecho.uchile.cl)

**Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Académico Instructor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Historia del Derecho. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: roberto.ceron@derecho.uchile.cl

***Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Académico Instructor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejero de redacción de la Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico:

Resumen

Este trabajo presenta un panorama general del principio de subsidiariedad, profundizando en su conceptualización teórica desde una perspectiva crítica, y, paralelamente, desde la historia de las ideas. El proceso de desarrollo del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico chileno también es abordado, con especial énfasis en los grandes períodos reconocibles: “Estado abstencionista o liberal”, “Estado intervencionista” y “Estado subsidiario”. Las manifestaciones en el ordenamiento jurídico vigente es otro de los tópicos tratados, explicándose cómo se aplica el principio en las distintas ramas de la seguridad social consideradas por la legislación chilena.

Palabras clave: subsidiariedad, solidaridad, seguridad social en Chile, intervencionismo, Estado de Bienestar, pensiones, salud, asistencia social.



Abstract

This paper presents an overview of the principle of subsidiarity, deepening its theoretical conceptualization from a critical perspective and, in parallel, from the history of ideas. The process of development of the principle of subsidiarity in the Chilean legal system is also discussed, with special emphasis on the great recognizable periods: "abstentionist or liberal State," "interventionist State" and "subsidiary State". Manifestations of these characterizations in the current legal system is one of the topics addressed, explaining how the principle is applied in the various branches of social security deemed by Chilean law.

Key words: subsidiarity, solidarity, social security in Chile, interventionism, welfare State, pensions, health, social assistance.

Contenido

	Pág.
Resumen	355
Abstract	356
Introducción	358
1. Estructura jurídico-institucional del principio de la seguridad social en Chile (1833-1980)	359
2. El principio de subsidiariedad en la seguridad social chilena: teoría	365
2.1 Subsidiariedad: entre libertad e intervención	365
3. El principio de subsidiariedad en la seguridad social chilena: historia	370
3.1 Estado subsidiario, ley laboral y de seguridad social en Chile	372
4. El principio de subsidiariedad en la seguridad social chilena: normas y contexto actual	374
4.1 Orden constitucional	374
4.2 Orden legal	378
5. Conclusiones y perspectivas de futuro	381
Bibliografía	384

El Principio de Subsidiariedad en la Seguridad Social Chilena: Teoría, Historia y Normas

INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social, como tal, ha gozado de un reconocimiento universal desde que fuere conceptualizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948, la que en su artículo 22 señala: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Como disciplina, la Seguridad Social reconoce su génesis formal a fines del siglo XIX, debido a la genialidad política del canciller Otto Von Bismarck, alcanzando un alto grado de desarrollo con la profunda y prolífica actividad desarrollada por Sir William Beveridge, a mediados del siglo siguiente. A contar de aquella época, su evolución ha sido incesante y muy vinculada a los fenómenos socioeconómicos, encontrándose hoy en día sometida a profundas revisiones en relación con su eficiencia y eficacia¹. Por su parte, al igual que otros saberes, ella descansa en una

serie de Principios que orientan su actuar y organización. Uno de ellos es el de la subsidiariedad, el que abordaremos en el presente estudio, desde una triple perspectiva: histórica, teórica y normativa.

1. Estructura jurídico-institucional del principio de la seguridad social en Chile (1833-1980)

Bajo la Constitución Política de 1833 predominó sin contrapeso la visión de que le correspondía al estado asumir el rol tutelar en la escasas instituciones existentes en materia de salud pública, lo que se vio refrendado posteriormente en la siguiente Carta Constitucional de casi un siglo después, como lo fue la correspondiente al año 1925.

Sin perjuicio de ello, la actividad de los privados en la provisión de prestaciones de Seguridad Social, es antigua en el ordenamiento jurídico chileno efecto: En efecto, ya a mediados del siglo XX se formaron las primeras Mutualidades, las que existen en Chile desde 1853.

Con ello se comienza a quebrar el esquema de organismos públicos de auxilio social, instituciones de beneficencia, protección a la cesantía, etc., los que en muchas ocasiones –las más– no constituían medios seguros para impedir que los trabajadores enfermos o inválidos se transformasen en implorantes de la caridad pública para poder subsistir con sus familias.

Ante la conciencia pública de dicha situación y del hecho de que estos mecanismos puestos en acción, como el ahorro voluntario y el materialismo, no constituían soluciones definitivas, comienza a madurar en los inicios de la década de 1920 la idea de crear un organismo regulador fuerte, con gran capital y que se hiciese responsable de todos los riesgos a que se puede ver expuesto un trabajador de la época.

Así, cuando se producen los sucesos políticos de 1924, se aprueban por el Congreso diversas leyes laborales, entre ellas la Ley N° 4.054, sobre Seguro Trabajador Obligatorio de Enfermedades e Invalidez, y la Ley N° 4.055, sobre Indemnizaciones por Accidentes del Trabajo.

Coetáneamente a este hecho, fueron dictándose otras leyes que crearon diversas entidades, dando paso a un sistema complejo y extenso, fundamentalmente de origen público, el cual llegó a tener casi cien instituciones previsionales a su haber.

En nuestro país, durante el tiempo en que comenzaron a plasmarse los primeros Seguros Sociales, nos rigió la Constitución Política de 1925, cuya única tímida norma -Nº14º del artículo 10- consagraba como garantía constitucional: la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y las de su familia. La Ley regulará esta organización (inc. 1º). Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad (inc. 4º).

Como puede observarse de su simple lectura, su centro de gravedad radicaba en la salud pública, pero es de destacar su interés en todos los ciudadanos del país, sin distinguir ni discriminar por sectores, como era costumbre que lo hicieran muchos sistemas de seguros sociales de aquella época.

El mismo año 1925 se crea por Decreto Ley Nº 857 la Caja de Previsión de Empleados Particulares, la cual técnicamente no tenía las características previsionales mínimas, ya que no contemplaba el derecho esencial -la jubilación- y que se financiaba con aportes tanto de empleados como de empleadores, sin intervención del Estado.

El año 1952 se dictaron las Leyes Nº 10.383 y 10.475, que produjeron importantes cambios en los beneficios previsionales de trabajadores y empleados.

Estas fueron las principales leyes dictadas hasta la década de los 50; decimos las principales, porque en realidad existió una proliferación legislativa relativa a entes gestores públicos y prestaciones absolutamente inorgánicas y falta de uniformidad, con muchos aspectos

negativos que fueron tornando ineficiente el sistema en general.

A mediados de los años 50', por iniciativa de diversos gremios empresariales, se crean las Cajas de Compensación de la Asignación Familiar, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los trabajadores y de su núcleo familiar; dichas entidades, de carácter privado, se efectuaba mediante la dictación de un Decreto Supremo que le concedía personalidad jurídica y aprobaba sus Estatutos, pudiendo concurrir a su formación las empresas del sector privado, las empresas autónomas del estado y aquellas en que este o las entidades del sector público tuviese participación mayoritaria. El Estado asumía su respecto una responsabilidad subsidiaria respecto de aquellas obligaciones que las CCAF hubieren contraído con sus afiliados como consecuencia de la administración de los regímenes de prestaciones familiares vigentes, de subsidios de cesantía y por incapacidad laboral

Con la clara intención de posibilitar una reforma amplia, el año 1959 el Gobierno designó una comisión de expertos, presidida por el abogado don Jorge Prat Echaurren, para que efectuase un análisis exhaustivo del sistema y propusiese soluciones. Esta cumplió su tarea a cabalidad mediante el denominado "Informe sobre la reforma de la Seguridad Social chilena", en el cual se efectuó un descarnado análisis y se propuso el reemplazo del sistema entonces existente.

Lamentablemente, por razones del todo ajenas a lo que era el sistema, la reforma propuesta no se concretó jamás, prosiguiendo la legislación su antiguo camino; constituyó, eso sí, un llamado de alerta y un esfuerzo monumental de acopio de antecedentes, los que quedaron plasmados en un informe que siempre ha constituido la más completa visión del sistema previsional chileno de esa época.

Cabe anotar en este orden de ideas que, luego, en la década de los 60', se dicta la Ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, la cual vino a reemplazar la antigua Ley N° 4.055, y que se estructuró bajo el principio de la participación de entes privados.

Fue necesario aguardar casi 50 años para que en virtud del denominado "Estatuto de Garantías Democráticas", que reformó la Constitución el

año, se dieron los primeros pasos en el sentido de constitucionalizar verdaderamente el Derecho de la Seguridad Social, estableciéndose en el nuevo N° 16 del artículo 10, relativo a las garantías constitucionales: El Derecho de la Seguridad Social. El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional. La Ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión, o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa, y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad, y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.

El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un Servicio Nacional de Salud.

Como puede observarse, dicho texto constitucional se destacaba por la amplitud y ambición de su contenido, ya que atendía prácticamente a todas las contingencias sociales, y colocaba el acento en la redistribución de la renta nacional, y hacía énfasis en el rol del estado, pese a lo cual, se mantuvieron plenamente vigentes entidades del sector privado que ejercieron un activo rol en la materia como son las ya mencionadas Cajas de Compensación de Asignación Familiar y las Mutualidades de Empleadores en el ámbito del Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Cuatro años más tarde, ya durante el Gobierno Militar, se emitió un documento denominado "Objetivo Nacional del Gobierno de Chile" (Resolución exenta 3.102, de 23/12/1975), mediante el cual se fijaba un ideario a seguir por el país de cara al futuro; en su acápite "D. Desarrollo Social, 3. Políticas específicas, letra e) Seguridad Social", se señalaba que "La Seguridad Social debe entenderse dirigida a lograr el establecimiento gradual de un Sistema de Seguridad Social integral y

uniforme, que otorgue al trabajador, tanto del sector activo como pasivo, la atención suficiente para cubrir en forma satisfactoria los riesgos que él enfrenta.

Para ello, se encaminará la Política de Seguridad Social a:

1. Reformar los distintos regímenes actuales de modo de obtener su racionalización y simplificación, y reducir sus costos, y

2. Enmarcar el nuevo Sistema de Seguridad Social dentro de las siguientes líneas generales:

- a. Constituir un sistema de capitalización y de redistribución del ingreso;
- b. Ser integral, por lo que incluirá todos los sectores actualmente excluidos;
- c. Ser único e igualitario. No pueden aceptarse formas diferentes como norma general de un Sistema. En igualdad de condiciones, la protección debe ser igual. Ello se concretará en un Sistema general de beneficios aplicables a toda la población en forma pareja.

3. Obtenido lo anterior, deberá afianzarse el Sistema promoviendo niveles de eficiencia en términos que las prestaciones proporcionen una normal subsistencia del grupo familiar.

Posteriormente, dos años más tarde, se dictó la denominada "Acta Constitucional N° 3" (D.L. N° 1.552, de 13 de septiembre de 1976), que se refería a los derechos y deberes constitucionales, y que derogó, entre otros, al N° 16 del artículo décimo de la Constitución vigente en aquellos momentos, y, en su artículo 1º, N° 21, consagró El derecho a la Seguridad Social. Corresponde al Estado formular la política nacional de Seguridad Social, controlar el funcionamiento del Sistema y **asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.**

La Ley establecerá un Sistema de Seguridad Social que satisfaga de un modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, por los de maternidad, vejez, muerte, accidentes, enfermedad, invalidez, cargas familiares, y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras”.

Asimismo, y en un acápite aparte, en el N° 19 del mismo artículo, se refirió en forma precisa a la salud, señalando al efecto que se aseguraba: El derecho a la salud. El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y el control de las acciones integradas de salud. Es deber preferente del Estado la ejecución de acciones de salud, **sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley.**

Se destaca de lo anteriormente consignado la idea de que le corresponde al Estado formular la política nacional de Seguridad Social, controlar el funcionamiento del Sistema y asegurar la opción preferente de los afiliados para operarlo, y la declaración de que la ley que crease el Sistema debería ceñirse a los principios de uniformidad, solidaridad y suficiencia para cubrir la amplia gama de los estados de necesidad que precisaba, como también de las prestaciones correspondientes. Se apartaba del texto constitucional anterior fundamentalmente en su concepción más pragmática de los objetivos del Sistema y del “Objetivo Nacional del Gobierno de Chile” en su nula referencia a utilizarlo como un mecanismo de redistribución de la renta nacional.

En cuanto a la salud se refiere, resalta desde luego la amplitud con que es tratada la materia y el nuevo rol que asume el Estado como garante y coordinador de las acciones, pudiendo también ejecutarlas, pero vislumbrándose ya el tema de la gestión privada en la materia.

2. El principio de subsidiariedad en la seguridad social chilena: teoría

2.1 Subsidiariedad: entre libertad e intervención

Cualquier contextualización del principio de subsidiariedad ha de partir por la difícil cuestión de la intervención del Estado en la vida de los ciudadanos. Y, en este sentido, un error corriente -atribuible a cierta superficialidad analítica- tiende a presentar la subsidiariedad como lo contrario a solidaridad. Donde subsidiariedad significa poca intervención y solidaridad mucha intervención.

La causa de esto proviene de la constatación fáctica de que aquellas naciones con mayores prestaciones solidarias tienden a ser las que menos espacio dan a la subsidiariedad. De aquí, según el decir de algunos, se concluye la necesidad de prescindir del principio de subsidiariedad para que un Estado social de prestaciones se subrogue en el papel de la sociedad civil en el rol de prestador de bienes y servicios públicos.

Entonces, lo primero que hemos de poner de manifiesto, es que el principio de subsidiariedad no corresponde a una categoría binaria cuya contrapartida sea la solidaridad. Ambos principios, como veremos, tienen campos de acción distintos, no son necesariamente excluyentes, y responden a concepciones analíticas independientes.²

Dicho lo anterior, podemos adentrarnos en la cuestión de la subsidiariedad como herramienta jurídica para la consecución de ciertos fines valiosos para la comunidad. Entendemos la subsidiariedad, fundamentalmente, como una forma de distribución de las esferas de competencia de las distintas entidades que actúan en lo social. En otras palabras, el reconocimiento de que no todo puede conseguirse por el individuo aislado, y que tampoco el Estado (entidad básicamente coactiva) tiene legitimidad para arrogarse aquellas actividades en las que el libre juego de las asociaciones voluntarias pueda conseguir el mismo fin³. Como se ve, la doctrina de la subsidiariedad entronca con un cierto

² Esta confusión la encontramos en la obra (excelente en todo lo demás) de los profesores Cifuentes, Arellano y Walker: "Los autores estiman que la subsidiariedad no es un principio de la seguridad social, por cuanto existe una incompatibilidad entre solidaridad y subsidiariedad como principio de esta rama del derecho". Arellano, Pablo; Cifuentes, Hugo; Walker, Francisco. Seguridad Social. Parte general y pensiones. Santiago, Chile: Librotecnia, 2013, p. 55.

ethos de lo que es una concepción del ser humano: un sujeto libre y anterior al Estado.

La idea de subsidiariedad halla su manifestación más clara en la visión que de ella ha dado la Doctrina Social de la Iglesia; en la Encíclica Cuadragésimo Anno; en ello, el Papa Pío XI expresa lo siguiente: Es verdad y lo prueba la historia palmariamente, que el cambio de las condiciones sociales hace que muchas cosas que antes podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy no las puedan ejecutar sino las grandes colectividades. Y, sin embargo, queda en la filosofía social fijo y permanente aquel principio, que ni puede ser suprimido y alterado: como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar, para entregarlo a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, confiar a una sola sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Toda acción social debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos o destruirlos.⁴

Pero una visión de la subsidiariedad estaría incompleta si sólo considerara el elemento negativo o abstencionista del Estado; existen tareas que per se corresponden al Estado; así lo expresa Friedrich Hayek, a quien nadie acusará de ser partidario de un Estado intervencionista: Lejos de propugnar un 'Estado mínimo', creemos incuestionablemente que en una sociedad avanzada el gobierno tiene que usar su propio poder para recaudar fondos a través de los impuestos para ofrecer una serie de servicios que por diversas razones no puede prestar –o no puede hacerlo de manera adecuada- el mercado.⁵

El mismo autor, refiriéndose a la necesidad de la intervención del Estado en materia de prestaciones de Seguridad Social, creía en una visión del Estado (como luego veremos) que coincide en buena medida con la asumida por la Constitución chilena vigente, así sostiene: Asegurar a todos una renta mínima, o un nivel por debajo del cual nadie descienda cuando no puede proveer por sí solo, no sólo es una protección absolutamente legítima contra riesgos comunes a todos, sino una tarea

3. Hayek, Friedrich. Derecho, legislación y libertad. Madrid, España: Unión Editorial, 2006, p. 400.

4. Tomado de Covarrubias, Ignacio. "El principio de subsidiariedad". VVAA. Veinte años de la Constitución Chilena. Santiago, Chile: Universidad Finis Terrae, Conosur, 2001, p.76.

*necesaria de la Gran Sociedad en la que el individuo no puede ya apoyarse en los miembros del pequeño grupo específico en que ha nacido.*⁶

Considérese, asimismo, que el autor utiliza una justificación basada en el reconocimiento de esferas de acción propias para los individuos y grupos intermedios (relaciones de coordinación), y las relaciones normativas de hegemonía, propias del Estado con los ciudadanos.

Aun cuando la Constitución chilena no considera expresamente el principio de subsidiariedad dentro de su articulado -no aparece la palabra subsidiariedad siquiera-, la mayor parte de la doctrina constitucional está conteste en que es un principio reconocido en la Carta Fundamental en el artículo 1 inciso 3°: Artículo 1°.- El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Durante la discusión del proyecto constitucional, por la llamada Comisión Ortúzar⁷, este aspecto fue ampliamente tratado. La idea que estaba en mente de los comisionados era redefinir la que debía ser la intervención del Estado en la nueva institucionalidad en ciernes aún. Como quedó de manifiesto en el respectivo apartado histórico, se buscaba transitar desde un modelo en que un Estado omnipotente conducía el desarrollo económico del país (con escaso éxito), hacia otro en que tal papel quedaba en manos de los privados. Era la primacía de la sociedad civil por sobre el intervencionismo público (los éxitos económicos del país han mostrado el acertado diagnóstico de la Comisión).

Muy interesante, a este respecto, resulta la intervención del comisionado Silva Bascañán en la sesión 187^a, de la Comisión Ortúzar: El Estado no es subsidiario del fin de las asociaciones. El Estado puede ser subsidiario de ciertos objetivos propios del bien común que las asociaciones no estén,

5. Hayek, Friedrich, op. cit. (n. 14), p. 409.

6. Ibid., p. 422.

7 La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC), más conocida como Comisión Ortúzar, fue un organismo establecido en el año 1973 por la Junta Militar de Gobierno que regía el país, y que tuvo por finalidad preparar el anteproyecto de la Constitución de 1980. Es innegable la importancia de ella en la discusión del texto constitucional de referencia. En efecto, aunque varias de las propuestas de los comisionados no fueron acogidas por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, la mayor parte del texto de la nueva Constitución fue analizado y comentado en dicha Comisión.

por ciertas circunstancias, en condiciones de cumplir, o que no convenga entregarlos a ellas. Pero parece que la redacción es inadecuada, porque da la impresión de que el Estado tiene que colocarse en términos de que sea él quien supla las deficiencias de las asociaciones. No es éste el principio de subsidiariedad. *El principio de subsidiariedad significa que a todos los cuerpos intermedios se les deja el máximo de libertad posible para que, cumpliendo sus objetivos propios, propendan a la realización de los fines colectivos.* Pero el Estado no es subsidiario de las asociaciones en el sentido de que si ellas no cumplen sus respectivos fines, los cumpla el Estado por ellas.⁸

En opinión de este tratadista, en consecuencia, no se debe entender el principio de subsidiariedad como una especie de “garantía general” - si se nos permite la expresión- del Estado sobre la acción de los particulares. Ambos, Estado y particulares, tienen esferas que les son propias, y no pueden ser invadidas.

De allí que el reconocimiento de los cuerpos intermedios en el art. 1º inciso 3º, significa que: el individuo, la familia, la empresa, la sociedad, el Estado, no están llamados a superponer su acción, sino que a respetar lo que son sus fines propios. Esto tiene una relevancia jurídica que debe ser destacada, porque impide que, por ejemplo, el Estado, bajo la excusa de que los particulares no están cumpliendo -según algún parámetro burocrático creado al efecto- con el fin que era dable esperar, pueda atribuirse para sí alguna actividad de la llamada “sociedad civil”, sea en el ámbito de la actividad social, política o económica.

Lo anterior está en estrecha vinculación con la garantía del art. 19 N° 22 de la Constitución Política, que se refiere a la libertad de empresa y a las limitaciones del Estado para proveer bienes y servicios: “Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas: N° 21 El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En

tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado (...).

El profesor Bertelsen, a propósito del inciso segundo del N° 22, señaló en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución: Los particulares son quienes tienen la libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y el Estado sólo puede abordarlas cuando la ley, en forma excepcional, lo autorice, porque la garantía que se pretende establecer no es para concurrir con el Estado, sino para excluirlo de ciertas actividades.⁹

Considerando tal alcance del principio de subsidiariedad es que nos parece errada la conceptualización que realizan de él los profesores Cifuentes, Arellano y Walker: Si una institución privada otorga prestaciones sociales, es porque el Estado lo ha delegado y está autorizado para ello por la Constitución. *Está claro que el principio de subsidiariedad consiste en una delegación de las funciones del Estado a los privados, en el ámbito de la gestión.*¹⁰

No es aceptable, como hemos visto, predicar que sea el Estado, en un acto de gracia, quien *delegue* en los privados ciertas actividades en la prestación (gestión y/o financiamiento) de servicios de seguridad social. Tal cosa contraría la idea de que los individuos son anteriores al Estado, y que son éstos quienes han alienado parte de su libertad natural, para que el Estado se encargue de ciertas actividades en las que ellos y sus grupos intermedios (emanados del derecho de asociación) no se encuentran capacitados para llevar a cabo. Tal es el sentido causal correcto, y no al revés (como lo sugieren los citados autores).

Aunque parezca un bizantinismo este punto, hemos de recalcar y advertir del peligro que se encuentra detrás de la proposición de un Estado omnipotente en que los derechos de los individuos son regalías otorgadas o *delegadas*, y no reconocimiento de prerrogativas anteriores a éste. Esto es de la esencia del constitucionalismo y del Estado de

9. Cita extraída de López Magnasco, Sebastián. Garantía constitucional de la no discriminación económica. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 47.

10. El destacado es nuestro. Arellano, Pablo; Cifuentes, Hugo; Walker, Francisco, op. cit. (n. 13), p. 239.

Derecho democrático (lo contrario al Estado totalitario, en que el Estado es superior al individuo). El principio de subsidiariedad, como lo hemos entendido en estas páginas, tiende precisamente a deslindar esferas de acción propias del Estado y de los ciudadanos.

Corresponderá al apartado siguiente, el análisis positivo de cómo el ordenamiento jurídico chileno reconoce la legitimidad de la acción particular en el ámbito de la Seguridad Social. Como ocurre en salud y pensiones, ambas actividades económicas que pueden desarrollar los privados, bajo control público.

3. El principio de subsidiariedad en la seguridad social chilena: historia

Históricamente las leyes laborales y las de seguridad social en Chile surgen como unas verdaderas “ley privilegio”, en oposición a la “ley mandato uniforme” que es aplicada a todas las personas y a la generalidad de las relaciones jurídicas¹¹. Desde mediados de la segunda década del siglo XX diversos sectores de la población reclaman y reivindicán para sí un estatuto jurídico que recoja sus intereses y conquistas sociales, pues el derecho vigente no comprendía las nuevas realidades de la época y, asimismo, era incapaz de ofrecer soluciones a tales problemáticas.

Al decir de Moran, se asistió a una *révolte des faits contre le code*, o sea, a una revuelta de los hechos contra el derecho¹², lo que decantó en la promulgación de una frondosa legislación ajena a los tradicionales principios del Derecho Civil, fenómeno conocido como descodificación, consistente en “la sustracción al código civil, operada por la legislación especial, de ciertas materias para regularlas de una manera diferente en función de determinados fines socialmente valiosos”.¹³

A través del naciente Derecho del Trabajo y de la legislación social comienza a configurarse, poco a poco, una legislación dirigida a regular las condiciones de trabajo e higiene de aquellos más desposeídos -

11 Bravo Lira, Bernardino. "Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de una ideal dieciochesco", en: *El mismo. El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis, 2006, pp. 269-273

12 Morin, Edgard. *La révolte des faits contre le code*. París, Francia, 1920.

13. Guzmán Brito, Alejandro. "Codificación, descodificación y recodificación del Derecho Civil chileno", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. Tomo XC, nº 1: enero-abril, año 1993, p. 42. Irti, Natalino. *La edad de la descodificación*. Madrid, España: Editorial José Bosch, 1992, *passim*.

proletariado-, para cubrir a los trabajadores de los demás sectores, así como una legislación previsional que ofreciese ciertas garantías mínimas en materia de salud, pensiones, accidentes del trabajo y otras propias de la seguridad social.

En otras palabras, una legislación que viene desde abajo y es sancionada por el gobernante de turno, instalado constitucional o extraconstitucionalmente en el poder.¹⁴

Dicha "ley privilegio" no es otra cosa que el velo proteccionista, consustancial e inherente a toda norma laboral y de seguridad social, el cual, junto a otros elementos, nacionales y foráneos, constituyen el sustrato histórico del Derecho del Trabajo¹⁵ y de la Seguridad Social chileno y que, con mayor o menor intensidad, se ha conservado en la generalidad de las legislaciones laborales y de seguridad social actuales.

En Chile la legislación laboral y de seguridad social floreció en medio de un Estado modernizador, caracterizado por su oscilación. Así, a lo largo del siglo XX, el Estado modernizador: ... intentó realizar el ideal dieciochesco felicidad del pueblo sucesivamente de dos maneras: el **Estado gendarme del liberalismo** que, con el propósito de imponer la libertad a los ciudadanos, somete sus actividades a una regulación uniforme, y cuando éste fracasa, el **Estado de Bienestar** que, con el propósito de restablecer la seguridad, somete las actividades de los ciudadanos a una regulación restrictiva.¹⁶

Y un Estado modernizador, en su vertiente de bienestar y, agreguemos, desarrollista, es el que vio nacer al Derecho del Trabajo, a la ley laboral y a las normas de seguridad social en nuestro país. De ahí que la legislación dictada conforme a este ideal decimonónico propendió a anteponer la protección de las personas por sobre la libertad de las mismas,

14. Aún no se estudia en profundidad la relación que existe en Chile entre los gobiernos militares y el Derecho del Trabajo. Tangencialmente y a propósito de la codificación laboral véase Castro, José Francisco. "La codificación del Derecho del Trabajo en Chile", en: *Revista Laboral Chilena*, n° 203, 2012, pp. 72-80.

15. Para Adrián GOLDIN los elementos que configuran un Derecho del Trabajo básico histórico son: 1) El contrato de trabajo como expresión de libertad, pero a su vez de sometimiento (dependencia); 2) Esfuerzos por poner límites al sometimiento; 3) Mejora de esos límites; 4) Un nivel óptimo de libertad compartida (vgr. flexibilidad); 5) Desigualdad como presupuesto fáctico y como contrapartida de igualdad de dignidades; 6) Construcción de equilibrios en este escenario. Goldin, Adrián. *Conferencia dictada en el marco de apertura del Congreso Mundial de Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile, septiembre 2012.

16 Bravo Lira, Bernardino. "Del Estado modernizador al Estado subsidiario. Trayectoria institucional de Chile 1891-1995", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVII, Valparaíso, Chile, 1995, p. 195.

explicándose así, y sin perjuicio de otras aristas, la numerosísima legislación laboral y de seguridad social del período (1924-1973).

Sin pretender entrar en detalles, la legalidad laboral y de seguridad social se fue impregnando paulatinamente con el manto ideológico de aquellos sectores que reclamaban tal o cual reivindicación social, producto de la intromisión excesiva de los partidos políticos, situación que llegó a su clímax en la primera época de las *planificaciones globales* (1964-1973),¹⁷ donde los sujetos de la relación laboral -trabajador y empleador- llegaron a encontrarse en posiciones abiertamente antagónicas.

Junto al abrupto final de dicho Estado de Bienestar en 1973, sucumbió también el régimen de gobierno, instalándose uno *de facto*, bajo la forma de una Junta Militar. En cuanto al tema que nos convoca, se implantó en dicha oportunidad una nueva idea de Estado: *el subsidiario*. Bajo su signo, y al igual que ocurrió en otras áreas, la legislación laboral y de seguridad social se rearticuló conforme al papel que juegan bajo dicha premisa las personas, las familias y los cuerpos intermedios, quienes son llamados a perseguir por su propia cuenta su desarrollo material y espiritual y, a través de éste, el del país; de allí que la norma laboral y de seguridad social cobre un nuevo sentido, un tanto distinto a la del período anterior, puesto que debe coexistir con la noción de subsidiariedad.

3.1 Estado subsidiario, ley laboral y de seguridad social en Chile

Como ya enunciamos, a contar de fines del año 1973, comenzó a diluirse, en forma paulatina, la idea de Estado modernizador en Chile, rearticulándose, ahora, bajo la forma de un Estado subsidiario. Su fisonomía es descrita por Bravo Lira: El punto de partida es la renuncia de este Estado subsidiario a la pretensión liberal y socialista de regular desde arriba la vida de la población. En consecuencia, no sólo tolera las organizaciones intermedias, sino que apela al empuje de las personas y a la autorregulación de dichas organizaciones. Institucionalmente el Estado subsidiario se asienta sobre el juego recíproco entre el núcleo

¹⁷ Góngora, Mario. *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 2006, pp. 280 y ss. A propósito de las restricciones al derecho de propiedad y la reanudación de faenas en la huelga véase Brahm García, Enrique. *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973*. Santiago, Chile: Universidad de los Andes, Colección Jurídica, 1999, pp. 225 y ss.

fundamental del Estado -constituido en Chile desde el siglo XVII sobre la base de la trilogía Presidente, Judicatura y Fuerzas Armadas- y las organizaciones intermedias, que a lo largo del siglo XX se han convertido en factor decisivo en la vida nacional. De esta suerte ni el Estado pretende dirigir desde arriba todas las actividades de la población ni los diversos sectores de la misma utilizar al Estado para que les asegure condiciones de subsistencia que ellos no son capaces de procurarse por su esfuerzo. Naturalmente, esto vale para tiempos normales y no excluye medidas transitorias de auxilios en casos de emergencia.¹⁸

De ahí el repliegue y reducción del aparato estatal en esta área del derecho, el que corre a la par con la ampliación de la capacidad creativa de las personas y los grupos intermedios, ya que el nuevo signo bajo el cual navegará el Estado descansará en una premisa antropológica enraizada en el actuar preferente, pero no excluyente, del hombre y de las asociaciones a las que pertenece, en las actividades productivas y en la búsqueda del bien común, pues, como comunidad política, son los más idóneos para alcanzar los fines que ellos se proponen.

Se transita, así, de la persona al servicio del Estado al Estado al servicio de la persona; en el plano constitucional, ello se manifestará en el principio de subsidiariedad. En palabras de Alejandro Silva Bascuñán: Conforme a dicho principio, el Estado, en la búsqueda del bien común, asume un papel menos directo y preponderante en la satisfacción de las necesidades colectivas, *desde que ha de actuar en subsidio de aquellas actividades que los particulares no pueden, no deben, o no quieren asumir*, con lo cual se confía a la libre iniciativa privada ejecutar diversas tareas que antes estaban reservadas exclusivamente a organismos del aparato estatal.¹⁹

Esta nueva orientación del Estado se tradujo, en una progresiva reestructuración, en diversos planos, de las actividades del país (Administración, Estado empresario, modelo económico, etc.). Por su parte, las relaciones laborales y las leyes de seguridad social no fueron ajenas a estas transformaciones. Era necesario dejar atrás aquella normativa dictada en el período anterior, enraizada en un modelo

18. Bravo Lira, Bernardino. "Del Estado modernizador... (n. 7), p. 229.

19 Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XIII. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 374-375. Para una reflexión política véase García-Huidobro, Joaquín. *¿Para qué sirve la política?* Santiago, Chile: Instituto Res Pública, 2012, pp. 68-73.

económico muy diverso y con una normativa laboral ideologizada por los partidos políticos, y que terminó imponiendo normas protectoras que asfixiaron la libertad de las personas, al punto de conculcársela a sus propios destinatarios.²⁰

La protección laboral y de seguridad social fueron cobrando una nueva significación, pues no giraron en torno a sí misma, sino que se articularon “en” la libertad de las personas y grupos intermedios para emprender. Dicho de otro modo, las leyes laborales y las de seguridad social siguen siendo leyes especiales y protectoras, pero ellas conviven, no sin tensiones, con la libertad del sujeto y de las más diversas asociaciones, a quienes no se les podrá impedir la búsqueda, por sus propios medios, de su felicidad, y del bien común del país.

Lo anterior no es baladía. Si centramos nuestra atención en estas premisas fácil es advertir que el modelo laboral y previsional chileno instaurado hace casi treinta años se mantiene, sin exageraciones, incólume²¹, cuestión que sugiere una investigación mayor en la materia, que corrobore tal observación.

4. El principio de subsidiariedad en la seguridad social chilena: normas y contexto actual

4.1 Orden constitucional

En el texto de la nueva Constitución Política de 1980 –la que se encuentra vigente en la actualidad–, la consagración del Derecho se mantuvo en su Capítulo III “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, en el numeral 18° de su artículo 19, que consagra: El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, **sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas**. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

²⁰ Casos paradigmáticos son el sindicato único de obreros y la sindicalización obligatoria.

²¹ Cerón Reyes, Roberto. “Notas sobre Estado subsidiario y legislación laboral en Chile (1973-2013)”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 4, n° 7, Santiago, Chile, 2013, p. 172.

De su sola lectura se desprende que salvaguardó el principio de la uniformidad, pero nada dijo de la solidaridad ni de la suficiencia ni de la integridad, tal como se planteaba con fuerza en el “Objetivo” y que se mantuvo más difuso en el Acta N° 3; sólo mantuvo la supervisión del Estado, radicada ahora en el adecuado ejercicio del derecho, y especificó que las leyes reguladoras serían de quórum calificado.

Asimismo, el constituyente dejó constancia, en forma expresa, de **su voluntad de que el otorgamiento de prestaciones lo pudiesen efectuar tanto instituciones públicas como privadas**, como asimismo que la ley podía establecer cotizaciones obligatorias.

Desde un punto de vista doctrinario, parece menos amplia la redacción de la Constitución que la del Acta, ya que no hace referencia expresa ni a la solidaridad ni a la suficiencia, principios que la doctrina ha considerado elementos orientadores de suma importancia, y que suelen tener gran influencia en la macro política económica.

Quizá su ausencia se deba a que ni el sistema de pensiones de las AFP ni tampoco el de las Isapres se concibieron como esencialmente solidarios en forma global; con todo, creemos que dicho obstáculo se pudo haber salvado con ligeros ajustes, los que se han estado haciendo en fecha reciente y que habrían mantenido la fisonomía del Acta N° 3, la que parece más acorde con la concepción todavía comúnmente aceptada como propia de la Seguridad Social.

Además de lo anterior, debe consignarse también que el numeral 9° del mismo artículo 19 de la Carta Fundamental de 1980 se refiere en especial al tema de la salud, indicando al efecto que se asegura a todas las personas: El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, **sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas**, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado.

De los conceptos antes transcritos resalta nítidamente la línea de pensamiento plasmada anteriormente en el Acta N° 3, la que no sufre mayores variaciones; en efecto, nuevamente se deja constancia del cambio en el rol del Estado, cuya acción preferente se orientará a la ejecución de las acciones de salud y a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, como asimismo al adecuado control del Sistema.

De igual modo se destaca cómo la gestión privada en esta materia se abre camino; además, se consagra innovadoramente, a nivel constitucional, el derecho a la libre elección por parte de los usuarios, lo que viene a cimentar la incorporación de los privados en esta materia. De esta forma se dejó paso a la legislación que, posteriormente, resultó en la creación de las instituciones privadas.

Posteriormente, y acorde con los lineamientos constitucionales anteriormente enunciados, se promulgaron dos cuerpos legales, los Decretos Leyes N° 3.500 y 3.501, sobre pensiones y cotización, publicados en el Diario Oficial de 13 de noviembre de 1980, los que cambiaron por completo las Bases del sistema de Seguridad Social chileno. Sus orientaciones fundamentales fueron las de generar una verdadera solidaridad y seguridad en la base, propiciar el ahorro individual y dar paso al principio de la subsidiariedad en el campo de la administración del sistema.

Relacionando lo anteriormente expuesto, y en relación al Principio de Subsidiariedad que ya se ha explicitado anteriormente, podemos destacar los siguientes fundamentos del mismo en el ordenamiento jurídico chileno:

1. *Rol subsidiario del Estado.* En esta materia se produce un cambio de envergadura, en relación a la antigua forma de entender el rol del Estado²², por cuanto el constituyente focaliza en forma principal su acción en servir de garante del acceso al goce prestaciones básicas uniformes, para todos los habitantes del país. En cualquier caso, se trata de prestaciones básicas, lo que

deberá ser necesariamente explicitado en las leyes que regulen específicamente cada componente del derecho en comentario; tales leyes han de respetar el principio de subsidiariedad, puesto que el legislador se encuentra vinculado por la Constitución.

2. *Establecimiento de la opción de generar por ley cotizaciones previsionales*, dando así margen a que exista una base impositiva de carácter imperativo para el financiamiento de las prestaciones, las que podrán ser complementadas por otras de carácter netamente voluntario, estableciendo así otra aplicación del principio de subsidiariedad, cual es la de incentivar a los afiliados a fin de propender a una mejora de sus prestaciones a base de su esfuerzo individual.
3. *Reserva para el Estado la supervisión y control del derecho a la Seguridad Social*, esto implica que el Estado mantendrá un rol que la doctrina chilena le ha reconocido desde siempre y que el constituyente expresamente ha recogido. Esta especial característica ha sido plasmada en la creación de órganos de control, las Superintendencias -de Pensiones, de Salud, de Seguridad Social-.
4. *Asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud*, estableciendo la responsabilidad del Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, pero relevándolo de su rol de ejecutor exclusivo.
5. *Contempla como deber preferente del Estado el garantizar la ejecución de acciones de salud*, pero destacando que ello es sin perjuicio de la libre iniciativa privada. Dicha situación es una de las manifestaciones más palmarias del reconocimiento del principio de subsidiariedad en la Seguridad Social chilena, pues encuadra la acción del Estado en un rol no exclusivo ni excluyente del Estado.
6. *Reconocimiento del derecho de las personas para elegir el sistema de salud por el cual desean atenderse*, ya sea de carácter estatal o privado. Es de hacer notar que se ha otorgado así una prioridad a la decisión personal por sobre una acción del Estado de carácter general.

7. *Establecimiento de la facultad de imponer cotizaciones obligatorias para el financiamiento de todas las prestaciones del sistema; con ello margina el constituyente de la opción de establecerlas en carácter de únicas y da paso así a la opción individual de quienes deseen cotizar voluntariamente, para obtener mejores prestaciones.*

4.2 Orden legal

La materialización del orden constitucional antes reseñado ha tenido cinco vías principales de aplicación vigentes hoy en día en Chile, a saber:

1. *En materia de Pensiones:* la creación del Sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) Vigente desde el año 1980, se estructuró a base de una administración netamente privada, a base de sociedades anónimas abiertas, con fines de lucro, bajo una doble tuición: la actual Superintendencia de Pensiones y la Superintendencia de Valores y Seguros. Ellas (6 actualmente) administran el régimen de cuentas individuales que compone el sistema y que da origen a una estructura de multifondos, por cuya administración dichas entidades pueden cobrar comisiones de libre gestación, y cuya fijación definitiva queda entregada a la competencia que se genera entre ellas. El sistema administrado se refiere al otorgamiento único de prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia, a base de un régimen financiero de cotizaciones definidas (sobre una tasa de un 10% de la renta imponible de cargo del trabajador) y beneficios dependientes del ahorro acumulado en las respectivas cuentas individuales, con relación a cotizaciones tanto obligatorias como de carácter individual.

Si bien dicho esquema nació bajo una égida desvinculada de la solidaridad, cabe anotar que, desde la reforma del año 2008, dicha característica se encuentra presente por medio del establecimiento de las denominadas Pensiones Básicas Solidarias y del Aporte Previsional Solidario, tanto en el ámbito de las prestaciones de Vejez como de la Invalidez.

Si bien es efectivo que hoy en día las AFP pueden considerarse como entes prestadores únicos en la materia (aunque subsiste para cerca de 100.000 personas el antiguo sistema de pensiones), cabe anotar que se encuentra en trámite parlamentario la creación de una AFP de carácter estatal, lo que vendría a romper dicho esquema.

2. *En materia de Salud del orden común:* también con fundamento en el principio de la subsidiariedad establecido en la Constitución Política del año 1980, se crearon las denominadas Instituciones de Salud Previsional (Isapres). Dichas entidades (13 actualmente), que pueden tener una estructura jurídica de diverso orden y que admiten el fin de lucro, se encuentran, al igual que el Estado, autorizadas para gestionar el régimen de salud común, siendo fiscalizados por el estado a través de la Superintendencia de Salud. Su vinculación con los afiliados se plasma a través de un Contrato de Salud, con regulación dada por la ley, y mediante el cual se convienen las prestaciones (tanto preventivas como curativas) y el precio a cobrar por ellas (sobre una tasa de un 7% de la renta imponible de cargo del trabajador), el cual es libremente fijado por las partes. Dichas prestaciones se encuentran pormenorizadas en los denominados Planes de Salud, los que las Isapres ofrecen competitivamente frente al esquema estatal representado por el Fondo Nacional de Salud llamado FONASA.

Así, los afiliados al sistema de salud pueden hoy en día optar libremente por pertenecer a una Isapres o bien al Sistema estatal, pudiendo adscribirse y cambiarse a cualquiera de ellos en el momento que lo deseen.

Si bien las Isapres operan a base de cuentas los contratos y sus cuentas respectivas, la incorporación del denominado plan AUGE y la cobertura de las denominadas enfermedades catastróficas (por su alto costo), han introducido también a su respecto un factor de solidaridad que les era ajeno en su creación.

3. *En materia de salud del orden profesional:* Como ya se tuvo oportunidad de señalar anteriormente, en esta área existen desde la década de los 60' las denominadas Mutualidades (tres

actualmente) que cubren el Seguro de Accidentes del Trabajo y Accidentes Profesionales.

Ellas son creación de entidades gremiales de empleadores, generadas bajo diversas estructuras jurídicas pero que no persiguen fines de lucro, que son supervisadas por la Superintendencia de Seguridad Social, y que han aplicado con mucho éxito una política que hace centro de su actividad en la prevención y reinversión de sus excedentes.

Ellas operan a base de un sistema de reparto y cobran una tasa fijada por ley (0,95% de la renta imponible, más una sobretasa de hasta un 3,5% según el riesgo asociado a la actividad cubierta, todo ello de cargo del empleador). Dichas entidades se hace cargo tanto de la prevención como de la curación y rehabilitación de las enfermedades profesionales y de los accidentes del trabajo.

Ellas compiten con la atención que en esta materia con el Estado, quien opera a través del llamado Instituto de Salud Previsional y de su Sistema de Salud. El sistema contempla cobertura financiera en materia de subsidios, indemnizaciones y pensiones de amplia gama de cobertura.

4. *En materia de prestaciones de familia:* a esta rama de la Seguridad Social corresponden las entidades privadas de más antigua data en Chile (5 actualmente), como son las ya aludidas Cajas de Compensación Familiar (CCAF) y que han hecho aplicación del principio de la subsidiariedad desde las década de los años 50', siendo su estructura jurídica variada, pero sujeta a un marco legal determinado, y que son supervisadas por la Superintendencia de Seguridad Social.

Ellas estuvieron encargadas en su origen de administrar la prestación de la asignación familiar, cobrando para ello una comisión de cargo del Estado, para con el curso del tiempo proceder a gestionar otras actividades, como el denominado crédito social (prestamos muy accesibles para los trabajadores), políticas del orden habitacional, administración de centros

recreacionales y prestaciones al sector de pensionados. También compiten con el Estado en las materias anotadas y carecen de finalidades de lucro.

5. *En materia de Seguro de Desempleo:* en este ámbito, es necesario anotar la existencia, desde el año 2002, de la denominada Administradora del Seguro de Desempleo, entidad de carácter privado (sociedad anónima abierta), con fines de lucro y que cobra una comisión por administrar las cuentas individuales que componen este Seguro, en conjunto con un Fondo Solidario que es aportado por el Estado de Chile. Es una entidad de carácter único, ya que el Estado no tiene un ente gesto paralelo en esta materia; la administración de este Seguro se adjudica mediante una licitación pública cada diez años.

Las prestaciones a todo evento que otorga corresponden al pago del aludido seguro mediante cuotas según antigüedad del trabajador, y con acceso al Fondo Solidario bajo ciertas premisas; su financiamiento se produce mediante el pago de una tasa del 3% sobre la renta imponible, las que casi en su totalidad es de cargo del empleador.

Esta entidad opera al igual que las AFP sobre la base de cuentas individuales de ahorro y su rendimiento, pero el aporte del Fondo Solidario (reparto) le otorga una característica diversa de aquellas.

5. Conclusiones y perspectivas de futuro

1. La Seguridad Social, sus normas y sus instituciones, constituyen un basamento indispensable del Estado de Derecho de los actuales estados, sin perjuicio de la configuración específica en cada uno de ellos.
2. El principio de subsidiariedad entronca con los fundamentos mismo del Estado de Derecho, puesto que a través de él se distribuyen las esferas legítimas de acción que incumben al poder público -Estado- y a los particulares y organizaciones intermedias
3. En la historia de las ideas, se ha conceptualizado la subsidiariedad

como un necesario equilibrio para evitar dos extremos: el Estado omnipotente (que pretende asumir el control de todas las esferas de la sociedad) y al individualismo ingenuo que aspira a una utópica autorregulación, sin considerar los efectos disgregadores de privar de seguridades a quienes están más rezagados en la obtención de los beneficios del mercado.

4. En Chile, las leyes laborales y de seguridad social surgen como unas verdaderas “ley privilegio”, en oposición a la “ley mandato uniforme” que es aplicada a todas las personas y a la generalidad de las relaciones jurídicas. La trayectoria de estas recorre el estado abstencionista y desarrollista, ambos resultado del estado modernizador, y el estado subsidiario, quien le da fisonomía al principio de subsidiariedad.
5. En materia de Seguridad Social el rol subsidiario del estado produce un cambio de envergadura, en relación a la antigua forma de entender el rol de éste, por cuanto el constituyente focaliza en forma principal su acción en servir de garante del acceso al goce prestaciones básicas uniformes, para todos los habitantes del país. En cualquier caso, se trata de prestaciones básicas, lo que deberá ser necesariamente explicitado en las leyes que regulen específicamente cada componente del derecho en comentario; tales leyes han de respetar el principio de subsidiariedad, puesto que el legislador se encuentra vinculado por la Constitución.
6. Así el principio de subsidiariedad en la seguridad social se manifiesta en una serie de ámbitos: la creación del Sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) vigente desde el año 1980, se estructuró a base de una administración netamente privada; se crearon las denominadas Instituciones de Salud Previsional (Isapres). Dichas entidades (13 actualmente), que pueden tener una estructura jurídica de diverso orden y que admiten el fin de lucro, se encuentran, al igual que el Estado, autorizadas para gestionar el régimen de salud común, siendo fiscalizados por el estado a través de la Superintendencia de Salud; en materia de salud del orden profesional existen desde la década de los 60’ las denominadas Mutualidades (tres

actualmente) que cubren el Seguro de Accidentes del Trabajo y Accidentes Profesionales; en materia de prestaciones de familia se encuentran las entidades privadas de más antigua data en Chile (5 actualmente), como son la Cajas de Compensación Familiar (CCAF) y que han hecho aplicación del principio de la subsidiariedad desde las década de los años 50', siendo su estructura jurídica variada, pero sujeta a un marco legal determinado, y que son supervisadas por la Superintendencia de Seguridad Social; y en materia de desempleo es necesario anotar la existencia, desde el año 2002, de la denominada Administradora del Seguro de Desempleo, entidad de carácter privado (sociedad anónima abierta), con fines de lucro y que cobra una comisión por administrar las cuentas individuales que componen este Seguro, en conjunto con un Fondo Solidario que es aportado por el Estado de Chile.

7. En el actual momento político, se discute sobre la existencia o no de un principio de subsidiariedad en el Derecho chileno, creemos que con lo explicitado en estas páginas es evidente que tal principio forma parte de nuestra constitución y, en lo que nos interesa, de la seguridad social chilena. Lo anterior, no sólo por un acto de voluntad del constituyente de 1980, que pudiera ser borrado por otra voluntad constituyente posterior, sino que por tratarse de un principio vinculado con la idea misma de Estado de Derecho. Sin principio de subsidiariedad (o como se le quiera llamar) careceríamos de un límite conceptual y normativo sobre qué es propio del Estado y qué de la sociedad civil, volviéndose a momentos de desarrollo (intervencionismo) ya superados y que han demostrado su ineficacia para otorgar bienestar a los ciudadanos.



Bibliografía

Arellano, Pablo; Cifuentes, Hugo; Walker, Francisco. *Seguridad Social. Parte general y pensiones*. Santiago, Chile: Pirotecnia, 2013.

Brahm García, Enrique. *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973*. Santiago, Chile: Universidad de los Andes, Colección Jurídica, 1999.

Bravo Lira, Bernardino. "Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de una ideal dieciochesco", en: Él mismo. *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*. Santiago, Chile: Editorial alexisnexos, 2006.

Bravo Lira, Bernardino. "Del Estado modernizador al Estado subsidiario. Trayectoria institucional de Chile 1891-1995", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVII, Valparaíso, Chile, 1995.

Castro, José Francisco. "La codificación del Derecho del Trabajo en Chile", en: *Revista Laboral Chilena*, n° 203, 2012.

Cerón Reyes, Roberto. "Notas sobre Estado subsidiario y legislación laboral en Chile (1973-2013)", en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 4, n° 7, Santiago, Chile, 2013.

Covarrubias, Ignacio. "El principio de subsidiariedad". VVAA. *Veinte años de la Constitución Chilena*. Santiago, Chile: universidadfinisterree, Cono sur, 2001.

García-Huidobro, Joaquín. *¿Para qué sirve la política?* Santiago, Chile: Instituto Res Pública, 2012.

Goldin, Adrián. *Conferencia dictada en el marco de apertura del Congreso Mundial de Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile, septiembre 2012.

Góngora, Mario. *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 2006.

Guzmán Brito, Alejandro. "Codificación, descodificación y recodificación del Derecho Civil chileno", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. Tomo XC, n° 1: enero-abril, año 1993.

Hayes, Friedrich. *Derecho, legislación y libertad*. Madrid, España: Unión Editorial, 2006.

Humeres Noguera, Héctor. "El derecho a la seguridad social en las constituciones políticas de Chile: una visión panóptica (1833-2012)", en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 4, Santiago, Chile, 2011.

Irte, Natalio. *La edad de la descodificación*. Madrid, España: Editorial José Bosch, 1992, pasan.

López Magnasco, Sebastián. *Garantía constitucional de la no discriminación económica*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Morín, Edgard. *La revote des gaitas contra le cede*. París, Francia, 1920.

Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomos IV y XIII. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

