

El primer camino comprende todas aquellas medidas de política económica que tienden a estabilizar o a aumentar la renta nacional, oponiéndose a las perturbaciones de las depresiones cíclicas o a la inflación monetaria; la política dirigida a obtener el pleno empleo, eliminando el riesgo gravísimo de la desocupación; el desarrollo de la instrucción en general y de la educación profesional en particular ya que aumentando la capacidad de los habitantes, contribuyen a la estabilidad económica colectiva e individual; las medidas de higiene y de policía sanitaria que protegen la salud pública; la tutela del trabajo.

Todas estas medidas se traducen en una acción de gobierno, más que en la creación legislativa de instituciones y normas.

El segundo camino comprende, en cambio, una actividad legislativa a través de la cual se le reconoce a cada uno de los integrantes de la sociedad el derecho a percibir prestaciones de las que la colectividad se hace responsable.

De la existencia de estos dos caminos deriva, a su vez, que se puedan distinguir dos significados de la seguridad social. En sentido amplio, comprende los dos caminos que hemos descrito, o sea, todos los medios contra la inseguridad del individuo; tanto la política estabilizadora como la legislación de la cual surgen derechos subjetivos concretos a percibir determinadas prestaciones. En sentido estricto, abarca únicamente el segundo camino, o sea la función legislativa de reconocer derechos subjetivos destinados a percibir prestaciones concretas.

En realidad, como dice Venturi (21), sólo puede corresponder a la seguridad social en sentido estricto, un ordenamiento jurídicamente definido, dotado de coherencia intrínseca y de una relativa homogeneidad.

De allí que la tendencia predominante sea a considerar seguridad social sólo aquellas que hemos comprendido en el sentido restringido.

Ello no significa que se desconozca la importancia y trascendencia de la política destinada a prevenir los riesgos sociales.

Lord Beveridge señala, con acierto, que la seguridad del ingreso es tan impotente para procurar la felicidad humana que no merecería la pena convertirla en la única o principal medida de la reconstrucción (22). Lo que interesa es concebir una organización económica, social y técnica que logre hacer más difícil, si no imposible la producción de los riesgos (23).

Pero la variedad de medidas a tomar con este objeto es tan grande que difícilmente puedan caber dentro de una disciplina única.

Justamente Dupeyroux (24) señala el dinamismo del concepto tanto por su extensión horizontal -a través del desarrollo de la noción de riesgo social- como por su extensión vertical -a través de los múltiples renglones que

(21) Op. cit., pág. 267.

(22) *Social Insurance and Allied Services* 1942, No. 440, pág. 163.

(23) Durand, op. cit., pág. 23. Cabe señalar que Durand, fiel a esa concepción incluye en su obra tanto el estudio de los planes de prevención como de los sistemas de reparación de los riesgos. Esa concepción amplia de la seguridad social quizá haya influido en la elección del título de la obra: *La politique contemporaine...*

(24) Op. cit. pág. 27.

comprende la política social destinada a prevenir los riesgos- lo que conduce a darle a esta noción una extensión desmesurada. Concluye afirmando que esta dilatación ilimitada del concepto le quitaría toda utilidad desde el punto de vista jurídico.

Y Caggiani (24 bis) ha sostenido entre nosotros que para lograr la efectividad de la noción de seguridad social es necesario una reforma profunda en las estructuras económicas ya que tanto por sus elementos constitutivos como por sus caracteres, la política de seguridad social está unida indisolublemente a la política económica.

## II. El derecho de la seguridad social

12. De lo que acabamos de exponer se deduce que el tema de la seguridad social puede encararse en dos planos diferentes:

- el plano de los fines o de las metas, que conduce a la política de la seguridad social y que tiene contornos muy amplios, los cuales pueden irse extendiendo indefinidamente.

- el plano de los sistemas que describe las instituciones establecidas por el derecho positivo para prevenir directamente los riesgos y, sobre todo, para reparar las consecuencias económicas derivadas de la aparición de los riesgos. Todas esas normas tienden a organizar una redistribución económica sobre la base de garantizar la seguridad económica individual de sus beneficiarios.

El derecho a la seguridad social se refiere a este último aspecto. Y como toda disciplina jurídica, comprende un conjunto de normas referentes a este tema y una serie de estudios y conocimientos que versan sobre el objeto, el contenido, la evolución, la aplicación y los resultados de esas normas.

### a) CARACTERES

Vamos a describir rápidamente las notas propias del derecho de la seguridad social, destacando los siguientes caracteres:

#### 1) Es un derecho reciente

13. Hemos visto que el desarrollo de los planes de seguridad social recién se produjo después de la última guerra.

Los antecedentes más remotos no llegan a los cincuenta años. Pero en la mayoría de los países se está recién en el período de elaboración de proyectos o de discusión legislativa.

Por eso, nos ha parecido que el calificativo "nuevo" no era suficientemente expresivo como para indicar la extrema juventud de esta rama jurídica. Hemos elegido, por tanto, una palabra más indicativa.

Es cierto que en algunos países se ha intentado coordinar, armonizar y unificar los institutos ya existentes dentro de un plan nuevo, pero fuera de que este procedimiento ofrece serias reservas, porque hay una concepción distinta que obliga a reestructurar todos los institutos, lo cierto es que el de-

(24 bis) Ruben N. Caggiani. La noción de seguridad social F.C.U. Montevideo 1973 (pág. 59).

recho de la seguridad social empieza desde el momento en que se esboza el plan de conjunto, o sea, que se trata, en todos los casos, de un derecho muy reciente.

2) **Es un derecho de origen étático.**

14. La índole y vastedad de los derechos y obligaciones que se instituyen: así como la importancia de las instituciones que se crean impone obligatoriamente la estructuración por la vía legal.

Es un derecho de origen legislativo, si bien admite en algún grado la presencia de los convenios colectivos pero dentro del marco normativo de carácter legal. Ese componente profesional y no estatal se acrecienta en la medida en que adquiere vigencia el modelo de seguridad social participada al que hemos hecho referencia.

Cabe anotar que no nos referimos al problema de si los organismos de seguridad social forman parte del Estado o constituyen personas de derecho público de carácter no estatal (25). Lo que deseamos recalcar es que la seguridad social se disciplina preferentemente por normas de carácter legal, sin que exista en el mismo grado la pluralidad de fuentes con que nos encontramos en el derecho laboral.

3) **Es un derecho de tendencia unificadora**

15. Contrastando con el derecho laboral que posee una tendencia hacia lo concreto -lo que encierra un germen de diversificación- la seguridad social posee una tendencia opuesta, o sea la que podríamos llamar de englobamiento.

Venturi ha expuesto seis principios que caracterizan a la seguridad social (26). Todos ellos parecen inspirados por esa idea unificadora opuesta a la diversificación.

Son los principios de totalidad, en cuanto al objeto; de universalidad en cuanto al campo de aplicación; de igualdad en cuanto a las prestaciones; de solidaridad general en cuanto a los medios financieros; de la solidaridad entre las generaciones en cuanto al régimen financiero y de unidad, en cuanto a los órganos (26 bis).

4) **Es un derecho que tiende a la internacionalización**

16. En este aspecto, la seguridad social se asemeja al derecho laboral en cuanto por su propia naturaleza provoca y estimula la equiparación internacional de los niveles de protección logrados por medio de los sistemas de seguridad social.

El régimen de seguridad social constituye un elemento importante en el costo de la producción de cada país, por lo que es lógico pensar que las mis-

(25) Véase sobre el particular el interesantísimo desarrollo de De Ferrari en su libro *Los principios de la seguridad social*. Montevideo 1955.

(26) Op. cit., pág. 275.

(26 bis) Véase infra, capítulo II.

mas razones que llevaron a impulsar la nivelación supra nacional del derecho laboral lleven a impulsar una nivelación similar de la seguridad social (27).

Pero debe señalarse sobre este tema, un aspecto de gran importancia que es exclusivo de la seguridad social. El versa sobre la necesidad de que los servicios prestados en un país sean reconocidos en el país donde se produce el riesgo para que cada persona pueda moverse de un territorio a otro con entera libertad, sin temor de pérdida de los beneficios que otorga el régimen de seguridad social. El problema puede resolverse por acuerdos bilaterales o por tratados multilaterales; pero de un modo u otro, debe ser encarado y resuelto (27 bis).

#### b) AUTONOMIA

17. El tema de la autonomía del derecho de la seguridad social en relación con el derecho del trabajo -o sea, el encuadramiento del derecho de la seguridad social-, constituye un problema dinámico y polémico.

Dinámico, porque ha ido evolucionando en la medida en que se transforma la disciplina.

Nadie puede dudar que durante el proceso de formación de la actual disciplina de la seguridad social fue produciéndose una significativa evolución.

Así, cuando se estaba en la etapa previa a la Seguridad Social, llamada Previsión Social, la temática tratada derivaba claramente del derecho del trabajo, constituyendo una especie de capítulo dentro del derecho del trabajo. Un capítulo importante, extenso, con peculiaridades pero, en definitiva, un capítulo del derecho del trabajo.

En efecto, las personas protegidas eran las vinculadas por el contrato de trabajo, las prestaciones se calculaban en función del salario, la financiación se lograba por medio de la contribución de las dos partes del contrato de trabajo: los trabajadores y los empleadores. Se decía que si el derecho del trabajo protegía al trabajador mientras trabajaba, la Previsión Social lo protegía mientras no trabajaba.

Por otra parte, se verá cómo en el origen de cada una de las instituciones -sea la protección ante la enfermedad, o ante los accidentes de trabajo, o ante el desempleo o ante las cargas de familia- se intentó la protección a través del instrumental del derecho del trabajo. Fue justamente, en virtud de los inconvenientes o limitaciones o inadaptaciones de los medios propios del derecho laboral que se fue forjando el nacimiento de las nuevas maneras de proteger, que dieron origen a los seguros sociales y, en un paso más adelante a la seguridad social.

En la medida en que se desarrollaban esos nuevos institutos, que se ampliaban los beneficiarios, que se buscaban nuevas formas de financiación, que

(27) Cabe señalar que además de la obra específica que realiza la O.I.T. en esta materia, en nuestro continente se han celebrado diversas Conferencias Interamericanas de Seguridad Social: en 1942, en Santiago; en 1947, en Río de Janeiro, en 1951, en Buenos Aires (Véase sobre el particular el libro de Gaete Berrios y Santana Davis "Seguridad social". Buenos Aires, 1957).

(27 bis) Véase infra, capítulo II, I, No. 2.7.

las nuevas instituciones adquieren una organización diferente, que todo el conjunto organizativo obtenía volumen, consistencia y personalidad, se fue produciendo un proceso de independización y desligamiento que justifica un enfoque y una perspectiva distintos.

Por lo demás, este proceso no fue unilineal ni acompasado ni respondió a un esquema predeterminado. Si bien la tendencia general fue clara, hubo ritmos diferentes, alternativas y peculiaridades en muchos renglones. Y, desde luego, la trayectoria fue diferente en cada país.

Polémico porque, justamente, como consecuencia de esa evolución han ido surgiendo tesis distintas sobre el tema de la autonomía.

Naturalmente no todo depende del momento en que se encare el problema. Hay también una diferencia de enfoque o una atribución de mayor o menor importancia a determinados elementos que pueden tener distinta significación según cada autor.

Podemos, poner como punto de referencia, por una parte, a Alonso Olea (28) quien, si bien reconoce que la generalización del ámbito de cobertura y la uniformidad de la protección conducen hacia la afirmación de la autonomía, destaca que la seguridad social está aún, en gran medida, anclada en el trabajo, por cuenta ajena; que junto a riesgos generales hay riesgos específicos sólo concebibles respecto del trabajador por cuenta ajena; que por razones de política social continúan ensambadas reglas de trabajo y de seguridad social; que el trabajo en general o la incapacidad para el mismo es el supuesto de los riesgos cubiertos. Y agrega que un nuevo punto de conexión entre seguridad social y contrato de trabajo es la admisión y utilización de los convenios colectivos -instrumento propio del derecho del trabajo- dentro del marco de la seguridad social. Todo esto lo lleva a asumir una actitud muy renuente en materia de autonomía.

En el extremo opuesto pueden mencionarse dos autores. Uno, chileno, Novoa Fuenzalida (29) quien no cree que la independencia derive de la ampliación de los sujetos pues el derecho del trabajo también tiende a abarcar el trabajo autónomo. El verdadero origen de ella proviene que ambas disciplinas regulan relaciones jurídicas diferentes. Otro español, Juan Antonio Sagardoy (30), para quien la autonomía de la seguridad social estaría justificada por varios elementos: a) -novedad orgánica de la materia o sustantividad propia de la misma; b) -especialidad de los principios informantes; c) -autonomía de las fuentes.

Coincidentemente Saint-Jours (31) invoca dos razones fundamentales que han militado para que el derecho de la Seguridad Social se desprenda progresivamente del derecho del trabajo y constituya una disciplina jurídica autónoma:

- a) El hecho de que bajo reserva de la prevención de los accidentes de

(28) Op. cit., pág. 27.

(29) Patricio Novoa Fuenzalida, *Derecho de la Seguridad Social*, Santiago Chile, 1977, (pag. 124).

(30) Juan Antonio Sagardoy, *Sobre el concepto y autonomía de la seguridad social* en *Revista Internacional de la Seguridad Social*. Madrid. 1970, No. 10.

(31) Ives Saint-Jours. *Le droit de la Sécurité Sociale*. Paris, 1980, pág. 49.

trabajo ligado al problema de las condiciones de trabajo así como de las prestaciones en especie, el derecho de la Seguridad Social evoluciona hacia un derecho, si no a la salud, al menos de la salud.

b) El hecho que la Seguridad Social se haya convertido en un servicio público ha determinado que el derecho de la Seguridad Social que hunde profundamente sus raíces en el mutualismo, evoluciona hacia el derecho administrativo sin haber todavía cortado su cordón umbilical con el derecho privado.

“En realidad, el derecho de la Seguridad Social se encuentra colocado actualmente en una órbita que lo conduce del derecho privado hacia el derecho público, constituye en esta posición incómoda, un derecho autónomo afectado por la ambigüedad jurídica”.

Todo ello nos demuestra que esta discrepancia tiene un valor relativo, no sólo por el carácter dinámico del proceso sino también por el propio relativismo del concepto de autonomía que no se presta a distinciones tajantes ni a afirmaciones absolutas y categóricas.

Lo que no cabe duda es que la dirección del movimiento lleva hacia la distinción o la separación, lo que conduce inevitablemente, con el transcurso del tiempo, a la acentuación de la autonomía.

18. Debe puntualizarse que se ha ido produciendo una migración de temas desde el derecho del trabajo hacia la seguridad social.

Diversas instituciones del derecho laboral, destinadas a cubrir riesgos pasan a formar parte de la seguridad social.

Ello ocurre, por ejemplo, con los accidentes de trabajo o con las asignaciones familiares e incluso, en cierto modo, con las indemnizaciones por despido. Quien recorra la historia de estos institutos advertirá en qué medida las concepciones y criterios iniciales, estrechamente vinculados con el contrato de trabajo, se van abandonando para encararlos como riesgos y, por tanto, incorporarlos dentro del sistema total de cobertura de riesgos sociales que es la seguridad social.

Hay, pues, un trasiego de temas entre las dos disciplinas que demuestra la vinculación primitiva y su actual separación. Esos temas que han pasado de una rama a la otra constituyen como el símbolo de lo ocurrido con ellas: una ha engendrado a la otra y ésta se ha ido independizando hasta adquirir la mayoría de edad. Conservan todavía ciertas vinculaciones, originadas en su parentesco, pero cada una de ellas posee ahora, una personalidad propia.

#### c) FUENTES

19. En materia de fuentes, el derecho de la Seguridad Social no presenta mayores particularidades.

Dado el carácter predominantemente étatico de la regulación de las instituciones de seguridad social, la principal fuente es la ley, con el complemento natural de los decretos reglamentarios que contribuyen a facilitar el cumplimiento de las normas legales. Estos, obviamente deben estar subordinados a las leyes.

Fuera de ellas, cabe mencionar tan solo la existencia de normas internacionales y los convenios colectivos.

Con respecto a las primeras, se destacan, sobre todo, las normas procedentes de la O.I.T.

Debe recordarse que en la Carta de Filadelfia del 10 de mayo de 1944 - que contiene una enumeración de propósitos de la institución, incorporada a la Constitución de la misma- se incluyó una significativa referencia a la seguridad social. Entre las metas que deben alcanzar todas las naciones del mundo -enumeradas en el párrafo III- se incluye el inciso f) que dice: "extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa". Cabe agregar que aunque no se vuelva a usar esta expresión en el documento, en el contenido del mismo se incluyen objetivos encuadrados dentro de los propósitos y objetivos de la seguridad social.

Paralelamente se fueron aprobando una serie de convenios internacionales de trabajo sobre el tema. El más general fue el No. 102, que contiene las normas mínimas sobre seguridad social. Junto con él, deben mencionarse varios otros que encaran la cobertura de ciertos riesgos determinados y que serán explicados cuando se expongan las normas aplicables sobre ellos.

Pero cabe mencionar también, los tratados bilaterales aprobados entre países cuya población intercambia fácilmente su residencia. Por ej. países limítrofes o países unidos por fuertes corrientes migratorias. En ellos se establecen regímenes de reciprocidad para acumular los servicios prestados en ambos países y permitir la percepción desde el territorio de un país de las prestaciones de seguridad social generadas en el otro país.

Con respecto a los convenios colectivos, las normas legales han previsto la posibilidad de que algunos temas sean resueltos o regulados por esta vía. Ello es particularmente aplicable en materia de seguros de enfermedad.

A través de ese camino, se flexibiliza el sistema y se le dota de la posibilidad de un cierto pluralismo que atenúa la rigidez de las normas generales, acercándolas a las características y peculiaridades de cada sector.

Claro que no se trata de una posibilidad irrestricta porque en general sólo puede surgir en el ámbito previsto por la ley y deben respetarse los niveles mínimos de protección que suelen establecer las normas legales como limitaciones a la libertad de las partes.

#### d) INTERPRETACION

20. Todavía no existe una teoría de la interpretación de las normas de la seguridad social. Su novedad, así como la índole de la mayoría de los estudios de esta disciplina, explica esta ausencia.

Creemos entonces, que son aplicables los principios expuestos en relación con las normas de previsión social, ya que las mismas razones que existieran respecto de esas normas subsisten respecto de éstas.

Por eso creemos útil referirnos a un interesante cambio de ideas producido sobre el tema en la Argentina.

Deveali (32) ha señalado que no pueden aplicarse lisa y llanamente las

(32) *La interpretación de las leyes del trabajo* en la revista *Derecho del Trabajo* (T. 8, pág. 161).

soluciones imperantes en el derecho laboral porque las normas de previsión social comprenden no sólo a los trabajadores subordinados, sino también a trabajadores autónomos, a empleadores y a todos los habitantes en general.

Por otra parte, las relaciones previstas por las leyes de previsión social no se producen entre trabajador y empleador, sino entre el instituto y su afiliado.

Desaparece la situación de debilidad obrera frente a la preponderancia patronal que justifica el principio "in dubio pro operario" ¿Deberá volverse, entonces, al principio del derecho tradicional de resolver las dudas en favor del deudor que, en este caso, es el organismo?

Advierte que en este campo están en juego dos principios:

a) Lo que se otorga a un afiliado es algo que se quita a los demás compañeros, que han pagado las contribuciones y que son acreedores de los futuros beneficios.

b) La previsión social ha sido creada principalmente para poner remedio a las necesidades más apremiantes de los trabajadores y por tanto, frustraría su finalidad si dejara sin amparo a los necesitados.

Debe estarse, por consiguiente, a la orientación legislativa. Pero si ella no resulta clara, cabe efectuar una distinción fundamental entre los beneficios destinados a solucionar necesidades urgentes y primarias de los trabajadores y sus familias (asistencia médica, por ejemplo) y aquellos destinados simplemente, a ofrecer comodidades en proporción a los aportes abonados (jubilaciones, por ejemplo).

El conflicto entre el interés del individuo y el del grupo debe resolverse teniendo en cuenta la distinta intensidad. En el primer caso es evidente que el interés individual es más intenso que el del grupo social. Por eso, las dudas deben resolverse a favor del afiliado. En el segundo caso, en cambio, ocurre lo contrario. Por eso, las dudas deben resolverse en favor del instituto de previsión que es el deudor.

Videla Morón (33) discrepa con la última conclusión sosteniendo que en todos los casos, las dudas deben resolverse a favor del afiliado.

Cree que el desarrollo de Devesali se basa en dos errores graves: 1) Hallar sufragada la protección concedida a un afiliado con lo quitado a los otros afiliados, quienes serían acreedores de futuras prestaciones. El trabajador no tiene la propiedad de sus aportes. Por otra parte, el fondo se forma con muy diversas contribuciones. 2) Revestir los beneficios jubilatorios el carácter de retribución proporcional a los aportes abonados. En realidad, la principal contribución del afiliado no es su aporte, sino su trabajo.

Por lo demás, el Estado busca por medio de la previsión social mantener a cada trabajador en el mismo nivel de vida que poseía mientras trabajaba; de modo que no se trata de comodidades, sino de alcanzar o no los fines de la previsión social.

A su vez Goñi Moreno (34) tercia en la polémica sosteniendo que no de-

(33) *Interpretación de las leyes de previsión social* en la revista *Derecho del Trabajo* (T. 8, pág. 273 y 330).

(34) *¿Cómo interpretar las leyes de previsión social?* en la revista "La Ley" (T. 52; pág. 974).



be preferirse sistemáticamente la interpretación más favorable a uno o a otra parte; sino que debe estarse a la finalidad de la ley.

Sin perjuicio de reconocer la sensatez de la observación de Goñi Moreno, cumple señalar que la posición de Videla Morón parece estar más de acuerdo con la concepción actual de la seguridad social (35).

---

(35) Conforme también lo expuesto infra, Capítulo II, I No. 2.6 y II No. 5.5 y 6.