

La constitucionalización de la seguridad social en el siglo XXI¹

Domingo A. Gil²

Recibido: 2 de abril de 2024– Aceptado: 8 de abril de 2024

I. Introducción

Ante el temor al auge del socialismo, el 17 de noviembre de 1881 el emperador alemán Guillermo I alegó ante el Parlamento de su país: «La curación de los males sociales no ha de buscarse exclusivamente por el camino de la represión de las actividades socialdemócratas, sino simultáneamente por el estímulo positivo en bien de los trabajadores». Esa idea explica el hecho de que, a partir de entonces, el canciller Otto Bismarck, contraviniendo los postulados del liberalismo y favoreciendo el intervencionismo de Estado, impulsara una profunda reforma social que desembocó en las primeras leyes sobre el seguro social, en favor de los trabajadores asalariados: una ley sobre el seguro de enfermedad (de 15 de junio de 1883), una ley sobre los accidentes de trabajo (de 6 de julio de 1884) y una ley de invalidez y vejez (de 22 de junio de 1889). Sobre la base de lo así planteado y a la luz de la situación que vivía Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, Jean-Jacques Dupeyroux sostiene que el nacimiento del seguro social 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 del socialismo, que llevó a doce diputados socialistas 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 sido adoptadas algunas medidas relativas al seguro obligatorio)³.

Décadas más tarde, los mexicanos, bajo el influjo de las ideas de la revolución de 1910, elevaron a rango constitucional la protección social mediante el artículo 123 de la Constitución de Querétaro, proclamada el 5 de febrero de 1917. Fue ese texto 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.

¹ Ponencia presentada en el Seminario «A 30 años del Código de Trabajo: el derecho laboral en el primer cuarto del siglo XXI», organizado por la Escuela de Derecho del Campus de Santiago y celebrado el 28 de octubre de 2023 en el auditorio de Ciencias de la Salud del Campus de Santiago.

² Doctor en Derecho Social, *mención très honorable avec éloge spécial du jury* (Universidad de Estrasburgo, Francia), especialidad en Derecho Judicial (Escuela Nacional de la Judicatura), maestría en Protección de los Derechos Humanos (Universidad de Alcalá de Henares, España), licenciado en Derecho (*cum laude*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM); máster en Derecho Constitucional (título dual por la PUCMM y Universidad de Castilla-La Mancha –UCLM–, España). Actualmente funge como magistrado del Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Correo electrónico: domingo.gil@tc.gob.do

³ Jean-Jacques Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, décima primera edición, Dalloz, París, 1988, págs. 39 y 40.

Nació así la *constitucionalización de la seguridad social*, entendida como el proceso mediante el cual la Constitución impregna con su contenido normativo todo el ordenamiento jurídico del Estado; fenómeno que se acentuó con las constituciones soviéticas posrevolucionarias de 1918 y 1936, y la Constitución de Weimar, de 1919, cuyo artículo 161 disponía: «Para atender a la conservación de la salud y de la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida, el Imperio creará un amplio sistema de seguros, con el concurso efectivo de los interesados».

En nuestro país ese paso se dio con la Constitución de 1.º de diciembre de 1955, la primera que concibió la *seguridad social* como un derecho constitucional, aunque fue la Constitución de 1942 la primera Norma Sustantiva nuestra en emplear el término *seguros sociales*. Con esas normas sustantivas se inició en nuestro país un proceso que parece haberse reforzado con el tiempo, el cual es merecedor de estudio, no sólo como proceso histórico (I), sino, sobre todo, como realidad social y jurídica (II), a fin de verificar si las disposiciones constitucionales sobre la materia, entendidas como mandatos de optimización, se han materializado o se han quedado en la mera letra de la Constitución, sin concreción real alguna, como negando el proceso mismo, si partimos del criterio de que la verdadera *constitucionalización del derecho* sólo fue posible –como afirmaba Favoreu– cuando las normas constitucionales «empezaron a explorar

los yacimientos de reglas susceptibles de ser aplicadas a los individuos o usadas por ellos»⁴, y que, además, eso sólo se produce «en los países donde funciona un sistema de justicia constitucional»⁵.

II. El proceso histórico de la constitucionalización de la seguridad social en República Dominicana

Es necesario señalar, de inicio, que en República Dominicana la seguridad social entró de la mano de una norma adjetiva, en 1932, con la ley 352, sobre accidentes de trabajo, y que 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.

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

4 Louis Joseph Favoreu, «La constitucionalización del derecho», *Revista de derecho*, volumen XII, p. 34. (Recuperado a partir de <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2866>, el 4 de octubre de 2023).

5 *Ibid.*, p. 33.

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. Eso se verificaría unos años más tardes. Hasta ese año, pues, no fue sino la norma adjetiva la 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 1376⁶, 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, aunque con ciertos límites, los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. Esta ley fue sustituida por la 1896, del 30 de diciembre de 1948, con el mismo ámbito 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 económica⁷) fueron aplicadas hasta la puesta en vigor de la ley 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social, del 9 de mayo de 2001. Esta norma, a diferencia de las anteriores leyes generales sobre regímenes de seguridad social, entró en vigencia –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 1.º 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, disponía 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...». Esa finalidad se garantizaba –según ese texto– mediante un conjunto de prerrogativas (es decir, de derechos humanos, conforme al título del

6 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 manea 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.

7 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 en cuanto a los riesgos cubiertos, lo que quiere decir que no ha existido en el país un régimen general básico común que proteja 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 protección a la salud y de jubilación por vejez o incapacidad, 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.

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, más adelante, el acápite 15 de ese mismo artículo disponía: «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 acápite 15 hay que señalar, no obstante, que no hacía referencia expresa a la seguridad social como derecho fundamental, además de que esta estaba limitadamente referida a la protección concreta contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez como meta a ser progresivamente alcanzada.

Lo dicho pone de manifiesto la falta de precisión y la confusión que arrastró consigo la Constitución de 1955, en lo atinente al concepto mismo de seguridad social y al campo de aplicación de la protección social. Sin embargo, esa norma sustantiva tuvo la virtud de ser la primera Constitución dominicana que incluyó la seguridad social como institución de protección contra riesgos sociales, adosada, así, a las prerrogativas derivadas de la dignidad de las personas. Se abrió así la puerta de la *constitucionalización de la protección social como sistema* en República Dominicana, aunque con los límites señalados.

Estas disposiciones se mantuvieron inalteradas en las reformas constitucionales de 1.º 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.

La Constitución de 1963, considerada como la primera constitución social de República Dominicana, hacía mención, en su artículo 16, del derecho a los seguros sociales como derecho de rango constitucional 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 el derecho a los seguros sociales dentro de las prerrogativas fundamentales previstas por el artículo 8, consignado en la sección I del título II de esa norma, relativa a los derechos que la Asamblea Revisora denominó como «individuales y sociales».

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

El cambio significativo se produjo con la reforma constitucional del 26 de enero de 2010⁸. En ese estatuto se hace referencia expresa, por primera vez en un texto constitucional dominicano, al

8 Obvio cualquier consideración sobre la reforma constitucional de 2015, ya que esta no introdujo ninguna modificación en esta materia.

derecho a la *seguridad social*, reconociéndolo, así, como derecho fundamental, pues –ha de recordarse– la reforma de 1955 sólo consignó 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 esa denominación expresa. 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 República Dominicana.

A este texto general sobre la materia 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, 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. Esa orientación es menos acentuada aún con relación a las personas con discapacidad, conforme a los que dispone respecto de ellas el artículo 58 constitucional⁹, texto que no parece estar referido a la seguridad social, sino a las medidas relativas a la promoción e inserción general a la sociedad de las personas con discapacidad.

El artículo 60 de la Constitución responde a una concepción más amplia de la seguridad social, vista ya como un sistema (integral) de protección contra las contingencias sociales, paso que ya se había dado (aparentemente) mediante una norma adjetiva, la ley 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social. Es preciso

9 El artículo 58 de la Constitución dispone: «Protección a las personas con discapacidad. El Estado promoverá, protegerá y asegurará el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, así como el ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades. El estado adoptará las medidas positivas para propiciar su integración familiar, comunitaria, social, laboral, económica, cultural y política».

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.

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 los artículos 74.1 y 74.3 de la Constitución.

El primero de esos textos prescribe, 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 del 13 de junio de 1924, permite que a nuestro ordenamiento jurídico ingresen, como parte suya, 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 la doctrina 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.

El segundo de esos textos, el artículo 74.3 constitucional, otorga jerarquía constitucional a los tratados, convenios y pactos relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado dominicano, lo que incluye los relativos a la seguridad social, pues tienen ese carácter o naturaleza, de conformidad con el artículo 60 de la propia Constitución.

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;

10 Esto se aprecia mediante el simple hecho de que la ley 87-01 no derogó (inicialmente) 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.

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».

los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948¹², y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1969¹³, así como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) números 102, de 1952, sobre la seguridad social (norma mínima), y 128, de 1967, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. 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 las otras normas de rango constitucional, el llamado bloque de constitucionalidad, especie de constitución 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.

III. La otra realidad: de la Constitución a la regulación adjetiva

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).

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

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 (vide SCJ, 24 de febrero de 1999).

15 En su sentencia TC/0203/13, 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».

o modificación requieren el voto favorable de las dos terceras partes de los legisladores presentes en ambas cámaras cuando a ello se proceda.

Esa 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, los principios de razonabilidad, de proporcionalidad o 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 ha de conducir a su expulsión del ordenamiento jurídico. 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 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, conforme al mandato de ese artículo 185. Además, el artículo 277 de la Constitución confiere al Tribunal Constitucional la atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las decisiones de carácter jurisdiccional. Ese ejercicio es regulado por la ley 137-11, norma orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales.

B. La realidad en la normativa

Recordemos que, debido a una falta de comprensión del asunto, el proceso de la constitucionalización formal y expresa de la seguridad social comenzó en República Dominicana con la Constitución de 1955, no con la de 1942 (por la falta de comprensión del régimen del seguro social). Ese proceso es, por tanto, posterior a la primera norma sobre la materia, la ley 352, sobre accidentes de trabajo.

Tengamos presente, además, que la actual ley marco, la 87-01, sobre el sistema dominicano

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 en materia de amparo por los artículos 65 y siguientes de la ley 137-11. Me sumo a los que han sostenido esta última posición, como lo evidencio en los votos particulares que he presentado en los casos en que este tema ha sido abordado por el Tribunal Constitucional, con sustento, de manera principal, en lo dispuesto, de manera específica para el control, por los artículos 51, párrafo, y 53.1 de la ley 137-11 y para el control, en general, de la constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales por los artículos 277 de la Constitución y 53 y siguientes de la ley 137-11. Lo contrario sería absurdo, pues conduciría a impedir que el Tribunal Constitucional pueda ejercer el control de constitucionalidad sobre ese aspecto de las decisiones jurisdiccionales, contraviniendo así el citado artículo 277.

de seguridad social, es anterior a la actual Constitución y, por tanto, a la concepción que, sobre la seguridad social, como sistema de protección fundamental, trajo consigo la reforma constitucional de 2010.

Creo que estos dos hechos han provocado una distorsión en la regulación de la seguridad social mediante nuestra legislación adjetiva, que es, en realidad, la que regula este derecho y el que se invoca en el día a día.

El estudio de la ley 87-01 nos lleva a la triste conclusión que se desdobra en la siguiente realidad:

- a. En primer lugar, esa ley no responde a la voluntad del constituyente dominicano de que «toda persona» tenga un derecho a la seguridad social, pues la ley establece el muy cuestionado sistema de capitalización individual, el cual funciona como un seguro privado, con el agravante de que se trata –como ha afirmado una de las voces más autorizadas de la doctrina dominicana¹⁷ – de un *negocio asegurado*, pues el seguro es obligatorio: tienen que estar asegurados todos los que pueden pagar, que son los trabajadores asalariados. Con el inconveniente que conlleva todo servicio comercializado: la rentabilidad procurada por quien vende el producto en perjuicio de quien lo compra. Esto explica, por ejemplo, la

renuencia y los muchos «peros» de las ARS, por ejemplo, para pagar gastos médicos cubiertos o de las AFP para pagar pensiones por discapacidad, para citar dos casos que viven y sufren cotidianamente los asegurados.

Ello significa que sólo está asegurado quien puede pagar, privando así a la seguridad de su esencia de *servicio público*, cimentado sobre los principios de *universalidad y de solidaridad*, como base esencial de redistribución de los ingresos o de redistribución de las rentas, como afirmó Francisco De Ferrari¹⁸.

Ese negocio se evidencia en la inmensa fortuna que, sobre la base de la especulación que deja la venta de un servicio, han amasado las aseguradoras (las AFP y las ARS), pese a que, en realidad, funcionan como meros intermediarios y para quienes los asegurados son puros clientes. Para muestra un botón: entre los años 2013 y 2018 los beneficios de las AFP llegaron a la astronómica cifra de RD\$33 879 108 935 (es decir, US\$685 387 370 a la tasa de ese entonces)¹⁹. En cuanto a las ARS: en los años 2017 y 2018 estas obtuvieron beneficios que alcanzaron las sumas de más RD\$1853.5 millones y RD\$1871.6 millones, respectivamente. Estas cifras han seguido en constante aumento. Esos beneficios provienen de la enorme cantidad de ingresos de la seguridad social por concepto de cotizaciones. Por ejemplo: entre enero y julio

17 Rafael Albuquerque, citado por Matías Bosch Carcuro y Airon Fernández Gil, *El negocio seguro a la seguridad social*, Fundación Juan Bosch, Santo Domingo, 2019, pág. 63.

18 Francisco De Ferrari sostuvo –recordando, quizás, las razones políticas que dieron origen al seguro social– que los sectores más pudientes de la sociedad no acaban de comprender que la transferencia de ingresos mediante la seguridad social puede tener un «alto valor político», ya que, si ella es realizada de manera oportuna y mesurada, representará la salvación de la civilización occidental, al servir de catalizador de las inquietudes sociales (*vide* Francisco De Ferrari, *Los principios de la seguridad social*, segunda edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1982, pág. 121).

19 Sobre la base de esos enormes beneficios, en un país de pobres, Matías Bosch Carcuro y Airon Fernández Gil calificaron el sistema de pensiones dominicano como «el asalto del siglo» (Matías Bosch Carcuro y Airon Fernández Gil, op. cit., pág. 91).

de este año, 2023, la Tesorería de la Seguridad Social recaudó RD\$107 247 099 438.90. Otro dato que tomo como ejemplo para poner de manifiesto lo apetezible que es ese *negocio asegurado*: el pasado mes de julio de este año, 2023, la masa salarial cotizante ascendió a la asombrosa suma de RD\$73 815 212 130.30, sobre un salario mensual promedio de RD\$32 918.80.

A ello se suma la cuestionable labor del Consejo Nacional de Seguridad Social, quien, en lugar de revertir las cosas, no ha hecho más que contribuir al fomento de ese lucrativo y rentable negocio. Esto se pone de manifiesto en el dictado de resoluciones contrarias a la cuestionada ley 87-01, como ocurrió con las resoluciones 186-01 (de 1 de agosto de 2006), 268-06 (de 24 de julio de 2008) y 369-02 (de 23 de abril de 2015), como veremos brevemente más adelante²⁰.

- b. La otra cara de este modelo mercantilista es que al Estado se le asigna lo sobrante²¹, subsidiar lo no rentable, lo que no es negocio. Esto no sólo tiene el inconveniente de convertir un derecho en caridad pública en favor de los que no pueden pagar y están excluidos del sistema (como se ha evidenciado durante la pandemia del covid-19 en los países arrojados por este modelo), sino que, además, se presta para favorecer la demagogia politiquera, el asistencialismo improductivo, la mendicidad parasitaria de los marginados y la desigualdad entre los que pueden pagar (o están obligados a pagar de sus muchos o escasos ingresos) y los que no pueden pagar.

Es esto lo que explica la necesidad de tutelar los derechos a la seguridad social por la vía jurisdiccional, procurando reducir el déficit legal, es decir, el desfase entre la Constitución y la norma adjetiva y, sobre todo, para tratar de enderezar la ruta ocasionalmente torcida por entidades creadas por la ley 87-01, las cuales, contraviniendo el principio de separación de los poderes, se han arrogado atribuciones propias del legislador mediante la emisión de resoluciones o ejecutando actos contrarios a la ley y, consecuentemente, a la Constitución. Varias decisiones de los tribunales judiciales y del Tribunal Constitucional así lo ponen de manifiesto. Para muestra de esto, haré referencia a dos casos emblemáticos de la justicia constitucional u ordinaria de República Dominicana.

El primero de ellos tiene ver con las resoluciones 186-01 y 268-06, mediante las cuales la Superintendencia de Pensiones (SIPEN) aprobó el contrato de discapacidad y sobrevivencia suscrito entre las AFP y las compañías aseguradoras, violatorio del artículo 51 de la ley 87-01. Este hecho generó una acción de amparo de una señora que se consideró perjudicada en sus derechos a una pensión por sobrevivencia; acción que tuvo como resultado la sentencia núm. 00107-2015, dictada en fecha 24 de marzo de 2015 por la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo, órgano judicial que «dejó sin efecto» dichas resoluciones en lo concerniente a la edad fijada para el beneficio de dicha pensión, sobre la base de la violación del indicado artículo 51. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Constitucional mediante su sentencia TC/0405, de 1.º de

20 Véase, en este sentido, la mordaz crítica a la labor del Consejo Nacional de la Seguridad Social en Namphi Rodríguez y Belén Félix, *Inconstitucionalidad de la Actividad Reglamentaria del Consejo Nacional de la Seguridad Social (CNSS)*, Fundación Prensa & Derecho, Santo Domingo, 2014.

21 Vide Allard *et al.*, en Bosch Carcuro y Fernández Gil, *ibid.*, pág. 28.

octubre de 2019, mediante la cual este órgano constitucional juzgó que «el juez a quo pudo verificar que, en efecto, mediante las referidas resoluciones el SIPEN había desconocido los textos constitucionales invocados por él (específicamente los artículos 38, 57 y 60) y el artículo 51 de la citada ley, razón por la cual declaró sin efecto (es decir, en sentido real, declaró inaplicables), a los fines del presente caso, dichas resoluciones, haciendo uso de las facultades que reconoce a los jueces del orden judicial el artículo 188 de la Constitución».

El otro caso se refiere a una acción de amparo incoada por una señora a la que le fue suspendido el pago de una pensión de discapacidad por haber llegado a la edad de 60 años. La compañía aseguradora no sólo suspendió el pago de la pensión hasta que la señora cumpliera con determinados trámites, sino que pretendía sustituir la pensión por discapacidad por una pensión por vejez, cuyo monto era varias veces inferior a la primera. Mediante su sentencia TC/0051/20, de 17 de febrero de 2020, el Tribunal Constitucional no sólo ordenó el pago de los valores dejados de pagar durante la suspensión, sino que, además, ordenó que dicha señora siguiese disfrutando de la pensión por discapacidad, de un monto mayor, sobre la base de que «la mencionada señora tiene una doble condición: la discapacidad y la vejez. Ambas condiciones le dan derecho a una pensión, situación en la cual ella debe tener derecho a ser beneficiada por el principio de la condición más favorable, propio del derecho laboral o por el principio de favorabilidad previsto en el artículo 7.8 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales. Siendo así, a ella le corresponde la pensión de mayor monto».

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.

IV. Conclusión

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.

El fenómeno de la constitucionalización de la seguridad social viene determinado no sólo por lo dispuesto en la *Constitución formal* nuestra, sino, más allá, en la *Constitución material*, conformada, gracias al mandato de los artículos 74.1 y 74.3 de nuestra 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 esos textos, conformando así el llamado *bloque de constitucionalidad*.

Creo que ese proceso de *constitucionalización del derecho a la seguridad social* alcanzó su punto más elevado con la Constitución de 2010, bajo cuya luz la ley 87-01 se muestra como constitucionalmente cuestionada, por su evidente carácter mercantilista, apartado de los postulados en que descansa el artículo 60 de nuestra Ley Fundamental.

Dado lo anteriormente descrito, no quiero quedarme en la mera crítica del sistema, sino que quiero hacer, a modo de conclusión, algunas sugerencias muy puntuales.

En primer lugar, creo que los órganos jurisdiccionales del país, sobre todo el Tribunal Constitucional, están llamados a ejercer, como buenos jueces pretorianos y eficientes guardianes de la Constitución, una labor de control y de adecuación constitucional de las leyes 379, 87-01 y cualquier otra sobre la materia²² al propósito del Constituyente, consolidando y fortaleciendo los criterios jurisprudenciales más avanzados en ese sentido, como lo dejó bien establecido nuestro órgano constitucional, por ejemplo, en sus sentencias TC/0203/13, TC/0375/16, TC/0405/19, TC/0501/19 y TC/0051/20, entre otras. Esta es la mejor manera que tienen los órganos de impartir justicia, de hacer honor a su labor, para 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.

En segundo lugar, creo que es necesario desoír las voces que santifican el sistema, quienes, además de concebir la seguridad social como un negocio, no como un servicio público, no entienden que los fondos de pensiones no son cajas de ahorro ni fondos de inversiones²³. Por eso, aunque se crea que clamo en el desierto,

hay que hacer caso a los estudios serios que piensan en los trabajadores que cotizan, no en los dueños del negocio²⁴. Por eso no descarto que en el futuro haya necesidad de volver al sistema de reparto, sobre todo cuando «descubramos», llegado el momento, el monto irrisorio de las pensiones del cantaleteado sistema de capitalización individual.

Quizás un punto intermedio sea aquel en que existan dos regímenes básicos generales de seguridad social (uno para el sector público y otro para el sector privado), que funcionen dentro del sistema de reparto, con carácter de orden público y obligatorio, a los que se sumen regímenes complementarios administrados por el sector privado (tal como funcionan las AFP y las ARS en la actualidad), de carácter convencional y voluntario, tal como funcionan estos regímenes en los países desarrollados para sindicatos y asociaciones mutualistas, por ejemplo. Se trataría de un sistema mixto, compuesto por un *régimen básico de reparto* (de carácter obligatorio y de orden público), que cubra entre el 60 % y el 70 % de los riesgos sociales, y un *régimen complementario* (de carácter privado, voluntario y convencional), que cubra entre un 20 % y un 30 %, con un margen moderador (un *ticket moderador*) de un 10 %, aproximadamente, del costo del riesgo cubierto, cuyo pago recaiga sobre los beneficiarios.

A ello agregaría un *fondo de pensiones garantizado*, subsidiado por empleadores,

22 Véase, además, de las citadas, las leyes sobre regímenes particulares de trabajadores privados y del Estado, como, por ejemplo, las viejas leyes 82 (modificada), sobre el seguro de vida, cesantía e invalidez de los funcionarios y empleados públicos, y 6-86, que crea un fondo para servicios sociales, pensiones y jubilaciones para los trabajadores sindicalizados de la construcción y ramas afines. A esa lista hay que agregar, obviamente, las leyes de importancia más recientes en la materia, la 397-19 y la 13-20.

23 Vide al respecto Nicholas Barr *et al.*, *Prosperidad y pensiones. Reflexiones y perspectivas tras 20 años de la reforma de pensiones en la República Dominicana*, Asociación Dominicana de Administradoras de Fondos de Pensiones, Santo Domingo, 2022.

24 Vide Ciriaco Cruz, Matías Bosch Carcuero y Francisco Tavárez (coordinadores), *Análisis y propuesta de un sistema de pensiones por vejez justo y sostenible como alternativa a las AFP en República Dominicana*, Fundación Sol, Fundación Juan Bosch, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UASD y Seguridad Social Digna, Santo Domingo, 2023.

trabajadores y el Estado, para garantizar el pago de las pensiones de aquellos empleadores que se sustraigan a la ley y al consecuente pago de las cotizaciones sociales, que supere las deficiencias que en ese sentido conlleva la aplicación del artículo 728 del Código de Trabajo y todas las leyes sobre seguridad social en el país.

Sólo así podríamos hablar de verdadera constitucionalización de la seguridad social en República Dominicana. De lo contrario, la Constitución sería considerada, en esta materia, como mera hoja de papel, en el sentido afirmado por Ferdinand Lasalle²⁵.

Referencias

- Barr, Nicholas et al., *Prosperidad y pensiones. Reflexiones y perspectivas tras 20 años de la reforma de pensiones en la República Dominicana*, Asociación Dominicana de Administradoras de Fondos de Pensiones, Santo Domingo, 2022.
- Bosch Carcuro, Matías y Airon Fernández Gil, *Del negocio seguro a la seguridad social*, Fundación Juan Bosch, Santo Domingo, 2019.
- De Ferrari, Francisco, *Los principios de la seguridad social*, segunda edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1982.
- Cruz, Ciriaco, Matías Bosch Carcuro y Francisco Tavárez (coordinadores), *Análisis y propuesta de un sistema de pensiones por vejez justo y sostenible como alternativa a las AFP en República Dominicana*, Fundación Sol, Fundación Juan Bosch, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UASD y Seguridad Social Digna, Santo Domingo, 2023.
- Dupeyroux, Jean-Jacques, *Droit de la sécurité sociale*, décima segunda edición, Dalloz, París, 1988.
- Favoreu, Louis Joseph, “La constitucionalización del derecho”, *Revista de derecho*, volumen XII, p. 34. (Recuperado a partir de <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2866>, el 4 de octubre de 2023).
- Gil, Domingo, “La teoría de los derechos implícitos”, *Anuario 2015*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 2016.
- Herrera Borna, 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.
- Pegoraro, Lucio, “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, *Revista dominicana de derecho constitucional*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, número 1, diciembre de 2018.
- Rodríguez, Namphi y Belén Félix, *Inconstitucionalidad de la Actividad Reglamentaria del Consejo Nacional de la Seguridad Social (CNSS)*, Fundación Prensa & Derecho, Santo Domingo, 2014.

25 Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una constitución?*, Panamericana Editorial, séptima reimpresión de la primera edición, Bogotá, 2004.