

# *I. ¿Un nuevo derecho?*

---

1. La literatura jurídica revela, básicamente, dos usos de la expresión “derecho de la seguridad social”.

Algunos afirman que designa ciertas normas, algún “producto” de la actividad de los órganos facultados para crear derecho. Este uso es propiciado por la existencia de “códigos de seguridad social”.

Se dice que el “código de seguridad social” es el conjunto de las normas de seguridad social del derecho positivo. Dicho código permitiría referirse a un “derecho de la seguridad social”. Pero si el código no es pura recopilación, el estudioso se empeñará en descubrir cuál ha sido el criterio del legislador para ordenar los textos, lo que constituiría un auxiliar en la determinación de las características de las normas “de seguridad social” del derecho positivo, objeto de su investigación.

La codificación, se ha dicho, revela e impulsa el interés por los problemas de clasificación y sistematización del derecho vigente; pero no siempre es posible referirse a una codificación de la seguridad social, y aun cuando dicho código se ofrezca frecuentemente, ocurre que su ámbito de aplicación no se distingue satisfactoriamente del ámbito del “código del trabajo”. Así, en los “sistemas de seguridad social” de corte bismarckiano, los sujetos protegidos son los trabajadores a quienes se garantiza su ingreso: las prestaciones de seguridad social se conciben como remuneración indirecta del trabajo y el supuesto de aplicación del régimen asegurativo en el contrato de trabajo o la prestación del servicio.

La dificultad expuesta nos remite a otro uso de la expresión: “derecho de la seguridad social” designa cierta sistematización o clasificación del derecho vigente. “Derecho de la seguridad social” se utiliza como una de las “divisiones” que, sobre el material normativo, efectúa no el legislador, sino el científico del derecho, con objeto de facilitar su estudio.

Los que utilizan así la expresión pretenden que hay criterios que autorizan distinguir normas de seguridad social en el conjunto del derecho positivo; algunos sostienen que dichas normas tienen tal “sustantividad”, que es conveniente describirlas mediante una disciplina “autónoma”.

El uso de la expresión indicada supone que la clasificación y sistematización permitirán describir ciertas normas sin recurrir a otras sistematizaciones, conocidas como “derecho del trabajo” y “derecho administrativo”, principalmente. Si éstas son útiles para describir las normas que se intenta agrupar bajo “derecho de la seguridad social”, esta última clasificación es superflua, pues el camino para

describir esas normas estaría ya trazado. Algunos han colocado este planteamiento bajo el rubro “El derecho de la seguridad social como disciplina jurídica autónoma.”

2. El uso advertido en la sección 1 se presenta de las maneras siguientes: derecho de la seguridad social designa el “modo de satisfacer las necesidades de los individuos [...] cuando, producidos ciertos eventos, no pueden éstos subvenirlos por sí mismos.”

El autor insistirá en el uso de la expresión como si designara un “ordenamiento regulador de la realidad social”. El mismo uso se advierte en el siguiente contexto: “El derecho de la seguridad social actúa a través de un cuerpo social [...]”, o cuando se dice que “el derecho de la seguridad social se concibe como instrumento para el logro de los fines de la política social”. El uso de la expresión se justifica aclarando que la (política de) seguridad social queda

referida al derecho, toda vez que al estructurar las medidas de previsión o seguridad lo hace de modo social, o sea estableciendo las *normas* por las que unos hombres asumen el compromiso de una cierta conducta que ha de garantizar a otros su seguridad económica para el futuro; y en forma jurídica, por cuanto esas normas corresponden al sistema regulador propio de la sociedad total coactiva.

El uso de la expresión apuntada podría revelar la preocupación por afirmar la existencia de un grupo de normas que se conciben como “derecho especial”. Esta última expresión se utiliza al explicar la génesis de algunas normas que vienen a subsanar una política vuelta insatisfactoria, inadecuada, respecto a un grupo de problemas de un sector social dado.

En esta dirección pueden orientarse, por ejemplo, el uso de la expresión “derecho del trabajo” como conjunto de normas que regulan la prestación del trabajo por cuenta ajena, y la explicación genético-política de las normas laborales cuando se afirma que pretenden “solucionar la crisis social posterior a la Revolución Industrial”.

3. Según lo advertido en la sección 1, la expresión se utiliza para el planteamiento del “problema” de una disciplina jurídica autónoma. Así, Alonso Olea utiliza “derecho de la seguridad social” para designar al que “tiene por objeto normativo el conjunto integrado de medidas de ordenación estatal, para la prevención y remedio de riesgos sociales de concreción individual económicamente valuales [...] y el cuerpo de doctrina jurídica elaborado en torno al mismo.”

El autor ha advertido este uso de la expresión al preguntar si “la seguridad social (conjunto de medidas de ordenación estatal) tiene entidad bastante para prestar su base a una disciplina jurídica autónoma”. En la misma dirección, Mesa Lago pretende la “autonomía del derecho de la seguridad social”, y admite también su uso en el sentido apuntado al ensayar criterios confusos para admitir tal autonomía (“entre otros el de vastedad o extensión de la materia, tanto de la legislación como de la *doctrina*”): Etala se pronuncia por la autonomía del derecho de la seguridad social afirmando que “debe merecer un estudio distinto al del derecho del trabajo... en la dogmática o sistemática jurídica”.

Dupeyroux utiliza también la expresión al inquirir sobre la posibilidad de una “disciplina autónoma”.

El uso de esta última expresión parece indicar una preocupación diversa de la apuntada en la sección I.

Aquí se pretende encontrar un camino para exponer el derecho vigente. “Derecho de la seguridad social” designaría así el resultado de una clasificación y sistematización particular que permitiera describir un sector del derecho vigente. “Derecho de la seguridad social” significaría el resultado de la aplicación de reglas mediante las cuales pudieran identificarse normas “de seguridad social”. Esas reglas integrarían una disciplina particular dedicada a exponer el derecho vigente.

Dupeyroux admite este uso de la expresión cuando sea posible establecer las reglas según las cuales ciertas normas pueden ser identificadas como de “seguridad social”. Si la noción de sistema de seguridad correspondiera a la organización de una redistribución financiera destinada a garantizar la seguridad económica de ciertas personas, “derecho de la seguridad social” designaría a la sistematización de las normas que operan esa redistribución, siempre y cuando dicha redistribución obedeciera a mecanismos específicos que permitieran identificar ciertas normas como “de seguridad social”, las cuales vendrían a constituir la forma en que opera dicha redistribución. Almansa Pastor admite también este uso

Si entendemos por *sistema* el conjunto de materias vinculadas recíprocamente entre sí, y ordenado por y para un determinado objetivo, y si las materias aludidas están integradas por relaciones jurídicas, podemos concebir el ordenamiento de previsión o de seguridad social como sistema jurídico. Para ello basta pensar y, a la vez, es necesario pensar:

- que los instrumentos protectores no son independientes entre sí, sino que presentan un trasfondo común que los aproxima;
- que la perspectiva idónea de estudio del sistema es la de las relaciones jurídicas a que dan lugar estos instrumentos de protección, en tanto la reiteración de notas comunes en las relaciones concretas permiten abstraer y modelar relaciones jurídicas típicas;
- que entre estas relaciones jurídicas abstractas hay una vinculación y conexión interna, en tanto participantes de un todo complejo;
- y que el nexo que cohesiona a tales relaciones como partes del todo, está constituido por un objetivo común perseguido, la protección de la necesidad, y por un principio, fundamento e inspiración de tales relaciones, la solidaridad;

4. Como se ha advertido, uno de los usos de la expresión lleva a determinar que las llamadas normas de seguridad social no deben integrar las clasificaciones conocidas como “derecho del trabajo” y “derecho administrativo”, principalmente. Por otro lado, es oportuno recordar que Dupeyroux demostró que la identificación de las normas “de seguridad social” fracasa porque ésta remite a todas las actividades del *welfare state*; casi la totalidad de las normas que constituyen el derecho positivo serían el objeto que debería describir el “derecho de la seguridad social”. La clasificación y sistematización así intentada no sería útil al no lograr

dividir el estudio del derecho de manera conveniente. Cordini ha señalado que el hecho de admitir que la seguridad social debe proteger frente a *todas* las causas de inseguridad a fin de lograr el bienestar social, “imposibilita construir sistemáticamente una disciplina”. Coincide con Dupeyroux en la objeción de identificar la seguridad social con un postulado básico de la política social (bienestar social por la cooperación).

Para algunos, las normas de “seguridad social” deben ser clasificadas bajo el rubro de “derecho del trabajo”, porque carecen de sentido en sí y no son explicables por sí mismas. Así piensa Alonso Olea, para quien “las normas de seguridad social no son inteligibles con claridad ni forman un sistema (‘derecho de la seguridad social’) sin las referencias que ‘al regular el contrato de trabajo’ dan la noción de éste, del trabajador, del empresario, del salario, de interrupción en la percepción de éste, etcétera”. El autor debe entonces examinar la posibilidad de que las llamadas normas de seguridad social tengan “entidad bastante” para prestar su base a una disciplina “autónoma”, pronunciándose por la negativa.

Así también opina Alonso García, para quien la sistematización y clasificación de las llamadas normas de seguridad social caben en la clasificación más amplia conocida como “derecho del trabajo”, porque “la protección que brindan ellas encuentra su base en la existencia del contrato de trabajo; el describir la norma de seguridad social requiere necesariamente recurrir a la clasificación y sistematización conocida como ‘derecho del Trabajo’ ”.

“Derecho de la seguridad social” es utilizado por Borrajo Dacruz para designar uno de los grupos de normas que pueden clasificarse como “derecho del trabajo”. La descripción de las normas “de seguridad social” requiere las nociones de salario, incapacidad, trabajador, patrono, sistematizadas por el llamado “derecho del trabajo”. Son los sujetos del derecho del trabajo, relacionados entre sí a causa de la prestación de servicios profesionales, quienes atienden a la cobertura de ciertos eventos dañosos (cargas familiares, paro forzoso o desempleo, invalidez) a través de un grupo de normas que deben clasificarse bajo “derecho del trabajo”.

Si las normas de seguridad social se entienden como aquellas que previenen la ausencia total o parcial del ingreso, “derecho de la seguridad social” designaría uno de los apartados que comprende la expresión “derecho del trabajo”, ya que esta última clasificación debe integrarse no sólo con las normas que reglamentan la “actividad” laboral, sino también con aquellas que lo hacen respecto del “receso” laboral.

La expresión “derecho de la seguridad social”, cuando designa el resultado de cierta sistematización de las normas, resultaría superflua si el grupo de normas por describir quedara clasificado en la “disciplina” conocida como “derecho administrativo”.

Así lo han sostenido algunos al entender que las “normas de seguridad social” son aquellas que establecen ciertos “mecanismos de cobertura”, cuya gestión, como quería Beveridge, está confiada a la administración para satisfacer una necesidad pública. Dichos mecanismos pertenecen a la categoría de “servicio público”, y aquellas normas pueden describirse utilizando esta categoría, clasificándolas así bajo “derecho administrativo”.

5. El doble uso de la expresión “derecho de la seguridad social” nos remite a ciertos problemas de la teoría del derecho, que no podemos sino enunciar. Desde luego, advertimos con Kelsen la confusión entre norma jurídica y proposición jurídica; la expresión se usa como si designara normas de seguridad social, o como el nombre de un “conjunto” de proposiciones sobre normas. La confusión advertida se vuelve evidente cuando se afirma que la “seguridad social” constituye una disciplina cuyo fin consiste en cubrir las contingencias sociales.

De ahí que la expresión se utilice también para designar la sistematización del material normativo realizada por el técnico o científico del derecho, esto es, se pretende que las normas sean sistematizadas como “derecho de la seguridad social” en el discurso científico sobre el derecho, ya que las normas no necesitan ser elaboradas sistemáticamente para cumplir su función de control social. La pretensión de sistematicidad del “derecho de la seguridad social” se plantea no en el plano de las normas, sino al nivel del conocimiento de los juristas.

El jurista —ha escrito Vernengo— necesariamente supone que la ciencia del derecho es capaz de sistematizar el material normativo positivo. “De no partir de tal supuesto, ciertamente no probado, carecería de sentido su empeño de elaborar tal material normativo.”

Por otro lado, al entender “derecho de la seguridad social” como “disciplina autónoma”, sería conveniente señalar, en el planteamiento del problema, la relatividad de las divisiones que sobre el material normativo se operan.

Las llamadas ciencias jurídicas estudian el derecho por ramas: esta división tiene una finalidad básicamente didáctica y es variable en la historia; son divisiones introducidas por los científicos o técnicos del derecho. Ocurre —como lo advierte Vernengo— que estas divisiones académicas tienden a adquirir un prestigio que lleva a atribuirles propiedades objetivas. El comercialista se esforzará por demostrar que el material normativo que estudia no ha sido unificado por motivos académicos, sino que se trata de un conjunto de normas con sustantividad comercial propia; esto es, que ofrecen características distintivas que no sólo las hacen aptas para un estudio por separado de las normas civiles, por ejemplo, sino que además hacen obligatorio su estudio en una disciplina independiente... Y claro está que no es suficiente indicar que en algunas de esas ramas rigen principios diferentes de los vigentes en otras, así como en el derecho penal, por ejemplo, imperaría la prohibición de la extensión analógica, que es vista como legítima en otras esferas del derecho. Pero tesis semejante no pasa de ser otra cosa que la afirmación de que las normas estudiadas en una cierta rama del derecho (y los principios son normas) son distintas de las estudiadas en otra rama, lo cual sin duda puede ser verdad, sin que aumente en un ápice la necesidad objetiva de la independencia de una rama del derecho.

6. A fin de ordenar el material normativo, algunos han querido fijar los “principios” del derecho de la seguridad social; otros han intentado dibujar “las relaciones jurídicas típicas” de la seguridad social; se ha dicho también que la tarea del estudioso del derecho de la seguridad social es clasificar las “técnicas específicas” a las que obedece la redistribución económica operada por las normas de seguridad social. Estos programas afirman que conviene distinguir, en el derecho

positivo, un sector que sea descrito por una “disciplina particular”. Para aquéllos, la expresión “derecho de la seguridad social” puede usarse en el sentido de “discurso” sobre las normas del derecho positivo.

Para establecer la posibilidad de “derecho de la seguridad social como disciplina autónoma”, Dupeyroux quiere demostrar que “la garantía de la seguridad económica individual” buscada mediante “técnicas indiferenciales” no se consigue, lo que conduciría a la elaboración de “técnicas específicas” como aquellas que logran la garantía de un mínimo alimentario, que en el caso de los trabajadores corresponde a la garantía del salario, o a la del ingreso profesional.

“Derecho de la seguridad social”, como disciplina autónoma, sería útil sólo si descubrimos en el derecho positivo técnicas específicas no descritas por alguna otra “disciplina jurídica”, técnicas concebidas para garantizar la seguridad económica individual, conseguida ésta mediante la organización de cierta redistribución económica que es, según Dupeyroux, la nota común de los llamados “sistemas de seguridad social”.

El criterio de Dupeyroux para caracterizar los sistemas de seguridad social no es aceptado por algunos, para quienes representa una “desviación exorbitada de lo que realmente debe entenderse por seguridad social”. Netter no admite el criterio, porque las técnicas que se refieren al “pleno empleo” no operan tal redistribución y, en su concepto, no puede negarse que integran los sistemas de seguridad social. Etala, por su parte, no comparte la idea de “técnicas específicas” como definitorias de un sistema de seguridad social. “Desde el ahorro individual, el mutualismo, el seguro privado, hasta el seguro social y la financiación por medio de impuestos, así como la beneficencia pública y privada, todos son los medios utilizados por la seguridad social para cumplir su cometido”.

Este intento de sistematización alrededor de las técnicas específicas contenidas en ciertas normas adopta como punto de partida la constatación de que en diversos derechos positivos encontramos la organización de una redistribución económica, de una redistribución del ingreso.

La organización de esa redistribución responde a fines de la “política social”, siendo fundamental el lograr la seguridad económica de ciertos grupos sociales. Dicha organización se designa como “sistema de seguridad social”. Postular la posibilidad de un “derecho de la seguridad social” implica que las normas mediante las cuales opera aquella redistribución configuran técnicas específicas que deben ser sistematizadas por una “disciplina” jurídica especial, lo que permitiría manejar más fácilmente aquel material normativo.

Identificar las “técnicas específicas” frente a otros mecanismos tendentes a lograr la seguridad económica de ciertos grupos sociales ha sido la preocupación de algunos estudiosos, y se ha querido lograr mediante el examen del desarrollo histórico de diversos mecanismos ideados para arribar a los objetivos de cierta política social. Dupeyroux justifica ese recorrido planteando las siguientes hipótesis: supóngase que los llamados “sistemas de seguridad social” actuales no existieran; ¿cuáles serían entonces los mecanismos para garantizar el nivel económico individual deseado por la política social?

Podemos pensar en técnicas “elementales”: el ahorro y la asistencia. También podríamos recurrir al principio de la responsabilidad, lo que sin embargo presenta serios inconvenientes. El mecanismo del seguro y el de la mutualidad también podrían invocarse, reparando de inmediato en que se adaptan bien sólo a ciertos riesgos (enfermedad, accidente) y que reposan sobre ciertos principios, entre ellos el de la previsión suficientemente precisa que proporciona la estadística, lo que, por ejemplo, impediría adecuarlas al riesgo de desempleo o al de “calamidades agrícolas”.

El estudio de los mecanismos citados revela la adaptación de algunos de los procedimientos indiferenciados de garantía ya apuntados, a los fines de las “políticas de seguridad social”; los poderes públicos aprovechan estos instrumentos jurídicos ya elaborados, dibujando los primeros “sistemas de seguridad social”. El examen de la legislación revela como tales:

- a) los sistemas de protección de los riesgos de trabajo,
- b) los de seguros sociales,
- c) los de prestaciones familiares.

Del apartado a) habría que retener el empeño de partir de la doctrina de la responsabilidad del derecho civil, los esfuerzos de los tribunales belgas para construir la doctrina de la culpa aquiliana con inversión de la carga de la prueba, la doctrina de la responsabilidad contractual, la doctrina de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, y la teoría del riesgo profesional.

Por lo que se refiere al apartado b), es lugar común reconocer el esfuerzo de Bismarck para canalizar el movimiento mutualista hacia las fórmulas denominadas “seguros sociales”. Éstos adoptan los principios de la mutualidad o del seguro comercial, se establecen como obligatorios y reparten la carga financiera según nuevos criterios.

Es oportuno recordar la tesis de Dupeyroux, para quien en la creación de los “seguros sociales” se confunden dos grupos: el de los indigentes y el de los asalariados. De ahí el carácter híbrido de la legislación bismarckiana: por una parte, las prestaciones son acordadas a los asalariados como contrapartida de su actividad profesional, *a cambio* de las cotizaciones pagadas por ellos o por sus patrones; pero por otro lado, estas prestaciones son destinadas a garantizar a éstos un mínimo alimentario. Esta identificación se deteriora cuando otros grupos distintos de los asalariados se debilitan económicamente. El problema entonces es determinar si los mecanismos de seguridad social deben continuar como mecanismos de garantía de los salarios, o deben ser instrumentos de un sistema de garantía de prestaciones mínimas a los económicamente débiles.

La opción obliga a encontrar, según el caso, distinto fundamento del sistema: las prestaciones de seguridad social son contrapartida del aporte que, a través de su trabajo, hacen los asalariados a la comunidad; o bien, la única consideración para otorgar las prestaciones debe ser la necesidad individual; la sociedad debe colocar al hombre al abrigo de la necesidad; la seguridad social debe garantizar a todo ciudadano el mínimo alimentario (determinado por la política social). El primero de los fundamentos está presente en los incipientes “seguros sociales”. La protec-

ción social aparece como la contrapartida del aporte de cada uno a la sociedad, lo que conduce a concebir la seguridad social como un sistema de garantía del ingreso proveniente de la actividad profesional. El segundo de los fundamentos considerados lleva a la idea del aseguramiento de una mejor repartición del ingreso en función de las necesidades de cada uno; la seguridad social se concibe entonces como un sistema de garantía de un mínimo social.

Doublet ha explicado esa doble fundamentación partiendo de dos nociones: el trabajo y la necesidad.

Si se hace del *trabajo* el centro de gravedad de un sistema de seguridad social, no serán cubiertos normalmente sino los riesgos que alteran la fuerza de trabajo. Las prestaciones serán en principio proporcionales al potencial económico de los beneficiarios. Un sistema tal descarta más o menos, o completamente, *toda idea de asistencia* (ligada a la necesidad) y, al contrario, está dominado por el principio de seguros sociales (ligado a la idea de un derecho a la garantía del salario).

Si se hace de *la necesidad* el centro de gravedad de un sistema de seguridad social, el objetivo es operar una redistribución de los ingresos a fin de garantizar a cada uno el beneficio de un mínimo vital, sea cual fuere la causa del empobrecimiento. Todos los riesgos y todas las cargas que crean estado de necesidad o introducen desigualdades en las necesidades, deben en principio ser cubiertas o compensadas. Tal sistema parece fundado en la idea de asistencia.

Los mecanismos apuntados como primeros “sistemas de seguridad social” son progresivamente sustituidos por “técnicas específicas”, las cuales, para Dupeyroux, son condición para construir la disciplina del “derecho de la seguridad social”.

Hitos importantes de este proceso son el sistema neozelandés, la extensión de las prestaciones familiares en Francia, el informe Beveridge, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, la Convención 102 de la OIT y el Código Europeo de Seguridad Social. El itinerario fijado ha de conducirle al descubrimiento de aquellas “técnicas específicas”.

Dupeyroux reduce a tres las líneas principales del proceso: perfeccionamiento de la protección de los asalariados; extensión de la protección a los no asalariados y reagrupamiento de diversos mecanismos en el marco de un servicio público. En la primera línea, las técnicas específicas aparecen cuando, en lo que respecta a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales, los patronos son sustituidos por organismos de seguros financiados por la contribución empresarial. Por lo que toca a los “seguros sociales”, los principios del seguro comercial se alteran; basta constatar en diversos derechos positivos la fijación de prestaciones destinadas a garantizar un mínimo vital, sin correlación con la importancia de la contribución previa del interesado o de su patrono. El carácter sinalagmático que preside la relación jurídica del seguro privado parece no adaptarse cabalmente en los sistemas de seguros sociales. La sinalagmaticidad indica que cada parte no está obligada a la propia prestación si no es la debida prestación de la otra.

Respecto de las prestaciones familiares, la técnica empleada giraba alrededor de la noción de sobresueldo. Pero desde el momento en que diversas legislaciones institucionalizan la intervención de “mecanismos de compensación”, el derecho a



estas prestaciones se le reconoce al asalariado enfermo, al desempleado, al que se halla en periodo forzoso de inactividad, y el lazo entre salario y prestaciones comienza a desintegrarse; la técnica constituida por las nuevas normas sobre prestaciones familiares no puede adecuarse ya íntegramente a las normas sobre el salario.

En la segunda de las líneas propuestas por Dupeyroux se revelan las nuevas técnicas ideadas para extender la protección a los no asalariados. Esta extensión, en el problema de las cargas familiares, no podía recurrir a las técnicas fundadas en el sobresueldo; hubo de idearse un sistema de redistribución original, es decir, una técnica específica. La protección frente a otros riesgos se logra mediante las técnicas asegurativas, técnicas de las líneas apuntadas, es decir, de la tendencia al reagrupamiento de diversos mecanismos "de seguridad social" en el marco del servicio público. Hay que advertir que la fragmentación y la unificación posterior es un fenómeno típico de los sistemas europeos, especialmente del francés. De esta tendencia, Dupeyroux ha subrayado la influencia de la tesis del derecho de todo individuo a la seguridad social "o más precisamente, la influencia de la tesis de la atribución de un contenido objetivo o mínimo de este derecho", independientemente del monto de las contribuciones de los sujetos protegidos, o de sus patrones.

La "objetivización" señalada por Dupeyroux conduce a la crítica de la separación de los distintos regímenes asegurativos (asalariados, independientes, agrícolas, mineros, etcétera). En efecto, si los sujetos protegidos tienen derecho a prestaciones similares (contenido del derecho a la seguridad social), no puede admitirse que su contribución sea desigual porque, de ser así, no se lograría la efectiva igualdad de las prestaciones. En la eliminación de la separación financiera hubo que considerar la intervención de los poderes públicos que instituyeron "mecanismos de compensación" entre los recursos financieros de los distintos regímenes, mecanismos que suponen el principio de la solidaridad nacional. En la tendencia al reagrupamiento, la gestión de los organismos sufre modificaciones que revelan el abandono de los procedimientos clásicos de inspiración mutualista, adecuados a la gestión de instituciones alimentadas por las contribuciones de los interesados, pero impropios frente a los "mecanismos de compensación". El fenómeno de la "compensación" lleva a Dupeyroux a sostener que la constitución del servicio público obliga a abandonar las técnicas derivadas y las categorías tradicionales del derecho privado.

Si un sector es esencialmente alimentado por fondos provenientes "del exterior", y aun si se imponen ciertas cotizaciones a los asegurados, las relaciones entre éstas y las instituciones sociales gestoras no conservan, sino en una forma lejana, relaciones con la noción de "seguro"; por otro lado, a pesar de la unilateralidad de ciertas "compensaciones" que benefician a alguno sin su contribución, tampoco puede hablarse de "asistencia". En realidad, cualesquiera que sean las etiquetas que se coloquen sobre estos mecanismos de redistribución, se abandona el terreno de las categorías tradicionales. El recorrido en esta tercera línea autoriza a constatar "la institución progresiva de un servicio público destinado a garantizar la seguridad económica de cada individuo mediante una redistribución del ingreso nacional".

Si, como quiere Dupeyroux, el examen de la evolución de las técnicas de los “sistemas de seguridad social” revela normas “originales” que organizan una redistribución del ingreso, es conveniente lograr su descripción y clasificación, tarea que conformaría la disciplina denominada “derecho de la seguridad social”.

Si bien se ha logrado mostrar que hay normas que organizan una distribución de ingresos no constituida por la remuneración directa de una actividad profesional, no sería conveniente describirlas y clasificarlas desde los conceptos de la disciplina denominada “derecho del trabajo”. Conviene intentar una descripción y clasificación de las normas que organizan aquella distribución con criterios especiales, lo que permitiría introducir en la literatura jurídica la expresión “derecho de la seguridad social” en el sentido apuntado en la sección 3.

7. Almansa Pastor, al admitir la posibilidad de un sistema de normas de seguridad social, propone como perspectiva el “estudio de las relaciones jurídicas” a que dan lugar los instrumentos de protección, en tanto que la reiteración de notas comunes en las relaciones concretas permite abstraer y modelar relaciones jurídicas típicas. “Derecho de la seguridad social” como disciplina jurídica sería el conocimiento de esas “relaciones jurídicas típicas”. La labor del “científico” del derecho consistiría en lograr “la clasificación y sistematización de las normas” utilizando esas “relaciones jurídicas típicas”. Dado que existe un grupo de normas que constituyen “mecanismos específicos de protección de la necesidad social”, Almansa sugiere el criterio para su sistematización recurriendo al esquema de “relación jurídica”, porque la “organización normativa” daría lugar a relaciones jurídicas, cuyo conocimiento integraría una disciplina jurídica particular. Así, el discurso sobre el derecho positivo (normas de seguridad social) debe construirse mediante los esquemas de la “relación jurídica de seguridad social”, relación “abstraída” del examen de las normas que constituyen “mecanismos específicos de protección de la necesidad social”. Los esquemas propuestos distinguen una “relación jurídica principal y compleja, la de seguridad social y otras subordinadas e instrumentales”. La primera se integra con *los sujetos* (Estado y sujeto protegido), con el *objeto* (protección de la necesidad) y con el *contenido* (relaciones subordinadas e instrumentales de afiliación, cotización y prestaciones). Frente a esta “estructura estática” puede establecerse una “estructura dinámica” dada por el contenido de la relación jurídica principal. Integran dicha estructura la relación de afiliación, la de cotización y la de protección. Éstas, a su vez, presentan una “estructura estática” peculiar; la de la primera de dichas relaciones (subordinadas e instrumentales) se integra con *los sujetos* (afiliante, afiliado y entidad gestora), con el *objeto* (el acto administrativo de la afiliación) y con el *contenido* (los deberes, intereses y derechos a la afiliación); la estructura estática de la segunda queda integrada con *los sujetos* (sujetos obligados y perceptores), con el *objeto* (la cuota) y con el *contenido* (derecho y deberes en el cumplimiento en la obligación). Por último, la estructura de la tercera de las relaciones se integra con *los sujetos* (beneficiarios y entidades gestoras), con el *objeto* (las prestaciones) y con el *contenido* (obligación de la entidad gestora a dispensar la protección y derecho del beneficiario a exigirla).

8. La determinación de los “principios jurídicos” de la seguridad social parecería, para algunos, ser la vía de acceso a la especificidad del “derecho de la

seguridad social”. Lo que importaría subrayar entonces es que la descripción y clasificación de algunas normas, “normas de seguridad social”, requieren la utilización de herramientas peculiares, lo que justificaría el uso de la expresión “derecho de la seguridad social” en el sentido advertido en la sección 3. En diversos intentos de ordenación o de clasificación del derecho positivo, los técnicos o científicos del derecho invocan “principios” del derecho de la seguridad social. Los autores aceptan la importancia de aquella determinación; los hay preocupados por la “minoría de edad” de la disciplina, atribuyendo su raquítico desarrollo a la indeterminación de dichos principios; alguno se pregunta si cabe trasplantar los principios jurídicos de la relación de seguro privado a la seguridad social. Otros advierten que el derecho de la seguridad social no ha desarrollado principios interpretativos típicos. Puede afirmarse que la preocupación por la determinación de los “principios jurídicos” de los sistemas de seguridad social es un área de la literatura jurídica sobre el tema. Netter, por ejemplo, titula su obra refiriéndola a aquéllos (*La seguridad social y sus principios*), anunciando desde la entrada que pretende clasificar y esquematizar los principios y concepciones que animan a los regímenes de seguridad social en diversos países del mundo.

Desde luego, habría que determinar, siguiendo a Carrió, en qué sentido de la palabra jurídico son jurídicos los “principios”. X es jurídico:

- a) porque el derecho de una comunidad se refiere a X atribuyéndole ciertas consecuencias (hecho jurídico, acto jurídico);
- b) porque X se refiere al derecho de la comunidad, porque versa sobre él (libro jurídico, teoría jurídica); y
- c) porque X es parte de una comunidad (norma jurídica).

Los principios son jurídicos en el sentido de *b*), pero ¿no podría serlo en el sentido de *a*), es decir, no podría determinarse que son derecho de una comunidad? El problema así formulado excede los límites de este trabajo.

En el tratamiento del asunto, la expresión “principios jurídicos” se emplea de diversas maneras; es notable especialmente cuando se utiliza para referirse a objetivos y propósitos atribuibles a las reglas del sistema.

Así, cuando se insiste en que la “universalidad” es uno de los principios jurídicos de la seguridad social, la expresión “principio jurídico” es utilizada aquí para referirse a la finalidad, propósito, objetivo o meta de un conjunto dado de normas, al insistir en que, por el principio de universalidad, las normas de seguridad social persiguen la protección de todos los miembros de la comunidad nacional. Cuando se determina como principio jurídico de la seguridad social el de “integridad”, la expresión se emplea también para referirse a los objetivos a propósito del grupo de normas de seguridad social. Aquellos que destacan dicho principio entienden por “integridad la cobertura de todas las contingencias sociales, cobertura establecida de la manera más amplia, comprendiendo la prevención, la recuperación, la rehabilitación”.

Pero las expresiones “principios de universalidad” y “principio de integralidad” admiten otro uso; en efecto, si la expresión “principio jurídico” se vincula a varios focos de significación (tal como lo ha mostrado Carrió), y si admitimos que

uno de ellos es el de regla, guía, orientación, los principios examinados son expresiones empleadas también para referirse a guías o exhortaciones dirigidas al legislador. En efecto, algunos han advertido que los llamados principios de “universalidad” y de “integralidad” animan el tránsito de los sistemas de seguros sociales a sistemas de seguridad social, y al describir las normas de un derecho positivo, dado que establecen sistemas de cobertura cuyo ámbito personal está limitado, por ejemplo, a los trabajadores dependientes, resaltan su “insuficiencia” al admitir la universalidad y la integralidad como tendencias que debe recoger el legislador nacional. El empleo últimamente destacado es el que se hace cuando se determina como principio del derecho de la seguridad social el de “unidad”. Por este principio quiere significarse la conveniencia de la gestión unitaria del sistema de seguridad social. Aquí, “principio de unidad” se emplea como regla a la que debe conformarse el sistema de seguridad social, como recomendación al legislador tal y como aparece, por ejemplo, en el Plan Beveridge. Cordini acepta que el principio de unidad, entre otros, “sirve de guía y meta a la acción legislativa”.

El “principio de solidaridad” se ha determinado como propio de los sistemas de seguridad social, o como principio básico de la relación jurídica de seguridad social y es considerado por algunos como el fundamento de la seguridad social. El uso de la expresión “principio de solidaridad” revela su vinculación a distintos focos de significado que podrían reducirse a los siguientes:

- a) propiedad fundamental, elemento básico o característica central. Es el caso del uso de la expresión cuando se emplea para aislar un rasgo importante que no podría faltar en una descripción suficientemente informativa de un grupo de normas; y
- b) verdad ética incuestionable, cuando se emplea la expresión para aludir a pautas a las que se atribuye un contenido intrínsecamente justo.

El primer uso se advierte cuando se caracteriza al principio de solidaridad como aquel cuya innovación “permite distinguir las instituciones de seguridad social de otras análogas” pertenecientes a otra rama del derecho, o cuando se afirma que “individualiza y distingue la relación jurídica de seguridad social frente a otras”. Se advierte un segundo uso cuando se pretende que el sistema de seguridad social reposa en la coobligación y corresponsabilidad de todos los individuos, grupos y clases en orden al bien común, así, el sistema neozelandés de seguridad social se organiza alrededor de la idea central según la cual cada miembro de la colectividad nacional dispone contra ésta de un crédito alimentario que puede invocar cuando sus ingresos son inferiores a cierto mínimo. Es un “sistema de prestaciones al que cada ciudadano contribuye, según sus posibilidades, y se beneficia según sus necesidades”.

Los diversos usos de la expresión “principio jurídico” respecto de la seguridad social se revelan como herramientas de descripción y crítica del derecho positivo. Es decir, se afirma que los principios son jurídicos porque se refieren al derecho. Sin embargo, en el análisis de un determinado derecho positivo cabe preguntarse si la expresión “principios jurídicos” de la seguridad social pudiera utilizarse para referirnos a elementos del derecho positivo. Habría que precisar si los “principios”

aludidos, además de ser herramientas de descripción y crítica, son pautas que indican cómo deben manejarse y complementarse las normas de seguridad social. Dichas pautas estarían dirigidas primordialmente a los jueces. Cordini, por ejemplo, advierte que, no habiendo desarrollado principios interpretativos típicos, en el derecho de la seguridad ha de recurrirse a los principios que hemos examinado antes (universalidad, integralidad, unidad, etcétera). Aquí “principios jurídicos” se utiliza en el sentido de pautas dirigidas a quienes se encuentran en situación de justificar decisiones con base en las normas de seguridad social proporcionando las guías acerca de cómo y cuándo han de usarse dichas normas, qué alcance darles, cómo combinarlas, cuándo otorgar preferencia a alguna de ellas, etcétera. Así, sería un “principio jurídico” de la seguridad social la pauta que reza que las leyes de jubilaciones y pensiones deben aplicarse con criterio amplio, o aquella que expresa que en materia de leyes de previsión social, los fines que las inspiran deben prevalecer sobre el puro rigor de los razonamientos lógicos de interpretación.

Si la expresión “principio jurídico” se empleara de la manera recién ejemplificada, admitiríamos que junto a las normas de seguridad social (que podríamos llamar reglas de primer grado) se dan “principios” (reglas de segundo grado) que presuponen la existencia de las primeras, pero que integran con ellas un determinado derecho positivo. Habría entonces que examinar la “regla de reconocimiento” de un determinado derecho positivo para poder atribuir a ciertos principios el carácter de jurídicos en el sentido de elementos del sistema. En efecto, la regla de reconocimiento es la que permite identificar las normas de un sistema, ya que dicha regla establece los criterios que debe satisfacer una pauta para poder ser considerada regla de sistema.

9. Mario de la Cueva ha clarificado el tratamiento del derecho mexicano de la seguridad social:

La declaración de derechos sociales lleva por rubro “Del trabajo y de la previsión social”. La denominación proviene del año de 1917, pero resulta actualmente inadecuada en su segunda parte, pues el desarrollo de nuestras instituciones ha desbordado los límites de la previsión social, volcándose sobre el terreno de la seguridad social. Los diputados de la Asamblea de Querétaro se preocuparon por el trabajador asalariado y limitaron a él los beneficios de la previsión social; tal fue por lo menos la interpretación originaria, a diferencia de las leyes vigentes, que sin tener todavía el sentido universal que corresponde a la seguridad social, se extienden a grupos de personas —cooperativistas, ejidatarios, profesores universitarios, campesinos, etcétera— que no caen dentro del concepto tradicional del trabajador. Es de esperar que en un futuro próximo, el poder expansivo de la Declaración se extienda a toda la población mexicana.

En el mismo ensayo (*Síntesis del derecho del trabajo*) el maestro de la Cueva sostiene:

El derecho del trabajo y la seguridad social poseen un mismo fundamento y su propósito, a pesar de las aparentes diferencias, es uno solo: asegurar al hombre una vida digna. La diferencia entre los dos estatutos mira más bien al tiempo, pues el derecho del trabajo contempla el momento de la prestación de los servicios a fin de que no se dañe la salud del trabajador o se ponga en peligro su vida, de que se respeten la dignidad

y la libertad del hombre y se le pague una retribución adecuada y equitativa. La seguridad social contempla al niño, a la familia y al anciano o inválido, independientemente de la prestación actual de un servicio [...] Las ideas de los dos estatutos nacieron juntas y viven enlazadas en la historia, pero su desenvolvimiento ha estado sujeto a las condiciones de tiempo y lugar: la idea de la seguridad social tiene algunos bellos antepasados, la asistencia social, la mutualidad y la beneficencia pública o privada, pero en el siglo XIX la idea del derecho del trabajo se impuso con mayor fuerza y sus instituciones crecieron también con mayor rapidez; la seguridad social se restringió a la previsión social y vivió subordinada al derecho del trabajo. Por el contrario, a la terminación de la Primera Guerra Mundial nació una tendencia a la separación de los estatutos y a dar a la seguridad social una importancia cada vez más grande. La segunda mitad del siglo XX que vivimos acusa un crecimiento portentoso de la seguridad social: algunos renglones que tradicionalmente eran tratados como parte del derecho del trabajo —las normas protectoras de las mujeres y de los menores, ciertos elementos del salario (como es el caso de las asignaciones familiares), o la vigilancia de los sistemas de preservación de la salud y la vida en los centros de trabajo— se están mudando a los dominios de la seguridad social. Los límites entre los estatutos se borran nuevamente. (Mario de la Cueva, *Síntesis del derecho del trabajo*.)

10. Visto el estado de la discusión doctrinal, es posible sostener que algunos consideran incomprensibles las normas de seguridad social sin la utilización de categorías o conceptos propios del derecho del trabajo. La seguridad social no es sino un capítulo, todo lo extenso que se quiera, que es inteligible solamente como parte del derecho del trabajo. Otros encuentran que las normas de seguridad social son aquellas que establecen ciertos mecanismos para cubrir riesgos susceptibles de provocar necesidades sociales; dichos mecanismos son un tipo de servicio público, de ahí que ingresen al derecho administrativo. Mario de la Cueva admite la relación entre derecho del trabajo y seguridad social. Su tesis resume brillantemente la meditación de quien ha vivido el derecho del trabajo no como un ejercicio de gabinete o como recurso populista y demagógico, sino más bien como producto de la voluntad que transforma las condiciones de los hombres para llegar a la condición humana. Ha de entenderse que la previsión social es parte del derecho del trabajo: es un derecho de los trabajadores; es una contraprestación que les pertenece por las energías de trabajo que desarrollan y tienen el mismo derecho a ella que a la percepción del salario. El fundamento de la previsión social es la idea de que la sociedad debe exigir a los hombres que trabajen pero “a cambio de su trabajo” debe asegurarles el presente y el futuro. La empresa debe formar un fondo de reserva que permita al empresario reparar y reponer la maquinaria y, con mayor razón, ha de asegurar al trabajador su presente y su futuro; la fuente única de donde puede brotar la seguridad del futuro del trabajador es la empresa, ya que el obrero no tiene más ingreso que el salario; la previsión social es la proyección a futuro de este ingreso del trabajador.

“Previsión social” designa la manera de establecer medidas protectoras frente a las necesidades a que están expuestos los trabajadores. Se integra fundamentalmente por los seguros sociales en los que, a diferencia del seguro privado, no hay ánimo de lucro. Este instrumento, el seguro social, se establece obligatoriamente, a diferencia del seguro privado, en el que media la libertad para contratar y en el

que rige el principio de la autonomía de la voluntad para regular las cláusulas contractuales.

La idea del derecho del trabajo, de la protección contra ciertas contingencias susceptibles de provocar un exceso de gastos o un defecto en el ingreso del trabajador, tiende a extenderse a toda la población, porque en la vida social contemporánea no sólo los trabajadores subordinados son susceptibles de sufrir inseguridad. Esta extensión significaría la desaparición de la previsión social como un derecho exclusivo de los trabajadores. Estaríamos, entonces, frente a la seguridad social como el conjunto de medidas que garantizan el bienestar material y espiritual de todos los individuos de la población, aboliendo todo estado de necesidad social en que éstos puedan encontrarse, según la definición propuesta por Almansa Pastor.

La relación entre el derecho del trabajo y el de la seguridad social puede entenderse si admitimos, con Mario de la Cueva, la fuerza expansiva del primero, que nació para el obrero industrial; se aplicó posteriormente a las actividades comerciales, a la agricultura, al servicio doméstico, a los talleres familiares. Después de la Segunda Guerra Mundial se proyecta hacia todos aquellos cuya única fuente de ingresos es su fuerza de trabajo. La universalización del derecho del trabajo implica que deje de ser considerado un estatuto particular; la solución así obtenida será la seguridad social que conservará los principios conquistados por los trabajadores. La seguridad social, ha dicho Mario de la Cueva, no puede ser asistencia pública, pues ésta es una gracia. El sujeto beneficiado por ella no goza de un derecho público subjetivo a la protección: el ente público que concede la protección goza de discrecionalidad para efectuarla (Almansa Pastor). La seguridad social tiene que ser, en cambio, un derecho frente a alguien y fundado en la naturaleza de la persona humana; ese alguien frente a quien se exige el cumplimiento de la obligación no puede ser sino la sociedad. Para que la seguridad social no sea asistencia pública deberá existir una vía jurídica, en beneficio de cada persona, que obligue a la sociedad, en la persona del Estado, al cumplimiento de las prestaciones. La sistematización de estos mecanismos será tarea de la disciplina que puede denominarse “derecho de la seguridad social”.