25 DE SEPTIEMBRE DE 2025

LAS *CARENCIAS* CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL PERÍODO DE CARENCIA DEL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD LABORAL (BOLETIN 17678-11).

-INFORME EN DERECHO-

PATRICIO ZAPATA LARRAÍN
Abogado PUC; Profesor de Derecho Constitucional, PUC; Magister en Ciencia Política, PUC; Master (LlM) en Derecho, Universidad de Harvard, EEUU.

Se me ha solicitado que emita un Informe en Derecho expresando mi opinión técnica e independiente sobre la constitucionalidad de algunos de los contenidos del proyecto de ley, en actual tramitación, que "modifica el período de carencia del subsidio de incapacidad laboral por accidente o enfermedad común, fortalece las facultades de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez y modifica las normas que indica" (Boletín N° 17.678-11, en adelante el **Proyecto**).

La iniciativa indicada, iniciada por Mensaje del Ejecutivo en julio de 2025, se encuentra actualmente en su Primer trámite y su estudio está radicado en la Comisión de Salud del Honorable Senado de la República. Emito esta Opinión Legal en el entendido que ella, eventualmente, podría contribuir al análisis que realiza dicha instancia legislativa.

MATERIA DEL ENCARGO

Para efectos de este Informe, el cambio relevante, y cuya constitucionalidad se evaluará, es aquel que incide en el ámbito de cobertura de la licencia médica.

En el derecho chileno, la licencia médica se define como el derecho que tiene el trabajador a que el descanso necesario para restablecer su salud no afecte su condición laboral ni los derechos que ella le reporta. En efecto, y como lo ha reconocido la Contraloría General de la República, "El único efecto de una licencia médica es ausentarse o reducir la jornada de trabajo. La calidad de funcionario y los derechos y deberes que de ella derivan no se enervan ni suspenden por el goce de ese beneficio, salvo el de cumplir con la obligación de desempeño efectivo." (Dictámenes 16872/93 y 39856/99).

Tienen derecho a licencia médica todos los trabajadores, sea que trabajen en el sector privado o en el sector público.

La licencia médica constituye un derecho de carácter irrenunciable. Así lo ha entendido también la Contraloría General de la República, al interpretar que "quienes gozan de una licencia médica, sea ésta común, maternal o por enfermedad grave del hijo menor de un año, no pueden renunciar a tal beneficio y se encuentran obligados a mantener el reposo ordenado en la respectiva prescripción del profesional autorizado para extenderla. Tales prohibiciones se consultan, por

ejemplo, en los artículos 195 y 199 del Código del Trabajo, y 50, 51, 55 y 57 del decreto 3, de 1984, del Ministerio de Salud." (Dictámenes Contraloría General de la República 28488/91 y 57871/05).

El Tribunal Constitucional chileno (en adelante **TCCh**) ha tenido ocasión de definir la esencia de estas licencias médicas señalando que se trata de un derecho que "forma parte de su régimen de seguridad social, tendiente a permitirles enfrentar adecuadamente las contingencias derivadas de los riesgos involuntarios que puedan afectarlos en relación con su salud, no pueden importar una disminución de los demás derechos que, como el derecho a la remuneración, son inherentes a la relación funcionaria o laboral. Lo anterior precisamente porque la concesión de una licencia médica no hace perder la calidad funcionaria o de empleado a su beneficiario" (Considerando Decimotercero, Sentencia Rol N° 1801).

En su operatoria concreta, la licencia médica se financia por medio del Subsidio de Incapacidad Laboral (SIL). El SIL, pilar fundamental de la seguridad social, tiene por objeto entregar al trabajador afectado por una enfermedad o dolencia, debidamente acreditada por prescripción profesional, una compensación económica por el tiempo que deba guardar reposo para el restablecimiento de su salud.

En la actualidad, y en caso del sector privado, si la licencia médica tiene una duración de 11 días o más, el SIL cubre desde el primer día de reposo. Si la licencia es por 10 o menos días, el SIL sólo se paga desde el cuarto día. Los tres días sin cobertura corresponden a los que denomina "carencia".

En el caso de los trabajadores del sector público, en cambio, no existe tal periodo de carencia y durante la vigencia de la licencia médica "el funcionario continuará gozando del total de sus remuneraciones" (artículo 111 de la ley N° 18.834). La misma regla aplica a los empleados municipales (artículo 110 de la ley N° 18.883).

El Proyecto propone modificar sustancialmente el régimen descrito. Por una parte, se define un nuevo período de carencia, que será de dos días, **independientemente de la duración de la licencia y que se aplicará a todos los trabajadores, incluyendo -ahora- a todos los funcionarios públicos.**

También con miras a una homologación, en este caso *hacia abajo,* de la situación en el mundo privado y en el sector público, se pone fin a la norma que garantiza a los trabajadores públicos percibir el total de su sueldo en caso de reposo. En su lugar, se crea una "remuneración durante la licencia" que, en la práctica, funciona como un subsidio. Su monto diario se calculará como la trigésima parte de la remuneración bruta mensual del funcionario, pero con un límite máximo: no podrá exceder el tope imponible previsional, fijado para 2025 en 87,8 Unidades de Fomento (UF) mensuales.

Como se puede apreciar, resulta evidente que, independientemente de los fines que persigue o de los fundamentos en que se apoya, el proyecto tiene el efecto neto e innegable de desmejorar la situación de seguridad social de los funcionarios públicos. En el caso de los trabajadores del sector privado, por su parte, el desmejoramiento afectaría, de aprobarse el proyecto, a todos quienes sufran una enfermedad que requiera licencia larga (más de 10 días); pues ellas y ellos deberán soportar una carencia que hoy no aplica. En lo que sigue, veremos si este evidente desmejoramiento económico es además, o no, un retroceso constitucionalmente vedado.

MARCO DE ANÁLISIS

Por su propia naturaleza, propiamente jurídica, esta Opinión Legal no abordará ni ponderará las distintas consideraciones de mérito u oportunidad, de índole política, económica o social, que pudieren esgrimirse ya sea para apoyar o para criticar el proyecto en cuestión. No obstante, creo legítimo compartir con la lectora y el lector la sorpresa que me ha producido el acentuadísimo sesgo economicista y tecnocrático de la fundamentación de la iniciativa.[1]

[1] Sobre la necesidad de someter la recomendación de los economistas, siempre, a un filtro prudencial de criterio político, y los riesgos de no hacerlo, véase el *paper* ya clásico de Daron Acemoglu y James A. Robinson "*Economics versus Politics: Pitfalls of Policy Advice*" (Journal of Economic Perspectives—Volume 27, Number 2—Spring 2013—Pages 173–192). Este trabajo es una de las contribuciones fundamentales de Acemoglu y Robinson y, sin duda, fue tenido a la vista para que se les adjudicara a ellos el Premio Nobel de Economía en 2024. En la misma línea de advertir sobre las limitaciones del consejo de los así llamados expertos, véase Tetlock, Philip: "El Juicio político de los expertos", Capitán Swing, 2016. En este estudio, Tetlock llama la atención sobre la altísima tasa de error del llamado juicio experto. Luego de analizar más de 80.000 pronósticos o proyecciones de 284 expertos durante más de 20 años, Tetlock constata que tales predicciones fueron en promedio apenas ligeramente más acertadas de lo que habrían sido apuestas al azar. Lo recordado en este pie de página no debe entenderse, en modo alguno, como un llamado a excluir el juicio técnico especializado en la formulación de políticas públicas, lo que sería absurdo e irresponsable. De lo que se trata, más bien, es de evitar conceder *acríticamente* a un sector de una determinada disciplina científica un cierto derecho a dictar catedra

Me ha llamado particularmente la atención la reiterada mención, en el Mensaje Presidencial que introduce el Proyecto, a la necesidad, o conveniencia, de "alinear incentivos". Y así en la página 7 de la exposición de motivos se expresa: "Lo anterior, podría deberse al diseño actual del SIL, en que encontramos las diferencias entre sector privado y público que podrían estar impidiendo la correcta alineación de incentivos. En definitiva, los datos muestran que las diferencias regulatorias entre sectores estimulan distintos comportamientos en el uso del subsidio, por lo que uniformar la regulación se alinea con los objetivos del SIL, permitiendo resguardar su funcionamiento y eficiencia".[2] Luego, en la página 12 del Mensaje se reitera: "De esta forma, los nuevos parámetros que establece este proyecto de ley vienen a alinear incentivos entre los distintos sectores".[3]

Las expresiones del Mensaje se hacen eco de una interesante área de la teoría económica moderna. Aun cuando ya desde Adam Smith y David Ricardo los economistas platearon que los agentes económicos se mueven en función principal de maximizar su propio beneficio y minimizar sus costos, el análisis se volvió más sofisticado con las teorías de la acción racional y de los juegos. Más recientemente, deben destacarse las contribuciones de James Mirrlees de Cambridge y William Vickrey de Columbia. Por ese aporte, en 1996, ambos fueron galardonados con el premio Nobel de Economía

Hablando en términos muy generales, los incentivos se definen como aquellos premios, o castigos, que sirven para inducir, o disuadir, una determinada conducta. A nivel de un país, la autoridad (la ley) juega un papel importante definiendo aquellos premios o castigos institucionales que están dentro de su competencia.[4] Existe la posibilidad, por supuesto, que pueda manifestarse una brecha entre los fines que persigue el regulador (p.e. mejores niveles sanitarios generales o menor déficit fiscal) y los objetivos particulares que podría querer buscar algunos, o muchos, agentes individuales (p.e. maximizar el acceso a un subsidio).

---

sobre la forma en que la comunidad debe abordar sus problemas sociales. Este llamado tomar los consejos "expertos" con beneficio de inventario no sólo vale frente a los economistas. La experiencia reciente vivida por Chile en dos procesos constituyentes fracasados muestra, entre otras cosas, que ningún pretendido consenso entre constitucionalistas expertos puede sustituir el buen criterio, el sentido común y el apoyo social.

[2] Página 7.

[3] Página 12.

[4] La autoridad no goza del monopolio de los incentivos. Estos pueden consistir en demandas más o menos intensas o arraigadas y/o en cambios en la cantidad, calidad o costos de la oferta. La autoridad que establece incentivos que van contra realidades económicas subyacentes muy fuertes puede verse frustrada en su empeño. En el extremo, hay casos en que ni siquiera la prohibición lisa y llana (en que el desincentivo no es otro que la pena penal), logra cambiar las conductas (y sólo consigue que se vuelvan clandestinas).

¿Cómo reaccionar frente a esta brecha?

La versión más ortodoxa del "*Law & Economics*" (pienso en Richard A. Posner), creyendo -como cree- que cualquier regulación que se contraponga de manera frontal y absoluta a las conductas que resultan deseables o atractivas para cualquier sujeto racional genera importantes costos en eficiencia, sugeriría al regulador buscar una normativa que, sin sacrificar la búsqueda del fin colectivo, se acomode a, e incluso aproveche, los cursos de acción que espontáneamente perseguirían individuos que buscan su propio beneficio.

El proyecto adopta otra perspectiva. Asumiendo que muchos de los trabajadores chilenos estarían haciendo un uso abusivo de las reglas sobre licencias médicas, anteponiendo su interés puramente egoísta a cualquier consideración sobre la legitimidad y viabilidad financiera de esta herramienta, la deseada alineación de incentivos se lograría con reglas nuevas que, suficientemente draconianas, evitarían que los **intereses** de los individuos, desalineados de los **intereses** de la autoridad, frustren los objetivos de política pública que esta última persigue.

Es evidente, por supuesto, que la licencia médica sin carencia y con la mantención del total de la remuneración es algo que **interesa** a cualquier individuo (en este caso a cualquier funcionario). Por supuesto, le interesará al sujeto flojo, sacador de vuelta y aprovechador (al "Ricardo Canitrot"). Pero ¡Ojo!, ese mismo régimen protector también le interesará al individuo genuinamente comprometido con su trabajo y formado en una ética de estrictos imperativos categóricos.

El punto que el Mensaje soslaya completamente es que ese **interés** no es sólo un "provecho, utilidad o ganancia" para el funcionario (que es como el Diccionario de la RAE define un interés). Ese interés ha sido reconocido por nuestro orden constitucional y legal como un derecho. Ya no se trata simplemente de la expectativa de beneficio que alguien puede querer oponer al resto. Estamos ante una prerrogativa que la comunidad entera ha decidido asegurar a todos sus miembros. Y que, por tanto, el Estado está en la obligación de respetar y promover.

Si uno pensara que el poder seguir percibiendo la remuneración convenida, (aquella con la cual se pagan los gastos necesarios para alimentación, vivienda, salud, educación y recreación), mientras dura una enfermedad que, contra la

voluntad del trabajador, le impide ponerse a disposición del empleador, es una especie de concesión graciosa, golpe de suerte o privilegio peculiar, resultaría quizás aceptable imaginar escenarios en que dicho beneficio pudiere ser revocado o transado a cambio de algún fin colectivo supuestamente más valioso. Ocurre, sin embargo, que la seguridad de poder seguir disponiendo el trabajador de la renta pactada o establecida estatutariamente mientras recupera su salud no es una mera prebenda. Es un derecho.

La licencia médica no es un solo un derecho simplemente legal. No se trata, por tanto, de una de esas reglas creadas libremente por el legislador y que, con esa misma libertad, puede ser -en cualquier momento- revertida por ese mismo legislador.

El derecho a que, en principio, se respeten los términos de la licencia médica tal cual le ha sido reconocida a una persona es un **derecho fundamental**. Se trata, por ende, de un derecho que goza de protección constitucional. Esta calificación tiene, por supuesto, consecuencias cruciales.

TRES CUESTIONES PREVIAS

Previo a examinar el conflicto que advierto entre algunos contenidos del proyecto y los derechos fundamentales, creo necesario explicitar tres ideas preliminares:

- La preocupación por la constitucionalidad, o la inconstitucionalidad, de un proyecto de ley no es una inquietud obstruccionista, superflua o academicista. Y así como puedo entender que los impulsores entusiastas de una fórmula legal se frustren cuando se les represente su antijuridicidad, tengo que recordar que todo el sentido de reconocer derechos fundamentales en una Constitución es que tales bienes básicos, una vez que son invocados legítimamente por sus titulares, y se demuestra que están en riesgo, deben poder tener el efecto de imponerse y derrotar **a todas las consideraciones utilitarias o colectivas** que abonan o empujan la normativa que los pone en peligro. A esto se refería Ronald Dworkin cuando llamaba a los derechos "triunfos políticos en manos de los individuos" o "cartas de triunfo".[5]

[5] **Dworkin, Ronald:** "Los derechos en serio", Ariel Derecho, Barcelona, 1984, p. 37.

- Debo manifestar, en segundo lugar, mi opinión en el sentido que siempre será preferible que el legislador discuta y vote una iniciativa habiendo evaluado y dilucidado previamente las dudas constitucionales a que tales cuestionamientos se ventilen, y eventualmente se judicialicen, una vez que la normativa reprochada ya se aprobó o entró a regir.

- En tercer término, quiero reiterar mi convicción doctrinaria en el sentido que al legislador debe reconocérsele, en principio, un margen de autonomía para resolver los aspectos de mérito u oportunidad envueltos en cuestiones de política pública. Esa consideración aplica, por supuesto, a la determinación del sistema previsional.[6] Ahora bien, ese margen de autonomía, merecedor de deferencia, no obsta, por supuesto, a que dicho legislador deba respetar la Constitución.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La principal "carencia" constitucional del proyecto, aunque no la única, deriva de su contradicción con el derecho fundamental a la seguridad social

La Constitución Política fija los principios básicos y las reglas mínimas que deben regir la regulación de la seguridad social. En cualquier caso, la Carta Fundamental determina un marco dentro del cual el legislador goza de legitima autonomía. La configuración concreta y determinada del régimen previsional no está definida en la Constitución Política.

El legislador de la seguridad social dispone, entonces, de un ámbito de discrecionalidad dentro del cual puede legítimamente optar por distintas alternativas de política pública.[7] Serán razones de mérito y oportunidad, que se

[6] Sobre la deferencia debida al legislador, véase mi "Justicia Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 225-289.

[7] "En resumen, la Constitución chilena deja un amplio margen de libertad para que sea el legislador calificado quien determine cómo se garantiza el acceso universal a prestaciones básicas uniformes. En otras palabras, de acuerdo con el texto constitucional, no estaría plasmado un modelo único para diseñar el sistema de seguridad social, a pesar de que se admite la posibilidad de que la ley pueda contemplar la participación de actores privados en tal sistema. En la ejecución de esa potestad legislativa, se deben respetar ciertos principios, valores o cuestiones básicas, como los señalados en el capítulo I, sobre "Bases de la Institucionalidad", o en otros derechos contemplados en el catálogo de derechos (artículo 19)". **Montt, Guillermo y Coddou, Alberto**: "El derecho a la seguridad social en Chile y el mundo: Análisis comparado para una nueva constitución", OIT Cono Sur, Informes Técnicos, 2020, p. 14

ponderarán desde la técnica y la política, las que llevarán al legislador a preferir una u otra solución regulatoria. El problema se producirá, por supuesto, cuando, por las razones que sean, el legislador transgrede las fronteras del marco constitucional. Ningún fin, por noble o urgente que parezca, sirve para condonar o disculpar una tal vulneración de la Carta Fundamental.

El punto, entonces, consiste en identificar cuáles son, precisamente, los contornos del marco constitucional en que puede moverse legítimamente el legislador. Dichos bordes son competenciales y materiales.

El marco competencial

Tres son las fronteras competenciales de rango constitucional que debe respetar cualquier regulación legal del derecho de la seguridad social:

- Existe, en primer lugar, una clarísima y estricta regla constitucional que reserva a la ley de quorum calificado la facultad de regular la seguridad social ("Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quorum calificado").

- Al mismo legislador a quien está reservado regular esta materia, le está vedado, en todo caso, delegar esta potestad en el Presidente de la República (art. 64)

- Las normas sobre seguridad social, o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado, son materia de iniciativa exclusiva presidencial, de manera que solo el Ejecutivo puede patrocinar un proyecto o presentar indicaciones a su respecto (art. 65 N° 6).

El marco material

Tanto o más importantes que los bordes competenciales recién recordados, son los mandatos de orden sustantivo que, respecto de la seguridad social, la Constitución le dirige al Estado en general, y al legislador en particular.

Lo primero, por supuesto, es el deber de respetar y promover el derecho de la seguridad social. Esta primerísima obligación sustantiva tiene anclaje constitucional explícito y potente.

La Constitución, luego de reconocer que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, compromete al Estado con el servicio a esas personas humanas, fijándole como finalidad el bien común, tarea que le exige ("debe") *contribuir* a crear las condiciones sociales que permitan la mayor realización espiritual y material posible a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional (artículo 1° de la CPR).

Es imposible imaginar cualquier tipo de realización espiritual y material de una persona si ésta no cuenta con algún tipo de respaldo que pueda apoyarle eficazmente en aquellos momentos, o circunstancias, de la vida en que resulta muy difícil, y a veces imposible, que un individuo pueda valerse autónomamente (niñez, orfandad, viudez, enfermedad, accidentes, cesantía, vejez, etc.).

El mismo artículo 1° citado más arriba impone al Estado los deberes de proteger a la población, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Para la Constitución, la protección de la población supone, por supuesto, que el Estado provea, en primer lugar, de orden, paz y tranquilidad; desplegando acción para prevenir y reprimir la violencia y la delincuencia. Pero no solo se protege a la población contra las conductas antisociales. La protección de la población también comprende, en todo caso, el resguardo de las personas frente a los efectos de las calamidades de la naturaleza (terremotos, sequías e inundaciones) y el acceso a una red de apoyo que, en caso de la ocurrencia de las contingencias o circunstancias limitantes o invalidantes recordadas más arriba, provea de medios para una subsistencia digna.

Existen, es verdad, Constituciones que no imponen al Estado ninguna obligación expresa en relación al bienestar económico-social de las personas (p.e. Estados Unidos y el Reino Unido).[8]

[8] Es cierto, en todo caso, que en el breve preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, el Pueblo declara que esta Carta Fundamental ha sido establecida para, entre otros fines, la promoción del bienestar general ("*promote the general welfare*"). No obstante, un examen de los derechos que se reconocen a las personas en el texto de dicha Constitución, o en sus distintas Enmiendas, revela que la Carta Política estadounidense garantiza solo ciertas libertades de índole civil y político, más no derechos sociales o económicos. Hace 80 años, en su Mensaje al Congreso sobre el Estado de la Unión del 11 de enero de 1944, el Presidente Franklin Delano Roosevelt se hizo cargo de esta ausencia y planteó un nuevo "*Bill of Rights*":
"*It is our duty now to begin to lay the plans and determine the strategy for the winning of a lasting peace and the establishment of an American standard of living higher than ever before known. We cannot be content, no matter how high that general standard of living may be, if some fraction of our people – whether it be one-third or one-fifth or one-tenth – is ill-fed, ill-clothed, ill-housed, and insecure.*

Hay otras Cartas Fundamentales que mandatan la acción del Estado sobre la base de proclamar ciertos principios rectores de la política social y económica (p.e. España).[9]

Existe, en todo caso, un tercer grupo de Constituciones que derivan deberes estatales a partir del reconocimiento explícito de un derecho fundamental de las personas a la seguridad social.[10] La Carta Fundamental chilena pertenece a esta última clase. Ninguna comparación con fórmulas de política pública de otros países puede soslayar esta circunstancia.

Veamos lo que establece el artículo 19 N° 18 de la CPR en materia de derecho a la seguridad social.

This Republic had its beginning, and grew to its present strength, under the protection of certain inalienable political rights – among them the right of free speech, free press, free worship, trial by jury, freedom from unreasonable searches and seizures. They were our rights to life and liberty.

As our nation has grown in size and stature, however – as our industrial economy expanded – these political rights proved inadequate to assure us equality in the pursuit of happiness.

We have come to a clear realization of the fact that true individual freedom cannot exist without economic security and independence. "Necessitous men are not free men."[8] People who are hungry and out of a job are the stuff of which dictatorships are made.

In our day these economic truths have become accepted as self-evident. We have accepted, so to speak, a second Bill of Rights under which a new basis of security and prosperity can be established for all – regardless of station, race, or creed.

Among these are:

- *The right to a useful and remunerative job in the industries or shops or farms or mines of the nation;*
- *The right to earn enough to provide adequate food and clothing and recreation;*
- *The right of every farmer to raise and sell his products at a return which will give him and his family a decent living;*
- *The right of every businessman, large and small, to trade in an atmosphere of freedom from unfair competition and domination by monopolies at home or abroad;*
- *The right of every family to a decent home;*
- *The right to adequate medical care and the opportunity to achieve and enjoy good health;*
- *The right to adequate protection from the economic fears of old age, sickness, accident, and unemployment;*
- *The right to a good education.*

All of these rights spell security. And after this war is won we must be prepared to move forward, in the implementation of these rights, to new goals of human happiness and well-being.

America's own rightful place in the world depends in large part upon how fully these and similar rights have been carried into practice for all our citizens. For unless there is security here at home there cannot be lasting peace in the world".

[9] En que respecta al tema de este Informe, véanse los siguientes artículos, todos ellos incluidos en el Capítulo Tercero de la Constitución Española "De los principios rectores de la política social y económica":

Artículo 41: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

Artículo 50 "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio".

[10] Así, por ejemplo, la Constitución italiana: "Todo ciudadano con incapacidad laboral y que carezca de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social.

Los trabajadores tendrán derecho a que se prevean y garanticen los medios adecuados para sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez, ancianidad y desempleo involuntario.

Los incapacitados y los minusválidos tendrán derecho a la educación y a la formación profesional.

De los cometidos previstos en este artículo se encargarán los órganos y las instituciones constituidos o complementados por el Estado. La asistencia privada es libre" (artículo 38).

Parece evidente, en primer lugar, que la exigencia constitucional no se cumple pura y simplemente con un programa cualquiera de ayudas económicas para las situaciones u ocasiones en que la persona no puede trabajar (enfermedad, vejez). Tratándose de un derecho fundamental, la Carta Fundamental obliga a garantizar acceso a un sistema que, de manera permanente en el tiempo, garantice a todas las personas que en razón de enfermedad deban tener reposo o que por su edad dejan de trabajar, un ingreso estable que satisfaga las exigencias de la dignidad humana ("La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes", art. 19 N° 18, inciso tercero de la CPR).

En todo caso, cabe recordar que el Acta Constitucional N°3 de 1976 (D.L. 1552), antecedente directo del referido artículo 19 N° 18 de la Constitución Política de 1980, ordenaba a la ley establecer "un sistema de seguridad social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares producidos por la contingencia".

El TCCh ha expresado que: "que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si ven conjuntamente el derecho a la salud (art. 19, N° 9) y el derecho a la seguridad social (art.19, N° 18)".[11]

También ha señalado el TCCh que "los derechos de protección de la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional o de la segunda generación, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica, habida consideración de que la satisfacción de tales exigencias representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea".[12]

Aterrizando, ahora, al lugar que ocupa la licencia médica en el contexto del derecho fundamental de la seguridad social, el mismo TCCh las ha definido en los siguientes términos (sentencia Rol N° 1801):

a) Es un "derecho","
b) Que "forma parte de su régimen de seguridad social"

[11] Causa Rol 1710 de 2010.
[12] Causa Rol 1218 de 2008.

c) Que ellas tienden a permitirle a las personas "enfrentar adecuadamente las contingencias derivadas de los riesgos involuntarios que puedan afectarlos en relación con su salud",
d) "No pueden importar una disminución de los demás derechos que, como el derecho a la remuneración, son inherentes a la relación funcionaria o laboral".

De esta manera, el TCCh deja en claro que -dada su naturaleza- el otorgamiento válido de una licencia médica no puede importar una disminución de la remuneración.

Lo que resulta paradojal, y francamente contradictorio, es que en los mismos momentos en que el Estado de Chile, en nombre del derecho a la seguridad social, compromete esfuerzos significativos para lograr que la pensión que reciben quienes dejan de trabajar por edad se acerque lo más posible a la renta que percibían como activos ("tasa de reemplazo"), sea el mismo Estado (y el mismo gobierno), a través del proyecto que examinamos, el que pretenda afectar el derecho a la seguridad social de trabajadores activos, en términos que otra contingencia, en este caso la enfermedad, signifique una disminución a todo evento de la compensación económica que les corresponde por contrato o estatuto.

Al llegar a este punto del análisis, parece indispensable hacerse cargo de una de las posibles defensas para un proyecto de estas características. Nos referimos a la invocación del dato de la escasez de recursos públicos y al uso alternativo de los mismos.

En lo personal, no pienso que el reconocimiento de los derechos sociales en nuestro país, y el deber estatal de garantizarlos, pueda plantearse con absoluta desvinculación de las reales posibilidades de la sociedad chilena de financiar las prestaciones correspondientes.

Ahora bien, una cosa es que pueda, o incluso deba, admitirse, que el nivel de satisfacción de una exigencia anexa al derecho a la seguridad social, (o de protección de la salud, o de la educación) pueda estar condicionado por el nivel máximo posible de recursos que pueden movilizarse para tal propósito (sean ellos propiamente fiscales o privados destinados a la satisfacción de necesidades públicas), y otra distinta es que toda y cualquier finalidad pública plausible o atendible que esgrima un gobierno y/o una mayoría legislativa deba ser

considerada como causa o fundamento constitucionalmente legitimo para recortar, quitar o negar prestaciones exigidas por la seguridad social y las cuales ya estaban siendo percibidas por las personas.

Fue Robert Alexy, hace ya 40 años, que planteó que los derechos fundamentales, y esto resulta ser especialmente cierto en el caso de los llamados derechos sociales, tenían la forma de principios y no de reglas.[13]

Alexy sostuvo que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existente. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.

En cambio, afirmó Alexy, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

Pues bien, si siguiéramos en esto a Alexy, y entendiéramos que el derecho a la seguridad social en la Constitución Chilena es un principio, tendríamos que aceptar que, respecto de este derecho, el cumplimiento del deber estatal no consiste en dar a las personas una prestación abstracta ni un máximo ideal, sino en otorgar el máximo posible, de acuerdo a las posibilidades. Bajo esa comprensión puede considerarse constitucionalmente legítimo, aunque nunca motivo de celebración, que la PGU, por ejemplo, no alcance todavía el valor del ingreso mínimo.

Si aplicamos esta mirada a otros terrenos de la política social, puede apreciarse cómo la idea de ser los derechos sociales mandatos de optimización, y que -por tanto-, obligan a un máximo posible y no a un ideal abstracto predeterminado,

[13] Alexy, Robert: "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición en español, 2008 (la primera edición en alemán es de 1986), p.67-68.

sirve, efectivamente, para justificar constitucionalmente programas y políticas que conscientemente plantean avances incrementales, asumiendo que algunas pretensiones basadas en el derecho no quedarán completamente satisfechas de inmediato. Es el caso, por ejemplo, de la lógica con la cual se financia la gratuidad en la educación superior, en relación a ciertas metas de crecimiento, o las leyes GES o Ricarte Soto, las cuales van incorporando gradualmente la cobertura de nuevas patologías.

El problema, la carencia, del proyecto que nos ocupa es que no se funda en la constatación de no existir recursos suficientes para seguir cubriendo las licencias médicas como ha venido ocurriendo, sino que en la teoría según la cual la rebaja en el subsidio incentivará conductas más deseables y más alineadas con los intereses públicos. Hay una diferencia enorme entre constatar la falta de recursos para satisfacer plenamente los derechos y el proponerse ahorros cuantiosos a costa de los derechos.

En una segunda línea de justificación, el proyecto expresa que la solución de las carencias que se propone no es muy distinta a la que rige en países como el Reino Unido, España y Francia.

Vamos a dejar pasar el peculiar *Cherry picking* en que incurre en Mensaje al escoger con pinzas un conjunto de países cuya legislación parece calzar con lo que se propone para Chile, evitando mencionar o hacerse cargo de esos muchos otros países comparables que no contemplan la *carencia*.

Nos detendremos más bien en la calidad de la comparación que se ofrece. Los países que se citan, todos ellos -hay que recocerlo- con estándares de vida altos, tienen la peculiaridad que son naciones cuyas Constituciones no consagran nada parecido al derecho a la seguridad social. El punto, como se ha visto, es que la Constitución chilena sí consagra explícitamente este derecho.

Lo segundo que llama la atención es la forma desaprensiva en que se cita la experiencia del Reino Unido. Es verdad que el gobierno conservador de Ted Heath allá por 1971 procedió a introducir la carencia para el "*sickness leave*". Luego, en 1983, Margaret Thatcher procedió a la impulsar la privatización del subsidio correspondiente, siempre con la carencia de 3 días (en favor del empleador quien es el que paga).

Lo que omite el Mensaje es que el actual gobierno laborista de Keir Starmer acaba de aprobar una reforma legal ("*Making Work Pay*") que, entre otras cosas, pone fin a las carencias, por considerarlas incompatibles con un Estado de Bienestar que debe dar seguridad a las personas en sus trabajos, sus ingresos y su salud. Se cuestiona especialmente la angustia que genera el Estado al obligar a las personas a tener que elegir entre, por una parte, un recorte en sus ingresos y, por la otra, concurrir al lugar de trabajo sintiéndose mal, agravando quizás su enfermedad y, en todo caso, arriesgando la salud de sus compañeros de trabajo. La nueva regulación británica, aparentemente desconocida por los autores del proyecto chileno, entra a regir en abril de 2026.

Aun cuando el Reino Unido es un país cuyo PGB per cápita triplica el de Chile, ello no obsta a que, al igual que casi todas las democracias desarrolladas, esté enfrentando severas dificultades de índole presupuestaria. Llama la atención que -aún en esas circunstancias fiscales- el gobierno de centro izquierda de esa Nación entienda la total justicia de proteger al trabajador contra la contingencia de la enfermedad, aun cuando su Constitución no se lo exija, y que, al mismo tiempo, otro gobierno de centroizquierda, el chileno, en un país cuya Constitución obliga a respetar ese derecho, quiera hacer, sin embargo, ahorros a costa de esa misma seguridad (incluso cuando ello significa una regresión respecto de la situación de que han gozado los trabajadores estatales por más de 70 años).

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Un segundo problema del proyecto deriva de su tensión con el deber del Estado de proteger el derecho a la salud.

Al reconocer el derecho a la protección de la salud, el Estado se compromete a "proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo" (artículo 19 N° 9 de la CPR).

El reposo prescrito por una licencia medica es, evidentemente, una acción de protección y recuperación de la salud. ¿Cómo se puede conciliar el deber

constitucional del Estado de proteger un "acceso libre e igualitario" a esta acción, por una parte, y una normativa legal que deliberadamente vuelve más oneroso el reposo de que se trata, por la otra?

¿En que queda la libertad e igualdad de acceso a las acciones de salud si la normativa que se propone desincentiva el reposo, imponiendo una carencia donde hoy no existe y poniendo un tope al subsidio en casos en que ello no aplica en la actualidad?

Más allá del propósito de ahorrar el subsidio frente a dolencias o malestares leves o transitorios, la verdad es que cuesta mucho encontrar una base para la institución de la "carencia" que pudiera justificar un proyecto cuyo efecto neto es que el acceso al reposo pasa a ser menos "libre" y menos "igualitario".

Detrás de la "carencia" estaría la idea de hacer al trabajador corresponsable, al menos en parte, de los perjuicios que irroga para sí mismo, para la empresa y para el Estado, un problema de salud. De esta manera, y al igual que ocurre con el "deducible" en la cobertura de muchos seguros que protegen contra el daño a las cosas (que impone el costo de una primera parte de la pérdida al propio asegurado), la carencia busca fomentar en el asegurado el tipo de comportamiento cuidadoso y responsable que minimizaría el acaecimiento de siniestros.

Y así, se asume que el trabajador que sabe que la seguridad social nunca va a cubrir el total de la remuneración por el periodo de reposo, tendría un estímulo patrimonial para ser especialmente responsable en su autocuidado. Al existir este incentivo (desincentivo), la probabilidad del acaecimiento de este tipo de siniestros (enfermedades y accidentes) bajaría de manera significativa. Lo cual, en último término, redundaría en abaratamiento de los costos totales del seguro, menos accidentes/enfermedades y mayor productividad.

No soy quien discutirá los análisis conductuales y actuariales detrás de estas políticas de seguro. Lo que si puedo afirmar es que la defensa moderna de los derechos fundamentales, y de los derechos humanos, es ajena, incluso contraria, a utilitarismos de cualquier especie. La idea Benthaniana según la cual lo que debe hacerse a nivel de la legislación y la administración es, sin más, aquello que provee de máxima utilidad a la mayor cantidad, no captura la idea de valor inalienable de la dignidad inherente a cada persona.

De esta manera, si bien puede entenderse perfectamente que, en base a consideraciones estadísticas generales, y con miras a la mutualización, exista deducible en el caso del seguro automotriz o haya primas diferenciadas en base a edad, estilos de vida o condiciones de salud para los seguros de vida, hay que tener cuidado con trasladar la lógica de esos seguros privados a un sistema de seguridad social.

Recuérdese que tanto el TCCh como la Corte Suprema han considerado que, tratándose de la satisfacción del derecho social a la protección de la salud, las Isapre vulneraban la Constitución cuando calculaban el valor de la prima a pagar por el afiliado empleando tablas de factores que consideran el sexo o esquemas etarios muy rígidos.[14] Una y otra vez, las normas y los planes que recogían estos criterios actuariales fueron declaradas inaplicables, arbitrarias o derechamente inconstitucionales. El legislador ha tomado nota y ha empujado reformas en esa misma dirección. Incluso, la noción misma de "preexistencia", clave para ponderar el riesgo concreto, es crecientemente considerada como una negación de los fundamentos de un auténtico derecho social.

Me parece que someter a todo trabajador que se enferma a la carga de soportar una merma en su ingreso en base a la justificación de que con ello se fomentarán mejores prácticas en la población agregada es un tipo de utilitarismo que no se condice con los conceptos de derechos fundamentales y derechos sociales. Y al utilizar a una persona como medio para un fin colectivo, la regla en cuestión niega, además, su esencial dignidad.

Lo que hace el proyecto es quitar a un conjunto importante de trabajadores chilenos, los funcionarios públicos, el reconocimiento pleno a este Derecho, un reconocimiento pleno de que gozan desde hace más de 60 años. A la luz de lo que venimos explicando, se trata, evidentemente, de un retroceso. Un retroceso inconstitucional.

Recapitulando, podemos señalar que por mucho que se intente ponderar, el fundamento detrás de la carencia no alcanza a legitimar constitucionalmente una norma que vuelve menos "libre" y menos "igualitario" el acceso a una de las

[14] En el caso del TCCh, véase, especialmente, la sentencia Rol 1710 de 10 de agosto de 2010. Para la jurisprudencia respectiva de la Corte Suprema, consultar el fallo rol 16.630-2022 de 30 de noviembre de 2022.

acciones de salud más importantes: el reposo prescrito por una licencia médica válida.

La imposición de la carencia y del nuevo tope a la compensación a los funcionarios públicos no solo vulnera el derecho a la protección a la salud de quienes deberían poder cumplir de manera libre e igual el necesario reposo. En la medida que la reforma tenga el efecto perfectamente predecible de impulsar a que algunos funcionarios enfermos elijan concurrir al trabajo antes que pagar el costo de perder 2 días de remuneración, o aquella parte de su ingreso que supera el tope, se generará, además, en el caso de las enfermedades infecciosas, un peligro para la salud de todos los demás funcionarios que deban interactuar con el funcionario enfermo. Lo expresado sólo confirma que estamos ante un proyecto que debilita la protección estatal al derecho de la salud.

LA LIBERTAD DE TRABAJO Y LA JUSTA RETRIBUCIÓN

El proyecto que examinamos incurre en un tercer tipo de vicio de inconstitucionalidad. Nos referimos a su contrariedad con lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 de la CPR en cuanto se asegura a todas las personas "La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución."

La protección de la libertad de trabajo incluye, pero no se agota en, el derecho de las personas a elegir la ocupación en que se emplearán y, en el caso del sector privado, a pactar individual o colectivamente las condiciones de ese empleo.

Se equivocaría, sin embargo, quien pensará que lo único que, respecto del trabajador, protege la Constitución es esa libertad para optar, sin interferencias ni discriminaciones. La verdad es que una lectura más profunda demuestra que la Carta Fundamental acoge el "Principio de protección del trabajador". Y lo hace por medio de ideas o instituciones como los derechos a la justa retribución del trabajo, a negociar y a la huelga; todos los cuales no se entenderían sino es a partir de la constatación de requerir el trabajador de un apoyo especial del Derecho. Esa misma convicción es que la explica la existencia misma del Derecho laboral como rama especializada del ordenamiento jurídico.

En la misma medida en que el Derecho Laboral responde, esencialmente, al propósito de intentar corregir el desequilibrio de poder que existe entre el operario y el dueño del Capital, está animado por este "Principio de Protección del Trabajador". Concuerdo con Sergio Gamonal, entonces, cuando plantea que, desde el momento en que la Constitución hace suya la protección de la libertad sindical, no puede sino estar importando también dicho principio.[15]

Agreguemos evidencia que demuestra el reconocimiento constitucional de este principio. Para estos efectos deberemos hacer una revisión más general del texto de la Carta Fundamental (sistemático). Al realizar esa búsqueda aparecen al menos dos disposiciones constitucionales que claramente desafían lo que podríamos llamar la lógica de la libertad absoluta. Se trata de dos preceptos que solo pueden explicarse desde la perspectiva de la protección del trabajador.

Así, el artículo 19 N° 18 del que ya hemos hablado, y a propósito de la seguridad social, compromete al Estado a asegurar la seguridad social y dispone que la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. Estas nociones rompen con la idea que cada individuo debe hacerse cargo por su cuenta de enfrentar las contingencias de la vejez, la invalidez, el accidente o la enfermedad.

El artículo 65 N° 4 de la Constitución, por su parte, indica que el Presidente de la República tiene iniciativa exclusiva para fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirven para determinarlos. Tratase aquí de una protección del trabajador contra su propia libertad para pactar; concretamente contra aquel ejercicio de libertad, que muy condicionado por la necesidad, le forzara, en los hechos, a aceptar un salario miserable.

A las normas constitucionales citadas cabe agregar lo dispuesto en aquellos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentre vigentes y que ensanchen el ámbito de los derechos del trabajador. Este incluye, por supuesto, el contenido de Convenios de la OIT.

---

[15] **Gamonal, Sergio:** "El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución chilena", Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 11, N° 1, 2013, pp. 425-458.

Desde la óptica del principio anotado, los conceptos de trabajador y justa retribución adquieren un cariz especial.

En el Derecho laboral el trabajador no es alguien que arrienda sus servicios a un tercero a cambio de un canon equivalente a dichas prestaciones. El trabajador es una persona que pone su tiempo, sus energías y sus talentos a disposición de un proyecto empresarial. Podrán hacerse estimaciones, o fijarse metas, de productividad, pero la dinámica del emprendimiento tiene un componente impredecible. Mientras el trabajador cumple con estar disponible de buena fe para cumplir sus tareas, no se le puede castigar por los avatares del mercado.[16] El contrato podrá identificar los contornos de las tareas que se asumen (sujetos a un razonable ius variandi), pero la situación de dependencia del trabajador es objetivamente distinta a la del proveedor o el arrendador.

Bajo la concepción humanista y social explicada, la idea de deducir una parte de la retribución a quien se enferma, explicable quizás desde la lógica de quien paga, no por el trabajo humano, sino que por cantidades de unidades productivas o número de prestaciones, niega la naturaleza del vínculo laboral.

El ser humano no es una máquina. Tiene derecho a descansar. Y por eso se pagan la semana corrida y también las vacaciones. Puede enfermarse. La enfermedad no niega ni traiciona la existencia del vínculo. Ese trabajador enfermo sigue a disposición del empleador. Y aun cuando, por razones ajenas a su voluntad, no esté en condiciones de cumplir algunos de sus deberes (p.e. presentarse al lugar de trabajo por estar guardando reposo), sigue afecto a otras obligaciones (p.e. cuidar los bienes de la empresa y no apoyar a la competencia). Y precisamente porque enfermarse no constituye ningún incumplimiento, sigue teniendo todos sus derechos. Incluido, por supuesto, el derecho a la remuneración.

[16] Un trabajador al que se le paga única y exclusivamente si es que existen ganancias y en proporción estricta a esas ganancias, de haberlas, no es *stricto sensus* un trabajador, …es un socio. El caso del trabajador, el sueldo base o fijo pactado se debe pagar independientemente de las utilidades o perdidas de la empresa (cuestión distinta es que puedan pactarse bonos o premios). Es verdad que la ley chilena admite la causal de despido por necesidades de la empresa, pero evidentemente esa causal no atribuye ninguna culpa al trabajador.

Generalmente se ha entendido que el concepto de "justa retribución" que utiliza el artículo 19 N° 16 de la CPR, más que apuntar a una cierta conmutatividad entre el valor de lo realizado y el precio pagado, alude, en lo esencial, a un cierto mínimo suficiente para el sustento digno de la persona del trabajador y su grupo familiar. Estando de acuerdo con esa lectura que, por lo demás, es compatible con la norma ya referida que permite a la ley fijar remuneraciones mínimas (artículo 65 N° 4 de la CPR), me parece que el concepto de "justa retribución" comprende, además, la idea según la cual los impedimentos de fuerza mayor que le impidan al empleado presentarse al lugar de trabajo nunca serán causa de afectación de su compensación.[17]

El concepto de "justo" apunta precisamente a que nadie que está al día con sus obligaciones deba sufrir merma en sus derechos. Dicho lo anterior, se entenderá porque afirmo que la "carencia", más allá de sus justificaciones economicistas, al dejar de pagar a un trabajador que no ha incumplido ninguno de sus deberes, constituye una vulneración al derecho constitucional de aquel a percibir su "justa retribución".

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD

En un sentido amplio, el funcionario público es un trabajador.[18] Y, por lo mismo, varias de las reflexiones anteriores sobre los derechos de los trabajadores son también aplicables al funcionario.

Dicho lo anterior, corresponde anotar, sin embargo, que existen diferencias esenciales entre los trabajadores del sector privado y los funcionarios.

---

[17] Se me viene a la mente el avance social y de justicia que significó en el terreno del trabajo agrícola cuando se legisló en el sentido que se paguen también aquellos días de lluvia que han vuelto imposible la siembra o la cosecha (ley Nº 16.601, de 1967, dictada bajo el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva).

[18] Recuérdese, al efecto, que el Código del Trabajo opera como norma supletoria general del trabajo humano prestado en condiciones de subordinación y que determinadas instituciones que están reguladas en el Código del Trabajo tienen aplicación directa para los trabajadores del sector público, como es la normativa protectora a la maternidad, paternidad y vida familiar. Vease: **Varas, Karla**: "Laboralización de la función pública. Reflexiones a propósito del debate sobre la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales a los trabajadores públicos, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.56 Valparaíso jul. 2021

El proyecto incurre en el error de soslayar completamente esas diferencias sustantivas. Y al hacerlo vulnera también la Constitución.

El proyecto cree estar avanzando en igualdad al uniformar el régimen de licencias médicas aplicable a trabajadores del sector privado y funcionarios público. En efecto, el Mensaje del Ejecutivo confiesa que uno de los objetivos del proyecto consiste en "Homologar la regulación del sector público y privado". Tomando nota de las diferencias existentes actualmente en materia de licencias, el Mensaje plantea que dado que "la contingencia que deriva del otorgamiento de una licencia médica es la misma (accidente o enfermedad común) …se ha estimado necesario avanzar hacia una homologación con quienes reciben SIL".[19]

Como anticipamos, el argumento igualitarista del Ejecutivo es errado. La igualdad que interesa y garantiza la Constitución no consiste en tratar de manera idéntica todas las situaciones. La igualdad constitucional a que refiere el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental admite, por supuesto que frente a situaciones distintas el legislador pueda establecer diferencias. La prueba de la blancura constitucional es que todos y cada uno de los tratos distintos que pueda establecer el legislador deban ser siempre razonables y nunca arbitrarios.

En el caso del trabajador del sector privado, nos hallamos ante alguien que negocia libremente ciertas condiciones laborales (por supuesto esa libertad no es total, pues el Derecho Laboral impone algunos mínimos irrenunciables). Dependiendo de su productividad, o valor de mercado, un trabajador individual podrá negociar condiciones muy superiores a los mínimos.

La contribución del trabajador será a un proyecto que, tenga o no fines de lucro, está orientado a desarrollar los objetivos definidos por su empleador. Si bien el ordenamiento jurídico no visualiza al trabajador y al empleador como enemigos, sí asume que naturalmente existe entre ellos una cierta tensión en cuanto a los legítimos intereses de uno y otro. La ley intenta canalizar esa tensión estableciendo normas que regulan el conflicto y que protegen a la parte más débil.

[19] pp. 11-12.

En el caso del funcionario, nos encontramos ante alguien que se suma al esfuerzo de Bien Común que despliega el Estado. El funcionario no trabaja para que tenga éxito económico su empleador. Su contribución es al logro permanente por parte de la Administración de objetivos de satisfacción de necesidades públicas. Más allá de la dirección de la Jefatura del Servicio, el funcionario sirve a un ente impersonal: el Estado chileno. Su función, y las condiciones bajo las cuales actuará, están fijadas en leyes de la República que no dejan margen para negociaciones (ni individuales ni colectivas) entre funcionarios y su jefe de servicio. Típicamente no existe un derecho legal a la huelga.

Contra cierto estatismo romántico, el funcionario no es mejor que el trabajador del sector privado. Contra cierto neoliberalismo, el funcionario tampoco es peor. Es distinto. Y lo suficientemente distinto como para justificar regímenes especiales.

Por más de 60 años, el Estado de Chile le ha reconocido a sus funcionarios un derecho al reposo necesario sin merma remuneracional. Más allá que existan argumentos jurídicos para afirmar que tal régimen, con repercusiones patrimoniales, es un derecho adquirido protegido por la garantía de la propiedad, lo que me parece evidente es que se trata de la única fórmula que cumple con los mandatos constitucionales en materia de seguridad social, protección de la salud y a la justa retribución. Que el Código del Trabajo no trate con el mismo respeto la situación de los trabajadores del sector privado, no puede ser argumento constitucional para "quitarle los patines" a los funcionarios. La verdad es que esa pretendida igualación tampoco será efectiva. Dado que subsistirán las muchas otras diferencias entre unos y otros (p.e. la posibilidad entre privados de negociar mejores condiciones para las licencias) estamos ante una "igualación" que lejos de igualar, discrimina.

INDICACIONES

Creemos haber demostrado que, tal como está, el proyecto incurre en vulneraciones constitucionales de los derechos de los funcionarios públicos.

En lo que sigue, este Informe se permite sugerir cuales podrían ser los cambios concretos al proyecto que tendrían la virtud de alinearlo con los principios y reglas de la Carta Fundamental.

Debe tenerse presente qué, versando directamente el proyecto sobre cuestiones relativas a la seguridad social, el artículo 65 de la CPR establece que toda y cualquier indicación al Proyecto, sea aditiva, sustitutiva o supresiva, por incidir en materia de iniciativa exclusiva, debe ser auspiciada por el Presidente de la República.

También cabe recordar que por tratarse de una regulación que incide en la seguridad social, todas las normas pertinentes, y eso vale también para las indicaciones, deben aprobarse por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (quórum calificado).

Teniendo a la vista los términos del encargo profesional que se me ha hecho, las indicaciones que se proponen tienen el objeto de corregir o subsanar los defectos de constitucionalidad del proyecto que inciden en el régimen de los funcionarios públicos. Debo señalar, en todo caso, que también he identificado problemas de constitucionalidad con aquellas normas que, como el artículo 1° del proyecto, inciden en la situación de trabajadores del sector privado.[20]

[20] El artículo 1 del proyecto, que modifica el artículo 14 del DFL N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, propone modificar los términos en que opera el SIL para los trabajadores del sector privado. Con extraña técnica legislativa, el proyecto deja intacto el actual inciso primero de dicho artículo 14 ("Los subsidios se devengarán desde el primer día de la correspondiente licencia médica, si ésta fuere superior a diez días o desde el cuarto día, si ella fuere igual o inferior a dicho plazo"), pero plantea agregar un inciso segundo que, en los hechos, elimina la distinción entre licencias largas y cortas, estatuyendo que los subsidios se devengarán desde el tercer día de la correspondiente licencia médica.
Aun cuando el otorgamiento del subsidio desde el tercer día, y no desde el cuarto día, mejora marginalmente la situación de los trabajadores del sector privado a quienes se otorga licencia corta, el establecimiento de carencia en licencias largas, donde hoy ella no aplica, plantea un detrimento remuneracional para todos los trabajadores del sector privado que requieran de un reposo superior a los 10 días.
Los autores del proyecto sospechan que la existencia actual del doble sistema (sin carencia para licencias largas y con carencia para licencias cortas) genera un incentivo para que al trabajador del sector privado le convenga económicamente "conseguir" una licencia de 11 días y no una de 5, 7 o 9 días. No satisfechos con endurecer el régimen de fiscalización sobre la forma en que los profesionales de la salud evalúan el otorgamiento de la licencia, los responsables de la iniciativa han querido atacar directamente lo que entienden sería la fuente de este potencial abuso (el incentivo "perverso" de la ausencia de carencia en licencias largas).
Ahora bien, colocado ya el legislador en el terreno de eliminar incentivos inadecuados, siempre existía la posibilidad de desincentivar las licencias más largas de lo estrictamente necesario, eliminando la carencia para la licencia corta. Que el proyecto no haya seguido ese camino, (que hubiera significado nivelar en favor de la indemnidad remuneracional del trabajador enfermo, cualquiera sea el reposo requerido para recuperar la salud), sino que haya optado por la vía de nivelar en contra de esa indemnidad remuneracional, es demostrativo, me parece, del hecho que esta parte del proyecto más que construida para enervar abusos, está pensada para lograr ahorros fiscales.

En el caso del artículo 2° del Proyecto, estimo que las normas allí contenidas, que buscan reforzar fiscalizar el cumplimiento del reposo y el buen uso de la licencia médica, no presentan mayores problemas de constitucionalidad.

En la misma línea, debo señalar que no observo mayores dificultades de orden constitucional en el artículo 4° del Proyecto cuyo propósito es agilizar el reembolso de los subsidios de discapacidad.

En cuanto al artículo 6° del proyecto, que trata de la forma en que se computan los días de licencia, hayan sido autorizadas por la autoridad competente o no, a efectos de la declaración de vacancia del cargo por salud incompatible, tampoco visualizo ningún problema específico de inconstitucionalidad.[21]

Los problemas centrales del proyecto radican en sus artículos 3 y 5. He explorado la posibilidad de plantear indicaciones sustitutivas o que eliminen algunas palabras o frases aisladas de dichos preceptos. La verdad, sin embargo, es que ambos artículos constituyen unidades lógicas imposibles de escindir. El único remedio, entonces, consiste en suprimir completamente ambos artículos.

Indicación Número 1.-

"*Suprímase el artículo 3°.-*"

Indicación Número 2.-

"*Suprímase el artículo 5°.-*"

[21] El inciso primero del artículo 151 del Estatuto Administrativo otorga a la Jefatura Superior del Servicio la facultad privativa de "considerar" como salud incompatible la circunstancia de haberse hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años. En todo caso, debe anotarse que, en virtud de la ley N° 21.050, de 7 de diciembre de 2017, se agrega un inciso que especifica el modo en que puede ejercerse legítimamente esta potestad ("El jefe superior del servicio, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo"). No deja de llamarme la atención que, previo al añadido indicado, fuera habitual que las Cortes rechazaran Recursos de Protección en que se planteaba que las declaraciones de vacancia por el solo concepto de 6 meses de licencia en los últimos dos años era un acto arbitrario (así, Recurso de Protección Rol 178-2005, Corte de San Miguel, confirmado por la Corte Suprema el 3 de agosto de 2005, rol N° 2875-2005 y Recurso de Protección Rol N° 485-2004, Corte de Apelaciones de Valparaíso). También me parece llamativo que el TCCh hubiera rechazado acciones de Inaplicabilidad contra el artículo 151 en su versión previa a la reforma de la ley 21.050 (ver sentencias Roles 2024, 2379, 2921, 3028). Contra este trasfondo complaciente, sin embargo, el 5 de julio de 2023 el TCCh ha acogido una acción de Inaplicabilidad contra el mencionado artículo 151 (Rol 13.508).