

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

TÍTULO: EL ROL DEL ESTADO ANTE LA PRIVATIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL ¿DESNATURALIZACIÓN DE UN DERECHO O FLEXIBILIDAD DE UN MODELO ECONÓMICO?

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Público y
Buen Gobierno

Autor: Laura Chinyi Ieong Lau

Asesor: Renata Bregaglio Lazarte

Código de alumno: 20100214

2017

RESUMEN

El principal objetivo de este trabajo consiste en determinar —desde una aproximación general— en qué medida la privatización del derecho a la seguridad social en nuestro ordenamiento jurídico habría supuesto o no la desnaturalización del contenido de este derecho. Para tal propósito, centraremos nuestro análisis en la prestación social referida a pensiones. En tal sentido, la justificación de este artículo no es otra que la de poder contribuir, desde la perspectiva de los derechos humanos, al análisis de este derecho, así como a la reflexión acerca de las dificultades que este afronta para lograr su plena efectividad.



ESQUEMA

I.- Introducción.....	
II.- El derecho a la seguridad social en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).....	
II.I. La consagración histórica del derecho a la seguridad social en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).....	
II.II El derecho a la seguridad social: marco normativo y aproximación conceptual.	
II.III Obligaciones de los Estados respecto del derecho a la seguridad social: las dimensiones de la seguridad social.....	
III.- Un acercamiento al modelo económico neoliberal peruano.....	
III.I. Una aproximación a nuestra Constitución Económica.....	
III.II. Políticas económicas liberalizadoras y privatizadoras: la introducción del sistema privado de pensiones.....	
IV.- El panorama de nuestro sistema de seguridad social: prestaciones en materia de pensiones.....	
IV.I. Acerca de las fallas en el mercado privatizado de la seguridad social.....	
IV.II. Acerca del contenido <i>esencial</i> del derecho a la seguridad social. ¿Los principios de la seguridad social son parte de su contenido esencial?.....	
IV.III. ¿Nos encontramos ante la desnaturalización de un derecho humano?.....	

V.- Conclusiones.....

VI.- Bibliografía.....

I. INTRODUCCIÓN

Podemos afirmar que el derecho a la seguridad social reviste una importancia primordial en las sociedades contemporáneas. Esta se encuentra vinculada a la consecución de aquel estándar que entendemos como un adecuado nivel o calidad de vida, así como a la búsqueda de la satisfacción de las necesidades más elementales. Lo antes dicho guarda relación con la Observación General N.º 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Para esta última, el derecho a la seguridad social reviste una *“importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”*.

No obstante, efectivizar este derecho en nuestro ordenamiento jurídico supone la implementación de un sistema de seguridad social. Al mismo pretendemos aproximarnos, desde las limitaciones que, reconocemos, acompañan a este breve artículo académico.

El principal objetivo de este último, en este contexto, será determinar en qué medida el contenido del derecho a la seguridad social habría sido desnaturalizado, al ser transferidas sus prestaciones al sector privado. Para tal propósito, analizaremos exclusivamente la prestación referida al rubro de pensiones. Desarrollaremos, en primer lugar, el marco normativo concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales. Seguidamente, abordaremos el modelo económico que recoge nuestra vigente Constitución, así como las implicancias de la introducción del Sistema Privado de Pensiones en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, enfocaremos nuestro análisis en los principios que rigen el derecho humano a la seguridad social, a través de

un análisis crítico de sus fundamentos, esperando con ello alcanzar de manera satisfactoria el objetivo propuesto.

II. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)

Abordar el derecho a la seguridad social desde la doctrina propia de los derechos humanos supone situarlo —siendo este el enfoque del cual partiremos— en el marco de los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

Debemos recordar, en tal sentido, que la clasificación tradicional de los derechos humanos permite agruparlos bajo dos grandes categorías: los derechos civiles y políticos (DCP) de una parte y, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), de otra.¹

Ahora bien, el origen de la diferenciación teórica entre ambos grupos de derechos humanos obedece a causas eminentemente históricas y acaso políticas, no debiéndose concebir actualmente como una diferenciación jerárquica². Tal es la tesis que sostienen diversos autores, al manifestar —en un debate ya zanjado a nivel doctrinario— que la diferencia entre estos derechos no es sustancial, sino de *grado*, respecto de las

¹ No profundizaremos acerca de las diferencias teóricas entre los DESC y los DCP. Bastará con mencionar que no existe una jerarquía entre derechos humanos y que son múltiples las semejanzas en cuanto a las obligaciones que ambos *tipos* de derechos suponen para los Estados.

² Respecto de la consagración histórica de los DESC, se ha precisado que: “(...) *Es ante la inminente necesidad de aprobar instrumentos convencionales que vinculen jurídicamente a los Estados, y que generen mecanismos de supervisión y control, que estos se plantean la necesidad de distinguir entre DCP y DESC, tomando en consideración fundamentalmente la naturaleza de las obligaciones emanadas por estos grupos de derechos, y sus posibilidades y limitaciones en torno a la judicialización de las violaciones.*” (BREGAGLIO 2010: 17).

obligaciones que acarrear para los Estados (ABRAMOVICH Y COURTIS 2002: 24-25).

En virtud de lo antes dicho, podemos afirmar que todos los derechos humanos, tanto los DCP como los DESC, representan en mayor o menor grado obligaciones en sentido positivo (obligaciones de acción) y negativo (obligaciones de abstención) para los Estados. Ello se refuerza si atendemos a las características esenciales que comparten estos derechos, siendo estas su indivisibilidad, interdependencia³ y progresividad⁴.

En síntesis, podemos concluir que los DCP y los DESC no son diferentes en cuanto a su fundamento, si bien, a nivel normativo subsisten determinadas diferencias relacionadas al carácter (inmediato o progresivo) de las obligaciones que estos generan, así como respecto de la posibilidad de judicialización de las mismas en el contexto de cada Estado. Muestra de ello son las disposiciones referidas a la obligatoriedad en la adopción de medidas para lograr la plena efectividad de los DESC, que demandan agotar “*hasta el máximo de recursos disponibles para los Estados*”, así como el logro *progresivo* de estos derechos (Párrafo 1, artículo 2 del PIDESC y artículo 1 del Protocolo de San Salvador).

Realizada esta breve introducción teórica, abordaremos los antecedentes del derecho a la seguridad social, así como los principales instrumentos normativos que lo regulan.

III. LA CONSAGRACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH)

³ Un ejemplo del carácter interdependiente de los derechos humanos puede evidenciarse respecto del derecho a la salud, cuyo contenido abarca a los denominados *determinantes básicos o subyacentes de la salud*, siendo estos: el acceso al agua potable, a servicios de saneamiento, a educación en salud, a una vivienda y alimentación adecuadas, entre otros. (Fuente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nro. 14.)

⁴ Respecto a esta noción de progresividad, se ha precisado que esta supone una obligación para los Estados de un avance gradual y constante hacia una mayor efectividad de los DESC, así como una obligación de no reversibilidad, entendida esta como la no restricción injustificada de la situación de un DESC. (SALMÓN 2010 :34-35)

La consagración histórica del derecho a la seguridad social tuvo origen —conforme lo reseñan diversos autores— en las políticas orientadas a satisfacer las demandas laborales, surgidas en la Europa de fines del Siglo XIX. Estas giraban en torno al aseguramiento social frente a supuestos de enfermedad, vejez e invalidez para el trabajo; principalmente, conceptos que hoy identificamos como *contingencias sociales*.

En tal sentido, MESA LAGO refiere que el concepto moderno de seguridad social resulta atribuible a S.W. Beveridge, quien lo desarrolló en su célebre informe: *El Seguro Social y sus Servicios Conexos* (1942). Este mismo proponía ya un plan articulado en materia de seguridad social. Años después, en el período próximo a la culminación de la Segunda Guerra Mundial, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el contexto de la Declaración de Filadelfia del año 1944⁵, elevaría a la seguridad social a un instrumento internacional. Esta última proclamaría, además, la necesidad de extender su cobertura. (MESA-LAGO, CARMELO 2005:13).

De esta manera, en los años subsiguientes a la Declaración de Filadelfia, se consagraron —en el marco del DIDH— distintos instrumentos normativos en materia de seguridad social, tales como: el Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), en el año de 1952 y el Convenio sobre la Igualdad de Trato (seguridad social), en el año de 1962. Asimismo, podemos mencionar al Convenio sobre Política Social, del año 1962, y el Convenio sobre las Prestaciones en caso de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales del año de 1964. Posteriormente, en 1966, el derecho a la seguridad social fue reconocido en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁶

⁵ La Declaración de Filadelfia, adoptada el 10 de mayo de 1944 en el marco de la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo dispuso, respecto de la seguridad social, lo siguiente: “*La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: (f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa (...)*”

⁶ Si bien fueron dadas en el año de 1944, es de importancia mencionar también a la Recomendación sobre la Seguridad de los Medios de Vida (Recomendación N.º 67) y a la

Este es pues, un acotado recuento de la consagración de este derecho humano en el ámbito internacional. Resta mencionar que este derecho ha sido reconocido en nuestra Constitución Política, en el Capítulo II, referido a los Derechos Sociales y Económicos, bajo el tenor literal de ser un derecho *universal y progresivo*. A ello se añade la regulación de orden legal y reglamentario, aspecto de gran relevancia si entendemos que, en materia de seguridad social, nuestra Constitución dispone que sea la ley quien determine las contingencias a ser protegidas mediante este derecho fundamental.⁷

II.II EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: MARCO NORMATIVO Y APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

En cuanto a la consagración normativa del derecho a la seguridad social, advertimos que este se encuentra regulado en diversos tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos⁸, ya ratificados por el Estado peruano. Es así como, bajo el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), el derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Asimismo, en el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que reconoce este derecho en sus artículos 9 y 10. De igual forma, no podemos dejar de mencionar el reconocimiento del derecho a la seguridad social en el Convenio N.º 102 de la OIT, que se constituye como la norma mínima en materia de seguridad social, así como las recomendaciones que sobre este derecho ha desarrollado la propia Organización Internacional del Trabajo.

Recomendación sobre la Asistencia Médica (Recomendación N.º 69). Asimismo, recordamos que con posterioridad a la consagración del PIDESC, han sido dadas, evidentemente, numerosas normas e instrumentos en materia de seguridad social.

⁷ “Artículo 10º. - El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.” (subrayado nuestro).

⁸ Instrumentos que debemos destacar son: la *Observación General Nro. 19 del Derecho a la Seguridad Social (2008)*, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Asimismo, la *Recomendación Sobre los Pisos de Protección Social (2012)* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y demás normas dadas en los últimos años.

De otra parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) reconoce, en la Carta de la Organización de Estados Americanos (Carta OEA), el derecho a la seguridad social en el artículo 45 numeral h) y en el artículo 46. Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre lo reconoce en el artículo 16.

Finalmente, y, como un instrumento de regulación especial respecto de los DESC reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 26), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, reconoce el derecho a la seguridad social en su artículo 9. En cuanto a la regulación de este derecho a nivel constitucional, advertimos que este se encuentra expresamente reconocido en los artículos 10, 11 y 12, respectivamente.

Precisado este marco normativo general, resulta oportuno acercarnos a una definición de lo que entendemos por seguridad social, a fin de entender el fundamento de esta institución, como es la siguiente: *“(...) a la seguridad social se le puede definir como el conjunto de esfuerzos realizados por una sociedad para prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos. Estos esfuerzos se integran en un sistema de políticas, normas y actividades de administración.”* (RENDÓN 1981:04).

O bien de manera más específica, como refiere el siguiente autor:

La seguridad social consiste en un conjunto de medidas de amparo y atención de las necesidades personales en materia de salud, vivienda, previsión de accidentes, pensiones por incapacidad para el trabajo, viudez, etc. La finalidad de estas medidas es lograr que la sociedad como conjunto se ocupe de atender a quienes en necesidad urgente no pueden satisfacerlas. (RUBIO 1996:44)

En síntesis, de lo hasta ahora dicho, podemos sostener que la seguridad social es un derecho humano (DESC) que, debido a su carácter prestacional, va a suponer el despliegue de un sistema de seguridad social (un articulado de normas, procedimientos y prácticas). El fundamento del mismo, en términos generales, será el otorgamiento de

una adecuada cobertura o protección frente a determinados riesgos e imprevistos sociales. Es decir, frente a las contingencias inevitables que supone la vida en sociedad.

II.III OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS RESPECTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: LAS DIMENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A continuación, haremos referencia a las obligaciones que corresponde asumir a los Estados frente al derecho humano a la seguridad social, materia que resulta importante a fin de aproximarnos al contenido propio de este derecho.

Atendiendo a su naturaleza jurídica, tres son las obligaciones principales por ser satisfechas, como es el caso de todo DESC: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y, obligaciones de cumplimiento. De conformidad con lo indicado por HUNT, PAUL⁹, la primera de estas alude a la abstención por parte de los Estados de negar o limitar el igual acceso al goce y reconocimiento del derecho humano. En nuestro caso, al derecho a la seguridad social. La segunda atiende a las obligaciones de protección, referidas a la implementación de las medidas destinadas a garantizar que terceras personas no vulneren este derecho. Finalmente, las obligaciones de cumplimiento consisten en el reconocimiento normativo del derecho a la seguridad social en cada ordenamiento jurídico y en el marco de sus políticas públicas. La Observación General N.º 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas precisa, acerca de esta última obligación que aquella puede subdividirse en 03 obligaciones, consistentes en: *facilitar, promover y garantizar*, el derecho a la seguridad social.

Mencionado esto, consideramos oportuno referirnos también a la Observación Nro. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual versa sobre la índole de las obligaciones que deben adoptar los Estados Parte. Este instrumento desarrolla los conceptos de *progresividad* y *efectividad*, nociones que resultan

⁹ Estas tres obligaciones han sido abordadas como un marco analítico en un análisis integral del derecho a la salud. En: Hunt, Paul. *Los derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU del 14 de febrero de 2005

determinantes a efectos de abordar el debate concerniente a los DESC, como hemos ya advertido con antelación.

Por lo tanto, es de nuestra opinión que el cumplimiento y la efectividad del derecho a la seguridad social depende de distintos factores, entre ellos los factores inherentes al propio sistema por el cual se implementa¹⁰ habida cuenta de que la seguridad social es un derecho de configuración compleja. Esto se debe, en gran medida, a la naturaleza de las contingencias sociales que este derecho se avoca a tutelar; ya reflejadas en el amplio contenido de los rubros o *ramas* de la seguridad social, a decir: la atención en salud, la maternidad, la vejez, la orfandad, la discapacidad, los accidentes o el desempleo, entre otros¹¹. La referencia a estos rubros nos permite remitirnos, bajo el presente acápite concerniente a las dimensiones de la seguridad social, a los elementos que constituyen el *contenido* de este derecho humano. En tal sentido, la antes citada Observación General N° 19 nos proporciona un detalle de los elementos que configuran el contenido de este derecho, siendo los siguientes 1) Disponibilidad 2) Riesgos e imprevistos sociales (es decir, los rubros de la seguridad social) 3) Nivel suficiente 4) Accesibilidad y 5) Relación con otros derechos.

De cara a ello, podemos concluir que corresponderá a los Estados, entre ellos el peruano, la adopción de las medidas legislativas, administrativas, políticas y de otra índole que resulten necesarias para garantizar el respeto, la protección y el cumplimiento del derecho a la seguridad social. En suma, de satisfacer todas las dimensiones que entraña este derecho humano, lo cual supone la observancia de los elementos arriba descritos y de las obligaciones que con carácter general son predicables de todos los DESC.

¹⁰ No ha de olvidarse que existen también condicionantes subyacentes respecto de este derecho.

¹¹ Sobre este punto, indicaremos que las ramas principales de la seguridad social han sido identificadas como las siguientes: 1) atención de salud 2) enfermedad 3) vejez 4) desempleo 5) accidentes laborales 6) prestaciones familiares 7) maternidad 8) discapacidad y 9) sobrevivientes y huérfanos. En: Observación General Nro. 19, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Resta precisar que, para los fines de este artículo, abordaremos únicamente la prestación del derecho a la seguridad social concerniente al rubro de *vejez* o pensiones, aspecto sobre el cual nos introduciremos en líneas posteriores.

III. UN ACERCAMIENTO AL MODELO ECONÓMICO NEOLIBERAL PERUANO

En este segundo capítulo abordaremos brevemente el contexto que acompañó la consagración del modelo económico neoliberal peruano. El propósito de lo antes dicho será contextualizar adecuadamente el proceso que acompañó la introducción del Sistema Privado de Pensiones en nuestro ordenamiento jurídico, como parte del análisis de aquel.

III.I UNA APROXIMACIÓN A NUESTRA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Abordar las implicancias de un determinado modelo económico supone una compleja labor. Ello no solo debido a la amplitud de los alcances de las políticas económicas, sino a los diversos enfoques que sobre una misma materia o fenómeno suelen coexistir.

No obstante, sostendremos en este artículo que las disposiciones plasmadas en nuestro texto constitucional vigente— en el extremo referido a la Constitución Económica— constituyeron el fundamento normativo que acompañó las políticas neoliberales de las últimas décadas, suceso que se enmarca en un fenómeno de alcance global. El mismo repercutiría en el rol del Estado y, la forma en cómo este intervendría en la economía.¹²

Como indica KRESALJA, BALDO, este fenómeno supuso el debilitamiento de la configuración del Estado, en tanto productor o prestador (por excelencia) de bienes y servicios en el mercado. Remitiéndose al escenario local, el autor da cuenta del cambio en nuestra política económica, suscitado a raíz de la introducción de la Carta de 1993:

¹² Gaspar Ariño sostiene, por ejemplo, que este cambio es producto de un conjunto de factores históricos, económicos, tecnológicos e ideológicos, reforzados por la convicción de la primacía de la sociedad sobre el Estado. Ello denotaría el límite de la funcionalidad del propio intervencionismo estatal. (ARIÑO 2004: 01)

El rol del Estado en la economía cambia en forma sustantiva en lo que va de la Constitución de 1979 a la de 1993. Se trata de una variación importante (...) En la Constitución de 1979 el Estado estaba encargado de promover el desarrollo económico y social, formular y planificar la política económica pública y concertar con la actividad privada; mientras que en la Constitución vigente se ha optado por un modelo liberal, que si bien continúa manteniendo la cláusula que afirma que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, ahora el Estado ya no formula la política económica o planifica, no se obliga a prestar directamente los servicios públicos y su actuación empresarial se encuentra fuertemente limitada. (KRESALJA 2015: 86)

En atención a la cita en mención, corresponderá a la iniciativa privada y no al Estado (regido este último bajo el principio de subsidiariedad)¹³, ser la principal responsable de la actividad económica, bajo la fórmula de la libre competencia. Este fenómeno resulta relevante, en la medida que sus efectos son predicables del propio sistema de pensiones.

Mas aún, precisa el citado autor que, bajo esta óptica, el *desarrollo* será generado por la rivalidad entre empresarios privados, llamados a satisfacer las necesidades de los consumidores en los términos eficientes. Lo antes dicho se afirma, no sin antes advertirnos que “(..) *esta visión es una formulación proveniente de las economías de mercado de los países capitalistas más avanzados, promovida desde sus gobiernos y por las entidades internacionales que estos controlan*” (KRESALJA 2015: 105). Bajo este modelo económico denominado neoliberal desde cierto sector de la doctrina, es que resulta importante analizar el rol que debe desempeñar el Estado en tanto garante de los DESC. De acuerdo a ello, e independientemente de que la prestación de algunos de estos derechos haya sido transferida al sector privado, corresponde al Estado cumplir con la satisfacción de los mismos. Precisamente, respecto de la privatización de los derechos sociales se ha indicado que:

La privatización de los servicios esenciales ha inducido a menudo a la falsa idea de que el Estado deja de ser responsable de la realización de los derechos, y de que dicha responsabilidad ha sido traspasada al proveedor del sector privado. Aunque el proveedor del

¹³ El rol subsidiario del Estado, respecto del desarrollo de la actividad empresarial, encuentra sustento normativo en el Art. 60 de la Constitución de 1993.

sector privado es responsable en la medida en que lo determina la ley, continúa siendo el Estado quien debe rendir cuentas en primer término por sus responsabilidades en relación con los derechos humanos.¹⁴ (AMNISTÍA INTERNACIONAL 2005:2)

De cara a ello, consideramos que el punto de encuentro entre nuestra política económica y el deber de garantizar el derecho a la seguridad social bien puede encontrarse en el deber general de respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos, responsabilidad que recae sobre el Estado. Asimismo, en aquellos supuestos en que los servicios de carácter social sean brindados por el sector privado, el derecho público deberá asumir un rol garante, desplegando sus facetas de control, supervisión y sanción. En el terreno del derecho a la seguridad social ello supondrá la estricta observancia del cumplimiento de sus elementos constitutivos. A ello habrá que añadir la observancia de los principios del derecho a la seguridad social, materia que abordaremos seguidamente.

III.II LA INTRODUCCIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

Habida cuenta del cambio en la política económica nacional al que hiciéramos referencia anteriormente, podemos afirmar que las políticas privatizadoras, en los términos que bien da cuenta GASPAR ARIÑO¹⁵ alcanzaron a diversos sectores económicos y derechos a estos vinculados. Como advirtiéramos, este fenómeno fue predicable también del sector perteneciente a la seguridad social peruana. En cuanto al rubro correspondiente a pensiones, debemos indicar que el sistema a través del cual se implementaba esta prestación era administrado de manera exclusiva por el Estado, hasta el año de 1992. A partir de esa fecha y, a través de la introducción legislativa dispuesta mediante el Decreto Ley N.º 25897 que consagró el Sistema Privado de Pensiones (en

¹⁴ Cita literal. Fuente: AMNISTIA INTERNACIONAL, “*Los Derechos Humanos y la Privatización*”, Informe Público del 17 de marzo de 2005, pág. 2.

¹⁵ Para el referido autor: “*la despublificación describe la eliminación de una reserva pública preexistente y la vuelta a un régimen general de libertad. (...) Por eso se le llama también liberalización (apertura del sector a la libre actuación de los particulares). Por el contrario, la despublificación, se aplica a bienes y derechos concretos de contenido patrimonial y supone la privatización (transferencia al sector privado, es decir, a la titularidad privada de las empresas, bienes o recursos)*”. (ARIÑO 2004: 02)

adelante, SPP), en palabras de GONZALES HUNT, se buscó dar solución a un escenario general de ineficiencia, atribuida al sistema pensionario. Tal atribución no fue gratuita, si atendemos a las irregularidades reportadas respecto de la administración de los fondos de pensiones, cuya intangibilidad, en términos formales, se encontraba ya consagrada a nivel constitucional. El mencionado autor afirma en tal sentido que:

El Sistema Nacional de Pensiones se hallaba en una situación de crisis financiera ya que no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones. A esto se sumaba la escasa transparencia en el manejo de sus fondos. Las razones del desfinanciamiento del Sistema Nacional de Pensiones fueron, centralmente, la utilización por parte de los sucesivos gobiernos centrales del fondo de pensiones (que según el artículo 14 de la Constitución de 1979 no podían ser destinados a fines distintos de los de su creación) para cubrir sus propios problemas de inversión y liquidez (...). (GONZALES HUNT 2017: 14)

Podemos concluir sobre el particular y, en atención a las causas ya expuestas, que el rubro de la seguridad social correspondiente a pensiones fue liberalizado al admitirse la participación de actores privados en el mismo. De igual forma, podemos sostener que la privatización —en términos latos— operó al permitirse a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs) administrar y efectuar directamente las prestaciones económicas en materia pensionaria. Tenemos pues, que con a partir de la referida introducción normativa, se estableció la existencia de forma paralela de un sistema privado y un sistema público de pensiones. Esta dualidad también ha sido objeto de crítica, punto que consideramos oportuno mencionar.

Precisamente, en siguientes líneas esbozaremos brevemente las principales críticas formuladas en torno a los sistemas de pensiones. Adelantaremos nuestra postura indicando que la búsqueda del equilibrio (tanto económico como técnico) de estos sistemas no responde a la implementación de un modelo único, siendo además que el tenor de las normas de mayor jerarquía que regulan este derecho no impone el seguimiento de un modelo o diseño predeterminado

Más aún, esta libre formulación genera espacios de discusión y crítica que distan de ser pacíficos, los cuales versan sobre aspectos tales como la configuración, la implementación o el propio financiamiento (por mencionar algunos aspectos críticos) del sistema de pensiones. En una mirada acaso más optimista, podríamos sostener que un estudio integral del sistema actual y las causas que generan sus distorsiones —tarea que atañe en gran medida a la disciplina económica y financiera— bien podría generar alternativas viables a fin de adoptar una política nacional de pensiones coherente y sostenible. Reiteramos, sin embargo, que avizorar los alcances de una política nacional atiende a un estudio que supera ampliamente el objetivo del presente trabajo académico.

IV.- EL PANORAMA DE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: PRESTACIONES EN MATERIA DE PENSIONES

Hemos precisado ya que el sistema actual de seguridad social en materia de pensiones comprende al sistema público y al sistema privado. A continuación, abordaremos las principales *fallas* asociadas a este último. Con ello deseamos reflexionar acerca de los alcances del derecho a la seguridad social (y, por ende, de su sistema), así como respecto de la importancia de la no vulneración del contenido de este derecho fundamental.

IV.I. ACERCA DE LAS FALLAS EN EL MERCADO PRIVATIZADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Diversas fuentes indican que el mercado privatizado de la seguridad social no está exento de críticas en cuanto a su formulación, gestión e implementación (las mismas alcanzan también al sistema público, y con grandes creces). En tal sentido, buscaremos enfocar estas críticas desde las dificultades que afronta el SPP de cara a la satisfacción de los elementos que conforman el derecho a la seguridad social. Empezaremos indicando que, si bien la introducción del SPP en nuestro ordenamiento jurídico contribuyó a la sostenibilidad financiera (en el marco del panorama de crisis fiscal que el sistema público atravesaba), este presenta en la actualidad ciertas deficiencias, como bien se señala:

Luego de más de 20 años de funcionamiento del Sistema Privado de Pensiones (SPP), la reforma alcanzó sus objetivos financieros. Sin embargo, en el plano social, el nuevo esquema ha quedado lejos de un escenario deseable. Actualmente, solo la tercera parte de la fuerza laboral se encuentra afiliada al SPP, porcentaje que se reduce a menos del 20% si se consideran afiliados con aportes regulares. La alta informalidad, los serios problemas de liquidez que tiene este colectivo, así como la pobre cultura provisional, no han favorecido el incremento de la cobertura de manera significativa. (ALONSO, SANCHEZ Y TUESTA: 214:82)

Como podemos advertir, la baja cobertura del SPP es una de estas. La cita en referencia da cuenta de ello, así como de los factores que a ella subyacen, como es el caso de la informalidad laboral (y añadiríamos la inestabilidad económica) que afronta nuestro país. Ello impacta directamente en la posibilidad que tiene un gran sector de la población (el mayoritario) para garantizar un aporte regular al sistema de pensiones. Otra crítica que se formula a este sistema es el cobro de las denominadas *comisiones*:

Un punto importante que ha surgido en el debate ha sido las comisiones cobradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs). En general, lo que se espera de cualquier producto financiero, y más aun de un componente central de la seguridad social del país, es que los precios respondan al mercado sujeto a la regulación con características particulares. Además, es importante considerar que, si bien el precio afecta directa o indirectamente a la pensión, también es cierto que se debe tomar en consideración la rentabilidad y gestión del portafolio dentro de una frontera eficiente. (ALONSO, SANCHEZ Y TUESTA: 2014:82)

De lo antes dicho podemos comentar que, en efecto, la gestión o administración de los fondos aportados demanda un costo. El compromiso es aún mayor si aquellos son sometidos a operaciones que buscan generar algún tipo de rentabilidad en el tiempo. A nuestra consideración, el ámbito que corresponde a la gestión de los mismos debe regularse eficazmente. Ello atendiendo no solo a su especial naturaleza, sino al deber de garantizar que las comisiones o los *precios* relativos a la seguridad social no resulten irrazonables y, eventualmente afecten el elemento de accesibilidad que forma parte del contenido de este derecho.

Con todo ello, es de nuestra opinión que la formulación de un sistema exclusivamente privado, que carezca de regulación y supervisión estatal (y de ser el caso, de un

incentivo), difícilmente podrá satisfacer y lograr la plena satisfacción de las dimensiones del derecho a la seguridad social. De igual forma, no puede perderse de vista que existe de manera subyacente una estrecha vinculación entre los factores estabilidad económica e informalidad laboral en la participación y consolidación del propio sistema provisional.

Lo antes dicho agudiza la problemática en torno a las insuficiencias que se presentan para ambos sistemas. A continuación, realizaremos algunas aproximaciones al contenido esencial del derecho a la seguridad social, como punto culminante de nuestro trabajo.

IV.II. ACERCA DEL CONTENIDO *ESENCIAL* DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. ¿LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL SON PARTE DE SU CONTENIDO ESENCIAL?

Hemos hecho referencia hasta este momento de los elementos del derecho a la seguridad social como parte de su contenido. Resulta razonable entonces, concluir que aquellos contribuyen a definir y dimensionar este derecho humano. No obstante, no hemos incidido aun en el desarrollo de los principios del derecho a la seguridad, como tampoco respecto del pretendido contenido *esencial* de este derecho. Sobre estos puntos nos referiremos en estas líneas. En primer lugar, debemos indicar que las normas internacionales no consagran expresamente los *principios* de la seguridad social (salvo mejor parecer), si bien la doctrina sí los identifica en la medida que estos inspirarían el sentido de las normas en esta materia. En tal sentido, se precisa de manera general que los principios de la seguridad social son, de conformidad con lo indicado por PASCO COSMOPOLIS: *la universalidad, la generalidad-integralidad, la unidad y la solidaridad.* (PASCO COSMOPOLIS: 1998:170)

Cabe indicar que desde la doctrina existe un consenso general respecto del catálogo de los principios mencionados, los que de manera tradicional se han atribuido al derecho a la seguridad social. En cuanto al principio de solidaridad, los autores ACEVEDO Y ORTEGA, consideran que, si bien este principio no se encuentra explícitamente

formulado, sería posible deducirlo a partir en artículo 71 del Convenio 102 de la OIT¹⁶ (ACEVEDO Y ORTEGA 2012:100). Cabe indicar al respecto que, diversos autores han establecido la identidad conceptual entre el principio de solidaridad y el sistema de reparto (referido este último a una forma de financiamiento tradicional de la seguridad social).

En tal sentido, se llega a la conclusión de afirmar que los SPP —en tanto manifestación no de un sistema de reparto sino de un sistema de capitalización individual— no serían parte de la seguridad social, resultando completamente ajeno al ámbito de este derecho. Nosotros emitiremos nuestra apreciación personal al respecto en posteriores líneas.

En atención a lo ya mencionado, en lo que respecta a los principios de la seguridad social, podemos colegir que, en efecto existe un desarrollo de los mismos a nivel doctrinario, si bien las normas internacionales no los consagran de manera expresa. Esta omisión sí resulta pertinente de ser comentada respecto del principio de solidaridad, donde se requeriría una mayor precisión o referencia a nivel normativo, a diferencia de los demás principios de la seguridad social, de contenido acaso más definido y sobre los que, en su mayoría, existe un mayoritario consenso.

Mencionado esto, nos referiremos ahora al denominado *contenido esencial* del derecho a la seguridad social, a fin de determinar si el legislador, ya en el plano nacional, ha recogido como parte del contenido esencial del derecho a la seguridad social alguna referencia a los principios ya mencionados. En tal sentido, consideramos oportuno dar cuenta de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia.

¹⁶ Artículo 71:

1. El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas. (Artículo N° 71 del Convenio N.º 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)).

Concluimos, por lo tanto, que existe un desarrollo jurisprudencial que da cuenta de los principios que, como advirtiéramos, inspiran las disposiciones que consagran el derecho a la seguridad social.

Habida cuenta de estas premisas, esbozaremos una respuesta para la pregunta que nos pospusiéramos ¿son los principios de la seguridad social parte de su contenido esencial? Considero la respuesta en este extremo debe ser afirmativa. No solo habida cuenta de la jurisprudencia antes mencionado (la cual podríamos o no compartir) sino en el hecho de que —independientemente del vacío normativo— es posible colegir un contenido mínimo sin el cual no estaríamos ante este derecho o sin el cual lo estaríamos privando de sus fundamentos elementales.

La importancia de esta distinción, reside en determinar los escenarios de una eventual afectación a este derecho, así como identificar los supuestos (por ejemplo, el establecimiento de políticas públicas) que pretendan desnaturalizar el contenido de este derecho. Ahora bien, surge nuevamente el debate en torno al principio de solidaridad como principio y componente esencial de la seguridad social. Es oportuno recordar que la ya citada Observación General N° 19 dispone lo siguiente: *“También son aceptables otras formas de seguridad social, en particular: a) los planes privados y b) las medidas de autoayuda u otras medidas, como los planes comunitarios o los planes de asistencia mutua. Cualquiera que sea el sistema elegido, debe respetar los elementos esenciales del derecho a la seguridad social (...)*

El desarrollo precedente define a los planes privados como *una forma de seguridad social* lo que nos lleva a responder la pregunta que dejáramos inconclusa: ¿el SPP sería en rigor un sistema de seguridad social? Considero que nosotros podríamos establecer dos niveles de respuesta para esta pregunta: la primera de ellas referida a la seguridad social desde una perspectiva política, ello supondría determinar si el derecho a la seguridad social supone desde su formulación, la exclusividad de ser prestado directamente por el Estado.

La segunda sería referida a la seguridad social atendiendo a su sistema de implementación, esto nos llevaría a plantearnos si acaso el principio teórico de la

solidaridad al ser trasladado a la práctica, supone, de manera excluyente, la imposición de un sistema único de reparto y no de capitalización individual de los fondos en materia de pensiones. La primera cuestión es afirmativa a nuestro juicio, por lo que el debate se centra nuevamente en la interpretación del principio de solidaridad. Lo antes dicho nos lleva al planteamiento de la pregunta central de nuestro trabajo.

IV.III. ¿NOS ENCONTRAMOS ANTE LA DESNATURALIZACIÓN DE UN DERECHO HUMANO?

Como parte de este último capítulo, consideramos oportuno enfatizar que la privatización de la seguridad social trae aparejado también el principio de subsidiaridad (abordado en el segundo capítulo) que en materia de pensiones puede interpretarse como el repliegue de la participación del Estado en aras del sector privado. Ello sin embargo puede colisionar con nociones como la solidaridad, materia de la que veníamos reflexionando.

En tal sentido dependerá de la interpretación que de esta tengamos la justificación de las medidas que adopte el Estado en lo que concierne a la seguridad social y las políticas que destine para satisfacer este derecho humano y fundamental, a decir del reconocimiento de nuestro Tribunal Constitucional. De tal forma, si entendemos que la solidaridad es equivalente a una fórmula de reparto, únicamente, entenderemos que los SPP no forman parte de la seguridad social. En cambio, si se entiende a la solidaridad de un modo más amplio, podremos abrirnos a la posibilidad de acoger unas gamas más amplias de posibilidades que sirvan de sustento para formas de seguridad social que busquen no necesariamente la distorsión del sistema de seguridad social sino de la satisfacción de su contenido. Las fórmulas mixtas de seguridad social bien pueden ser un ejemplo de ello.

Por ende, Consideramos que la privatización del derecho a la seguridad social y, por ende, de sus prestaciones, no significa *per se* la desnaturalización de este derecho. Ello guarda conformidad con las propias disposiciones que provienen del DIDH, en la medida que, como advertiéramos, estas no imponen la obligación de establecer un régimen determinado en materia de seguridad social.

Las formas mixtas, públicas o privadas, por ende, resultarían viables en la medida que logren satisfacer el contenido y los principios del derecho a la seguridad social. Ello bajo un nuevo entendimiento de la noción de solidaridad, acaso de contenido más amplio. Consideramos también que sostener una postura contraria en la que solo sea permisible la existencia de un sistema financiado y gestionado a cargo del sector público, supondría desconocer la existencia de un pluralismo a nivel económico y político, ya plasmado en la política que rige nuestras constituciones, salvo mejor parecer.

Sin embargo, a modo de término, indicaremos que la discusión en torno a la elección de un adecuado sistema pensionario es una tarea pendiente en nuestra política de seguridad social. La agenda pública más reciente indica que se vienen gestando reformas para buscar un mayor equilibrio técnico, tan necesario para satisfacer la propia sinergia y eficiencia del sistema de pensiones, así como para buscar la plena satisfacción y bienestar de sus beneficiarios, fin que debería lograrse con la contribución tanto del Estado como del sector privado, salvo apreciación distinta.

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFIA

1) ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS

2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles. Prólogo de Luigi Ferrajoli.* Madrid: Editorial Trotta.

2) ALONSO, JAVIER, MARGARITA SÁNCHEZ Y DAVID TUESTA

2014 *Un modelo para el sistema de pensiones en el Perú: Diagnóstico y recomendaciones.* Publicación del Banco Central de Reserva del Perú. Revista Estudios Económicos N° 27, junio del año 2014, págs. 81- 98.

2) ARIÑO, GASPAR

2004 *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003).* Granada: Editorial Comares.

3) BREGAGLIO LAZARTE, Renata

2010 *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados*. Tesis de Maestría en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.

4) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

- 2000 Observación General Nro. 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/2000/4
- 2008 Observación General Nro. 19. *El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/CG/19

5) HUNT GONZALES, CESAR

2017 *El Sistema Privado de Pensiones en la Jurisprudencia del TC*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, abril de 2017.

6) KRESALJA, BALDO

2015 *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

7) MESA-LAGO, Carmelo

2005 “Las reformas de salud en América Latina y el Caribe: su impacto en los principios de la seguridad social”. Documento elaborado para el proyecto CEPAL/GTZ: *Policy Strategies for Sustainable Development in Latin America and the Caribbean: Promotion of a Socially Sustainable Economic Policy* (GER/01/31). Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas.

8) RENDON VASQUEZ, Jorge

1981 *Manual de Derecho de la Seguridad Social*. Lima: Ediciones Tarpuy.

9) RUBIO CORREA, Marcial

1996 *Para conocer la Constitución de 1993*. Sexta Edición. Lima: Desco.

10) SALMÓN GARATE, Elizabeth

2010 *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano: el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo-GTZ.

