

CUSO DE ACTUALIZACIÓN

NUEVAS TENDENCIAS DOCTRINARIAS Y
JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL.
Análisis casuísticos

LA SEGURIDAD SOCIAL EN
LA CONSTITUCION POLITICA
DEL PERU



La seguridad social en la Constitución Política del Perú

*César González Hunt**

SUMARIO

- I. La seguridad social. II. Seguridad social en el Perú.
- III. Una propuesta para el futuro de la seguridad social en pensiones.

Introducción

Dentro de las múltiples obligaciones que comprometen al Estado para con sus ciudadanos, vemos que una de especial realce es la referida al derecho de seguridad social que le es inherente a todo ser humano. Así, su inserción en el marco constitucional de nuestro país resulta trascendente para la concretización y reconocimiento del Estado peruano como uno Social y Democrático de Derecho.

Sin embargo, la consolidación de este derecho muestra una serie de antecedentes normativos que en el devenir del tiempo han ido modificando la conformación y la esencia del sistema legal de la seguridad social, llegando a concebir alternativas que, si bien brindan prestaciones que son propias de este derecho, no alcanzan a comprender los elementos a través de los cuales este concepto —la seguridad social— se materializa.

Así, a lo largo del presente trabajo intentaremos esbozar un análisis jurídico respecto de la evolución, actual panorama y futuro que presenta la seguridad social en el Perú.

I. La seguridad social

1. Evolución de la seguridad social

A lo largo de la historia se han presentado diferentes estadios de regulación de lo que actualmente conocemos como seguridad social. Quizá el momento

* Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

inicial más trascendente es lo que se conoce como la era Bismarck, quien como Canciller de Prusia propuso una serie de planteamientos con el propósito de prevenir contingencias como la enfermedad, la invalidez y la vejez. Así, estas propuestas son recogidas por el Parlamento en leyes históricamente reconocidas que instauran los primeros seguros de enfermedad (1883), de accidentes de trabajo (1884), y de invalidez y vejez (1889).

Sin embargo, el modelo implementado en Prusia no recogía completamente los elementos que caracterizan a la seguridad social, motivo por el cual es recién en el año 1919 cuando esta nace como concepto fundamental. El objetivo central de este nuevo concepto radicó en poder otorgar al sector obrero y a sus familias una suerte de protección frente a determinados riesgos que le son inherentes¹, siendo el más representativo de estos la vejez. El sistema de protección que abarca la seguridad social implicó garantías para afrontar riesgos y siniestros, conocidos como contingencias sociales, que se presentarían inexorablemente.

Lo anterior es expuesto por Alonso Olea y Tortuero Plaza, cuando señalan que la seguridad social cubre las contingencias y sobre todo se trata de necesidades cambiantes, pues "cada periodo histórico tiene un ideal de cobertura al que se aproxima el sistema de cada país, habiendo sido tendencia moderna—cuando menos desde comienzos del siglo XX—la ampliación de los riesgos cubiertos"².

En el mismo sentido, se expresa Monereo Pérez: "Es la seguridad social, la síntesis de múltiples esfuerzos en vistas de corregir las consecuencias de los mecanismos económicos para adoptar los recursos de los individuos y de sus familias a sus necesidades teniendo en cuenta las circunstancias cambiantes de todo tipo"³.

Como puede presumirse, es necesario contar con medios que permitan hacer sostenible el sistema que pretende la seguridad social, por lo cual esta cuenta con un patrimonio independiente del Estado, cuyo único objetivo es otorgar la protección que cada individuo requiera para afrontar los riesgos y contingencias que se presentan en la vida, en el momento que sea. Básicamente, la financiación de este fondo se conforma por las aportaciones de sus afiliados, quienes

en un modelo ideal, involucra a la totalidad de las personas. Sin embargo, otros factores externos a estas cotizaciones, como aportaciones estatales, acciones, derechos y bienes, y sus frutos, intereses y productos⁴, serán elementales para incrementar el patrimonio de la seguridad social.

El transcurso del tiempo ha generado que las sociedades evolucionen, presentando mayores y diferentes necesidades, motivo por el cual la seguridad social ha tenido que sufrir modificaciones para acomodarse a las nuevas realidades. Así, estos cambios han llevado a que el concepto desemboque en concepciones más modernas que lo sitúan como componente esencial de un sistema más amplio: el de la protección social integral. Bajo esta perspectiva se concibe que es un fin mayor el que se pretende con los aspectos institucionales y administrativos que la conforman, que envuelve al bienestar general. Además, se busca que la seguridad social y sus componentes constituyan una columna de los derechos humanos fundamentales. En ese sentido, se ha expresado la OIT a través de uno de sus más recientes informes mundiales, en el que adopta esta perspectiva y ubica a la seguridad social dentro del concepto de seguridad del ingreso, del sostenimiento de las familias⁵.

2. Particularidades de la seguridad social

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la seguridad social es una institución abstracta que se materializa por medio de dos tipos específicos de prestaciones: de salud⁶ y económicas. Estas últimas se identifican—entre otras—a través del pago de las pensiones, las que son la caracterización por excelencia de la seguridad social. Así, es en esta concepción de protección social integral que las pensiones se insertan como prestaciones económicas periódicas derivadas de las contingencias producidas por la invalidez, la vejez o el fallecimiento.

De otro lado, debe anotarse que el sistema que articula a la seguridad social es el denominado sistema de reparto. Mediante este los asegurados cotizan a un fondo común, a través del cual obtendrán las prestaciones correspondientes al momento de su jubilación; estableciéndose, a la vez, una pensión mínima para

1 En ese mismo sentido se pronuncia la Oficina Internacional de Trabajo, a través del Pretributo de su Constitución.
2 ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. *Instituciones de Seguridad Social*. Décimo séptima edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 21.
3 MONEREO PÉREZ, José Luis. "La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social". En: *Relaciones Laborales*. Segundo semestre de 2001, p. 48.

4 ALMANZA PASTOR, José. *Derecho de la Seguridad Social*. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 544 y 546.
5 OIT. *Income Security in a Changing World*. World Labour Report 1999-2000, Ginebra, 2000. Citado por BERNEDO ALVARADO, Jorge. *Ganancia para algunos y desprotección para todos*. Boctos, Lima, 2000, p. 11.
6 Para una revisión de la seguridad social y sus fundamentos desde la perspectiva de la seguridad social en salud, ver remitidos a APARICIO TOVAR, Joaquín. *La seguridad social y la protección de la salud*. Civitas, Madrid, 1999, p. 33 y ss.

todos los asegurados. De ese modo, los trabajadores de menores ingresos obtienen una prestación mayor de la que hubieran obtenido de su ahorro personal, mientras que la prestación obtenida por los trabajadores de ingresos elevados es menor a la que les correspondería recibir por su contribución efectiva al régimen.

Al respecto, conviene señalar que la seguridad social se encuentra conformada por una serie de principios y, como bien lo reconoce Grzetich Long, *existen diversas enumeraciones de principios, más extensas o más restrictivas. No siempre coinciden las denominaciones a veces se toman como principios los que son simplemente caracteres coyunturales o accesorios*⁷.

Sin embargo, de entre todas las clasificaciones de principios, se puede observar que el de universalidad, integralidad y sobre todo el de solidaridad, son recurrentes. La conjunción de estos tres, complementados con los otros que pudieran tomarse en consideración por la doctrina, constituyen la base de todo sistema de seguridad social. Es probable que en algunas ocasiones estos principios resulten ser coincidentes en algunas otras instituciones, empero, la diferencia con la seguridad social recaerá básicamente en el principio que la identifica por excelencia: el de solidaridad. La ausencia de este implica la inexistencia de un sistema de seguridad social propiamente dicho, puesto que este es reconocido como principio medular.

Tal como lo resume Grzetich Long, el principio de solidaridad supone que *toda la población contribuya a la financiación del sistema de acuerdo a sus posibilidades, sin que deba existir otra expectativa subjetiva*.

En efecto, es sobre el principio de solidaridad que el sistema de reparto sufre su funcionamiento. Así, las sumas aportadas por los cotizantes al régimen pensionario son destinadas a un fondo de pensiones que es utilizado para abonar las pensiones de —entre otros— los incapacitados o jubilados. De ese modo, “la ley concibe a la Seguridad Social como una tarea nacional, que impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos, a los sanos respecto de los enfermos, a los ocupados respecto de los que están sin empleo”⁸.

Podría señalarse que la solidaridad busca una transferencia de recursos de los sectores más favorecidos hacia aquellos con menores ingresos, de las

contingencias menos onerosas hacia las que generan mayor gasto, de las personas más alejadas del riesgo hacia las más cercanas a este, por lo que la seguridad social procura no solo ser un mecanismo de protección, sino que también crea un proceso que entraña una redistribución de la renta nacional y, a través de ello, logra una elevación de la calidad de vida de la población⁹.

En buena cuenta, este principio está directamente vinculado con el régimen de financiamiento que lo sustenta y permite cumplir con el rol social que se le atribuye: contribuir con el bienestar de la población. Este es un aspecto medular en la subsistencia del sistema y en su proyección en el tiempo. Por lo que, en síntesis, no es posible admitir una seguridad social sin financiamiento¹⁰.

II. Seguridad social en el Perú

En concordancia con lo expuesto hasta aquí, respecto de las bases sobre las cuales se sustenta la seguridad social así como lo relacionado con el fin que esta persigue, conviene entrar a analizar cuál es su plasmación en la normativa peruana.

Los orígenes remotos de la seguridad social en el Perú se remontan a 1850, año en el que fue promulgada la Ley de Goces. Es a través de este instrumento jurídico que por primera vez en nuestro país se instaura un sistema de beneficios que eran otorgados a consecuencia de tres contingencias determinadas: la cesantía, la jubilación y el montepío.

Con el transcurso del tiempo, nuevos regímenes fueron creándose, tales como el Seguro Social Obligatorio (Ley N° 8433), la Jubilación Obrera (Ley N° 13640), el Seguro Social del Empleado (Ley N° 13724) y el Fondo Especial de Jubilación para Empleados Particulares (Decreto Ley N° 17262).

La diversidad de campos de aplicación de estos regímenes no era muy amplia, con lo cual en el año 1973 se decide unificarlos a través de un único sistema. Así surge el Decreto Ley N° 19990, norma que creó el Sistema Nacional de Pensiones, consolidándose como el sistema de seguridad social único del Perú.

9 PASCO COSMOPOLIS, Mario. “¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?” En: *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 170.

10 En el Perú diversas sentencias del Tribunal Constitucional han puesto de relieve la vinculación entre el elemento económico y el régimen previsional dentro de las políticas legislativas. A tal efecto, cabe hacer mención en forma particular al décimo cuarto considerando de la sentencia del 27 de junio de 2003, expedida en el Exp. N° 002-2003-AJ/TC, en una de las acciones de inconstitucionalidad seguidas contra los artículos 1, 2, 4 y 5 de la Ley N° 27617.

7 GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social. Los principios de la materia, estructura orgánica y gestión*. Tomo II, Plural, Montevideo, 1998, p. 9.

8 ALMANZA PASTOR, José. Ob. cit., p. 121.

Apenas un año después, en 1974 se promulga el Decreto Ley N° 20530, mediante el cual se consolida el alterno sistema de pensiones del Estado que comprende única y exclusivamente a los servidores y funcionarios públicos ingresados a prestar servicios al Estado hasta el 11 de julio de 1962. Este nuevo régimen tenía como principal característica que era un régimen cerrado, cuyo ámbito de aplicación incluía a los antes referidos funcionarios y servidores públicos que no formaban parte del sistema instaurado por el Decreto Ley N° 19990.

Es de esa manera que funcionó el sistema de pensiones en el Perú. De un lado, un régimen general regido por el Decreto Ley N° 19990 y, de otro, un sistema cerrado regulado por el Decreto Ley N° 20530. Ambos en conjunto conformaron el sistema de seguridad social en el país, el que se mantuvo como único y público, sustentado en la teoría del reparto y administrado exclusivamente por el Estado, a través del entonces existente Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS).

En síntesis, podría sostenerse que "el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) [es el] sistema público en el cual las aportaciones de los trabajadores activos deben cubrir las pensiones de los jubilados, incapacitados y familiares en orfandad (...); en este caso, el monto de las prestaciones tiene relación directa con la recaudación, que depende del volumen de los afiliados efectivamente aportantes (...). Hay una aportación proporcional al ingreso que se percibe, y la seguridad de obtener una pensión, aunque de monto impredecible"¹¹.

No obstante, esta figura de exclusividad pública se mantuvo solo hasta el año 1992, toda vez que en ese año surgió una nueva alternativa pensionaria en el país: el Sistema Privado de Pensiones. El surgimiento de esta alternativa previsional se da con ocasión de un contexto adverso que venía atravesando el Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

1. El declive del Sistema Nacional de Pensiones

Hasta el año 1991 el SNP venía afrontando una situación desfavorable, en la medida que era un sistema que se encontraba a punto de colapsar. Los efectos más inmediatos de lo anterior se vieron reflejados en las pensiones

extremadamente bajas (estaban por debajo de su valor real)¹², existía una alta incertidumbre respecto a su valor (al depender los incrementos de decisiones políticas y administrativas) y una carencia de mecanismos de financiamiento realistas que aseguren la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo¹³.

Como resulta evidente, este escenario enmarcó al SNP dentro de un contexto gobernado por una severa crisis financiera, pues no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones. Además, la casi inexistente transparencia en el manejo de sus fondos, así como la evasión de los aportes por parte de los empleadores —siendo el Estado el más grande evasor¹⁴— y la burocratización del IPSS¹⁵, impidieron una administración clara y suficiente del sistema.

Es en este punto en que se empezó a advertir que el Sistema Nacional de Pensiones era un régimen inestable, cuya debilidad se sustentaba precisamente en que la base de su funcionamiento era el sistema de reparto, siendo que desde el punto de vista financiero, estos son inherentemente inestables, ya que dependen de factores demográficos. En buena cuenta, los sistemas de reparto determinan que la relación entre aportantes y pensionistas sea cada vez menor, por efecto del creciente aumento en las expectativas de vida de la población asegurada y la paulatina disminución de los ingresos del sistema, a la par del progresivo aumento de sus obligaciones^{16, 17}.

Por ello, comentando el régimen pensionario sobre el que se cimienta el Sistema Nacional de Pensiones, se afirma que "un sistema de reparto simple es muy dependiente de los cambios demográficos ya que fácilmente puede quedar desfinanciado si empieza a reducirse el grupo de trabajadores jóvenes que financian las prestaciones que reciben los trabajadores de mayor edad (ratio de dependencia), lo cual significa una mayor carga tributaria financiada por un

12 La pensión promedio en noviembre de 1991 era equivalente a US\$ 69.00, de acuerdo con lo expuesto por ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y otros. *La economía política de las reformas institucionales en el Perú: los casos de educación, salud y pensiones*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1999, p. 35.

13 *Idem*.

14 El Estado no efectuaba sus aportes como empleador y con frecuencia captaba los recursos recaudados por el IPSS para financiar obras y gastos corrientes.

15 A tal efecto, Gabriel Ortiz de Zevallos pone de relieve que el IPSS pasa de 25 000 trabajadores en 1985 a 45 000 en 1990. En: ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 37.

16 Al respecto, véase lo señalado por MORÓN, Eduardo y CARANZA, Eliana. *Ob. cit.*, p. 20.

17 Cabe advertir que la situación de crisis en la financiación de los Sistemas Públicos de Seguridad Social basados en el reparto intergeneracional de las cargas no es un fenómeno exclusivamente peruano. Por el contrario, puede sostenerse que este es universal. Al efecto, ver: *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a políticas de Desarrollo. Banco Mundial, Washington D.C., octubre de 1994.

11 VEGA-CENTENO, Máximo y REMENYI, María Antonia. "El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones". En: *Economía*. Vol. 19, N°s 37-38, PUCC, julio-diciembre de 1996, p. 375.

número cada vez menor de jóvenes. Esta es precisamente una de las debilidades que tiene el sistema antiguo y que significó parte de su deterioro, ya que se produjo un desequilibrio entre los ingresos y egresos del sistema debido al lento crecimiento de la población de afiliados activos en relación con el grupo de pensionistas¹⁸.

La deficiente administración del sistema que venía ejerciendo el Estado incrementó el deterioro de los beneficios otorgados a los pensionistas, lo cual empeoró la imagen del sistema; surgiendo la inminente necesidad de buscar alternativas de ahorro previsional que fueran sostenibles y atractivas para los trabajadores más jóvenes.

2. Implementación de un sistema previsional alternativo: el Sistema Privado de Pensiones

Siendo este el escenario que venía atravesando el Sistema Nacional de Pensiones, en el cual el principal problema en la crisis financiera, y esto a su vez avizoraba un futuro caótico e insostenible del mismo sistema que no se mostraba como atractivo.

En ese sentido, hacia finales del año 1991 surgió el primer intento por parte del Estado para implementar un sistema previsional alternativo al Sistema Nacional de Pensiones¹⁹. No obstante, el resultado que presentó fue negativo, por lo que no prosperó.

A raíz de lo anterior, apenas un año después, se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), el cual trajo consigo un esquema normativo conformado por empresas privadas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Estas se constituyen como sociedades anónimas cuya función es administrar el fondo de pensiones de cada afiliado, mediante diversos mecanismos, tales como colocar los fondos previsionales de manera diversificada de acuerdo a los límites establecidos por ley, en instrumentos previamente calificados.

18 MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. Ob. cit., p. 20.

19 A través del Decreto Legislativo N° 724, que crea el Sistema Privado de Pensiones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de noviembre de 1991. Este se plantea como complementario al Sistema Nacional de Pensiones administrado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). La iniciativa fracasó en virtud de un contexto político adverso y a sus insuficiencias y vacíos. Es derogado por la Décima Sexta Disposición Final del Decreto Ley N° 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de diciembre de 1992, hoy vigente.

Si bien este nuevo sistema compiló una serie de novedades en el tema pensionario, puede afirmarse que la principal de ellas recayó en que el SPP se sustentaba en la administración privada de los fondos de los afiliados a través de las cuentas individuales de capitalización (CIC), las que son creadas a nombre de cada afiliado, consignando todos los movimientos que se realizan como el aporte obligatorio, el aporte voluntario, los aportes adicionales efectuados por el empleador y los bonos de reconocimiento.

A efectos de asegurar la transparencia, seguridad y normal desarrollo del SPP a través de una supervisión eficiente, con el Sistema Privado se crea la Superintendencia de Administración de Fondos de Pensiones - SAFFP (absorbida en noviembre de 2000 por la Superintendencia de Banca y Seguros - SBS, convirtiéndose en la Superintendencia Adjunta de AFP), mediante esta se efectúan las funciones de supervisión del SPP en representación del Estado, con el fin de garantizar el financiamiento del sistema y vigilar el fiel cumplimiento de estas disposiciones, en observancia del artículo 11 de la Constitución de 1993.

Ahora bien, siguiendo lo expuesto en la parte inicial del presente artículo, es posible advertir de forma inmediata que un sistema como el privado de pensiones, cuyo funcionamiento se encuentra basado en un mecanismo de capitalización individual, resulta incompatible con uno basado en la unidad y solidaridad, como es el público, por lo que cabe apreciar que el SPP no constituye una manifestación de la seguridad social²⁰.

De acuerdo a lo anterior, el Sistema Privado de Pensiones constituiría simple y sencillamente un régimen que otorga un aseguramiento social, cuyas bases no se sostienen en la idea de la redistribución de la riqueza como manifestación de la responsabilidad social del Estado en la que este tiene una participación medular, como es el caso del Sistema Público de Pensiones, el cual se presenta como una alternativa que aspira llegar a ser una clara expresión de la seguridad social en el Perú.

3. Marco constitucional peruano de la seguridad social

Luego de haber puesto en estricta evidencia la no pertenencia del Sistema Privado de Pensiones al ámbito de aplicación de la seguridad social, conviene detenernos a analizar cuál es el amparo constitucional que se le otorga a este régimen en específico en el Perú.

20 En el mismo sentido, PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., pp. 177-178.

La Constitución Política del Perú de 1993 concibe una serie de referencias a la seguridad social y a los regímenes previsionales que pueden existir en nuestro país. Así, la primera referencia que encontramos es la que se incorpora en el artículo 10 de la Carta Magna, cuando señala:

“Artículo 10.- Derecho a la seguridad social

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”.

Como es posible desprender de la norma constitucional transcrita, la seguridad social es, ante todo, un derecho reconocido de toda persona. Ello genera una primera interrogante: ¿es posible efectivizar la existencia de un derecho a la seguridad social? Como veremos más adelante, la respuesta será negativa en la medida que será indispensable un juego especial con el concepto de pensión.

Por otro lado, podemos advertir que la seguridad social, como derecho concebido por la Constitución, persigue dos objetivos perfectamente identificables: el primero de ellos refiere a que su reconocimiento busca la protección ante determinadas contingencias, mientras que el segundo está relacionado con la intención de lograr una elevación en la calidad de vida de toda persona²¹.

Un tema adicional que no puede pasar inadvertido es que la norma constitucional señala con precisión que el derecho de seguridad social es universal y progresivo, lo cual no puede sino referirse a que será de aplicación general, es decir a todas las personas sin excepción, puesto que el derecho nos es inherente por el solo hecho de ser seres humanos. En esa misma línea, y respecto a la progresividad, lo que la norma constitucional invoca se encuentra relacionado con el acceso al mismo derecho de la seguridad social.

En otras palabras, con el propósito de efectivizar el principio de universalidad del derecho, deberán establecerse determinados pasos que habiliten un acceso a la seguridad social, lo cual solo se podrá dar *de manera gradual (progresivamente), dependiendo de la situación económica del país*²².

Ahora bien, si nos quedáramos únicamente con este artículo, entenderíamos que la seguridad social es un derecho que podría ser materializado por sí solo

y que en consecuencia tendría que limitarse a cumplir con aquellos principios que le son inherentes, tales como los de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad e internacionalidad.

Sin embargo, tal apreciación resulta equívoca pues existe un principio constitucional que no debe inobservarse: el de integración de normas, según el cual debe interpretarse los preceptos normativos de forma conjunta y no individualizada.

En ese sentido, el artículo 10 de la Constitución no puede ser analizado de forma aislada, puesto que se encuentra en clara conjugación con el artículo 11, el cual dispone:

“Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

Tal como se desprende de la vinculación existente entre ambos preceptos, el concepto de seguridad social que contempla nuestro marco constitucional es uno cuyo manejo puede ser practicado por más de un actor. Es decir, el Estado no tendría por qué ser el único capaz de garantizar la efectividad de este derecho.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 antes citado, se encuentra constitucionalmente facultada la posibilidad de implementar sistemas que habiliten el otorgamiento de prestaciones de salud y pensiones. Estas, como ya ha sido señalado en párrafos anteriores, son las manifestaciones de la seguridad social.

Sin embargo, tal como se desprende con claridad del texto de la citada disposición constitucional, existe una habilitación adicional: la posibilidad de que estas manifestaciones de la seguridad social puedan ser concedidas y manejadas desde entidades privadas—como en el SPP—o mixtas.

Evidentemente, la seguridad social no podrá ser del todo efectiva dentro de un sistema privado en la medida que no se reunirían aquellos requisitos indispensables para que ella se consolide como tal, puesto que esta surge del propio Estado y es él quien debe encargarse de otorgarla y garantizar su efectivo cumplimiento.

21 Ello es igualmente reconocido por el Tribunal Constitucional, a través del fundamento 3 de la sentencia recaída en el Exp. N° 1396-2004-TC/AA.

22 ABANTO REVILLA, César. “El derecho universal y progresivo a la seguridad social”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 421.

No obstante, permitir que no sea el Estado el único que pueda brindar prestaciones de seguridad social implica —como sucede en la actualidad— que otras entidades, en este caso privadas, sustituyan en su ámbito de actuación el accionar del Sistema Público de Pensiones que es el único que por su particular configuración está en capacidad de otorgarlas.

Lo anterior se debe al hecho de que el Sistema Privado de Pensiones no es ni pretende constituirse en uno de seguridad social. Su concepción y desarrollo se encuentran en las antipodas de las bases que sustentan la seguridad social. Por ello, como bien señala Joaquín Aparicio Tovar, *no hay seguridad social privada*²³.

En adición a lo expuesto en los párrafos precedentes, no puede dejarse de lado que independientemente de que las prestaciones que se otorgan en el marco de un régimen privado no constituyan expresiones de la seguridad social, estas gozan de un reconocimiento constitucional. Ciertamente, es esta condición de reconocimiento constitucional lo que hace al Sistema Privado de Pensiones un régimen alternativo al de seguridad social otorgado por el Estado.

Así, en otras palabras, si bien el SPP no es un sistema de seguridad social, este sí constituye un régimen de previsión social, el que otorga una serie de beneficios a sus afiliados, los que se encuentran enmarcados bajo un precepto constitucional que les da cabida en la sociedad.

Hasta este punto tenemos que una lectura conjunta de los artículos 10 y 11 de la Constitución habilita la existencia de sistemas alternativos capaces de otorgar prestaciones propias de la seguridad social, pese a que dichos sistemas no se constituyan dentro de los alcances de tal concepto.

En ese sentido, vemos como el SPP puede otorgar pensiones sin necesariamente ser un sistema de seguridad social. Sin embargo, la misma Constitución ha encontrado una justificación a ello, en la medida que ha establecido la obligación del Estado de supervisar el eficaz funcionamiento de las modalidades de seguridad social que se instauran, como sucede con la actual Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs.

No obstante, en nuestro criterio, ello no evita en ninguna medida que la empresa privada deje de lado su naturaleza y permita una intromisión en su manejo, lo cual genera la abierta facultad de que estas actúen con directrices propias,

23 APARICIO TOVAR, Joaquín, art. cit., p. 27.

sin tomar en consideración la idea del reparto y la solidaridad, elementos constitucionales y elementales de la seguridad social.

Ello es reconocido igualmente por Javier Neves Mujica cuando señala, en relación con la habilitación que origina el artículo 11, que *de un lado, deben existir, al menos, entidades públicas y pueden existir las privadas o mixtas, dado que el Estado no puede forzar su constitución y funcionamiento, pero sí fomentarlas*²⁴.

De lo anterior, se puede concluir que si bien la seguridad social es un derecho reconocido por la Constitución y que es esta quien determina que es el Estado el encargado de garantizarla —a través del otorgamiento eficaz de las prestaciones de salud y pensiones— también es cierto que es la misma Carta Magna la que genera el apartamiento del concepto básico de seguridad social para habilitar una especie de “aseguramiento social” a cargo de empresas privadas.

4. La seguridad social como garantía institucional del derecho a la pensión

Tal como ha sido mencionado en puntos anteriores, la seguridad social se encuentra materializada en dos tipos de prestaciones diferentes. De un lado, tenemos a aquellas que tienen un contenido económico, mientras que del otro encontramos a aquellas que se refieren básicamente al tema de la salud.

Es a propósito de las primeras que surgen las ya conocidas *pensiones*, sobre las cuales la Constitución Política del Perú otorga un reconocimiento especial. Ahora bien, es sobre esta especial vinculación entre la seguridad social y las pensiones, reconocidas constitucionalmente, que el Tribunal Constitucional ha señalado que el nexo que las une radica en el reconocimiento del contenido de la primera como garantía institucional de la segunda.

Es decir, en palabras del propio Tribunal, *el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado Social y Democrático de Derecho*²⁵.

24 NEVES MUJICA, Javier. “Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria”. En: *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, 2006, p. 827.

25 Fundamento 53 de la STC Exp. N° 0050-2004-AJ/TC (acumulados).

De lo anterior se desprende una inmediata interrogante: ¿qué es una garantía institucional? La respuesta la da el mismo TC cuando señala que esta es una *formula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones*²⁶. Además, el Tribunal Constitucional español refiere que *la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*²⁷.

En términos generales, la garantía institucional será el elemento capaz de asegurar la efectivización de un derecho. En ese entendido, la seguridad social será aquel instrumento que se encargará de garantizar el otorgamiento efectivo del derecho a la pensión, siendo esta su más clara manifestación. Lo anterior implicará, necesariamente, que la seguridad social no pueda ser entendida como un mero derecho, puesto que el contenido de este solo será posible a través de otros, como el referido a la pensión.

Como consecuencia de la instauración de la seguridad social como una garantía institucional, es que este precepto se constituye como uno de configuración legal, lo que implica que requiera de elementos adicionales, de orden legal, a fin de que pueda ser efectiva en su totalidad.

Precisamente, plantear a este concepto como uno de configuración legal es lo que origina la inevitable necesidad de coincidir con el Tribunal Constitucional cuando refiere a que ella —la seguridad social— será la garantía institucional del derecho a la pensión:

III. Una propuesta para el futuro de la seguridad social en pensiones

Como puede apreciarse de los apartados precedentes, el sistema de pensiones requiere un proceso integral de reforma, como consecuencia de una serie de cambios en la coyuntura social y económica del país. Por ello, se necesita plantear nuevas alternativas para este sistema, que lo hagan viable desde una perspectiva social y financiera, a fin de garantizar el otorgamiento de pensiones dignas a sus afiliados y derechohabientes. Este es el rol que los sistemas de protección deben cumplir en las sociedades modernas.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar en el pasado²⁸, las reformas en materia de seguridad social en el mundo se realizan no solo en función de la subsistencia del sistema de seguridad social, sino que las medidas de modificación se adoptan para evitar algún perjuicio al sistema en los años futuros a corto, mediano o largo plazo.

Así, siendo evidente la disminución de los índices de natalidad²⁹ y una mayor esperanza de vida³⁰ de la población del Perú, así como la existencia de diversos factores con incidencia económica como el desempleo y la informalidad, paulatinamente se ha venido produciendo una alteración en el financiamiento del sistema que es necesario prevenir. Es por ello que, siendo el Estado responsable de la existencia de la seguridad social y de sus prestaciones, resulte lógico que se produzca una variación en cuanto a la organización, administración y financiamiento del sistema. Tal situación genera una obligación del Estado para prevenir la situación y tomar las medidas de reforma que sean necesarias³¹.

En esta perspectiva, las alternativas a plantear deben tener presente que, existiendo un objetivo central en la reforma previsional como es el otorgamiento de pensiones dignas, existen otros objetivos³² que no deben ser dejados de lado.

28 GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZÁLEZ HUNT, César. "Seguridad Social, derechos fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 82. Lima, julio de 2005, p. 29.

29 La tasa de crecimiento media de la población total en el quinquenio 1950-1955 fue de 2.69%, en los años sucesivos se produce un incremento de la tasa hasta llegar a 2.92% en el quinquenio 1977-1982. Luego, la tasa de crecimiento media de la población disminuye a 2.41% en el quinquenio 1977-1982. Y se espera que entre los años 2002-2007 sea de 1.40%, entre los años 2027-2032 sea de 0.84% y entre los años 2042-2047 sea de 0.50%. (Fuente: INEI. Censo de Población, Estimaciones de Población 1950-2050).

30 La esperanza de vida a los 65 años de edad de los varones en el quinquenio 1950-1955 fue de 75.4 años y de las mujeres 76 años; en el quinquenio 1975-1980 fue de 77.1 años y 78.4, respectivamente; entre los años 2000-2005 fue de 80 años y 82.1 años, respectivamente; entre los años 2025-2030 será de 81.8 años y 84.9 años, respectivamente; y en el quinquenio 2045-2050 será de 82.7 años y 86.2 años, respectivamente. (Fuente: CEPAL - Tablas Resumidas de Población Perú 1950-2050).

31 Y es que, como tiene dicho el Tribunal Constitucional: "(...) en el Estado Social y Democrático de Derecho, la *ratio fundamentalis* no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana" (Sentencia recaída en el Exp. N° 0050-2004-AUTC (acumulados), fundamento 56, in fine).

32 Según el Informe del Banco Mundial "Manteniendo la Promesa de la Seguridad de la Pensión de Jubilación en Latinoamérica", entre otros objetivos de la reforma destaca: la sostenibilidad fiscal (para reducir las deudas y fomentar el ahorro), desarrollo de capitales (para lograr la eficiencia en la movilización de los recursos y con ello el crecimiento económico), incremento del bienestar social (que se logra con un sistema multipilar), siendo uno de los fines principales el aumento de la cobertura cuyo incremento ha sido lento en algunos países. Para más información, ver: <www.worldbank.org/lapensionacon>.

En adición a estas trascendentes consideraciones de orden económico y demográfico no pueden soslayarse las importantes apreciaciones de orden jurídico constitucional, ya enunciadas precedentemente, que condicionan el sentido de la reforma del sistema de seguridad social en pensiones. Pero a todo ello hay que agregar los presupuestos o condicionantes que impone la Constitución al legislador ordinario en su tarea de configuración del sistema a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Siendo cierto que los derechos subjetivos de los individuos en materia pensionaria no están garantizados directamente por la Constitución al constituir este un derecho de configuración legal³³, un primer límite al legislador ordinario representa el respeto a los demás derechos fundamentales que, en el marco del reconocimiento del Estado Peruano como Social y Democrático de Derecho, otorga una impronta particular a su contenido en aras de la promoción del bienestar general de los ciudadanos a través de la creación de las condiciones que aseguren una vida acorde con la dignidad humana.

En este sentido, no basta tener un ordenamiento normativo constitucional y legal que habilite la creación y desarrollo del Sistema Privado, sino que es necesario revisar las relaciones entre ambos sistemas y establecer mecanismos que permitan generar una visión integral de ambos sistemas.

La constatación de tal situación no debe llevarnos a proponer la eliminación del sistema privado —que en el tiempo transcurrido desde su implementación debe ponerse de manifiesto logros destacables y positivos para sus beneficiarios y para el país en general³⁴— sino más bien buscar un modelo distinto a los actualmente vigentes que, armonizando la viabilidad jurídico-constitucional del esquema que se proponga con sus fuentes de financiamiento, se constituya en una verdadera solución para el actual desafío de la seguridad social en pensiones: garantizar

33 Aun cuando el Tribunal Constitucional así lo señala expresamente para el caso del régimen previsional del Estado del Decreto Ley N° 20530 en el fundamento 47 de la sentencia del 3 de junio de 2005, tal apreciación es aplicable a los demás regímenes pensionarios.

34 En tanto sistema de fuentes enteramente estatal en el que, por ejemplo y a diferencia del Derecho del Trabajo, el convenio colectivo no es fuente de derechos, tal como se pone de relieve en: DESDENTADO BONETE, Aurelio. "El sistema normativo de la Seguridad Social". En: *Revista de Derecho Social*. N° 18, Bomarzo, Albacete, abril-junio 2002, p. 19.

35 No puede soslayarse que, entre sus varias virtudes, el Sistema Privado ha reducido la posibilidad de un aprovechamiento público de los fondos previsionales como secularmente ha ocurrido en el altemo Sistema Público, además de haber reducido al mínimo la posibilidad de lobbies y grupos de presión que busquen beneficios contrarios a los intereses del sistema. Además, ha generado un fondo de recursos financieros que ha dinamizado el mercado de capitales y ha favorecido la inversión privada. La Asociación de AFPs ha informado que al 30 de abril de 2009 el número de afiliados es cercano a los 4 350 000, habiéndose acumulado un fondo que alcanza los S/ 54 888 millones.

la subsistencia del sistema, con proyección al futuro y otorgando prestaciones suficientes.

A nuestro entender, lo que el actual estadio de la llamada *cuestión pensionaria* demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos sistemas, cotizando al sistema público bajo el esquema tradicional de reparto, el cuál garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 99: "El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado".

Obviamente ambos sistemas serían reformados, incorporando las modificaciones necesarias. Este nuevo esquema permitiría un diseño único del sistema sin posibilidades de una reversión que lo altere desde el punto de vista financiero y de proyección en el futuro, teniendo en cuenta que la base de tal proyección depende del mantenimiento de un número mínimo de aportantes que con la idea de la (permanente) libre afiliación y reversibilidad de la elección entre el sistema público y el privado no puede garantizarse.

Esta propuesta es compatible con el modelo constitucional en seguridad social, en tanto que el Estado a través del sistema público, con los aportes de todos los trabajadores, garantizaría el otorgamiento de una pensión mínima, complementándose con las pensiones que se concederían en el Sistema Privado; configurándose un esquema mixto o multipilar, reconocido como posible por el artículo 11 de la Constitución de 1993.

El modelo propuesto considera un primer pilar público que se exteriorizaría a través del otorgamiento de una pensión mínima digna que daría concreción al principio de igualdad subyacente en todo sistema de seguridad social, complementado por un pilar privado que permitiría una mejor tasa de reemplazo para los trabajadores de ingresos medios y altos.

Finalmente, creemos que si no se adoptan medidas como la sugerida es perfectamente posible que en un futuro no muy lejano el sistema público de seguridad social se extinga, quedándonos únicamente con alternativas privadas que, como hemos expuesto, dejarán de ser seguridad social para pasar a ser meras provisiones o asistencias sociales.

