

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Álvaro Vidal Bermúdez⁽¹⁾

I. ANTECEDENTES Y MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución peruana de 1993 reconoce un modelo de Estado democrático y social de Derecho (art. 43) así como el desarrollo de una economía social de mercado. Según este régimen, “el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (art. 58).

Es consustancial a nuestro modelo constitucional el reconocimiento de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos “de igualdad” requieren de la actuación estatal para su concreción y buscan generar las condiciones necesarias para promover un mayor desarrollo humano.

El fundamento humanista e igualitario de una democracia social está reconocido de manera privilegiada en la Constitución peruana cuando en su primer artículo señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, y a continuación

(1) Profesor de Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

consagra que toda persona tiene derecho “a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

El derecho a la seguridad social fue reconocido al máximo nivel normativo por primera vez en el Perú mediante la Constitución de 1979⁽²⁾, la que estableció un modelo tripartito de financiamiento y gestión (trabajadores, empleadores y Estado), indicó expresamente las contingencias cubiertas y permitió la actuación de entidades privadas de manera complementaria.

CUADRO N° 1		
PRINCIPALES DIFERENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993		
	Constitución 1979	Constitución 1993
Cobertura	El estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La Ley regula acceso progresivo	El estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social.
Prestaciones	Contingencias cubiertas: enfermedad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y otras susceptibles de ser amparadas por ley.	Protección frente a las contingencias que precise la ley.
Financiamiento	Tripartito. Intangibilidad de fondos.	Fondos y reservas de la seguridad social son intangibles. Se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.
Gestión	Institución autónoma y descentralizada. Gestión tripartita.	El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Fuente: Elaboración propia.

La Constitución de 1993 dispone que: “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” (art. 10).

La Constitución peruana establece que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas,

(2) La Constitución de 1933 desarrolló algunas disposiciones vinculadas con la previsión privada y pública que no llegan a conformar un sistema de seguro social y menos aún de seguridad social. La referida Constitución remitía a la ley el establecimiento de “un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte”, debiendo fomentar las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas (artículo 48).

privadas o mixtas, y supervisa su eficaz funcionamiento (art. 11). El texto constitucional ante una primera lectura pareciera bastante amplio permitiendo distintos modelos de protección social, sin embargo, teniendo en cuenta los fundamentos de la seguridad social, aun cuando se permite la coexistencia de gestores privados, públicos y mixtos, el Estado tiene un rol de garante.

El Tribunal Constitucional peruano ha definido a la seguridad social como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Esta se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida. Por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria o asistencial, “regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida” (Sentencia recaída en el Exp. N° 1417-2005-AA/TC).

El reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional de los principios de universalidad y solidaridad, constituye un mandato a los poderes públicos con el objeto de elevar la calidad de vida de la población y la protección frente a las contingencias sociales mediante mecanismos redistributivos.

II. INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE SEGURIDAD SOCIAL EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución Política peruana dispone en su artículo 55 la incorporación directa de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico peruano, mientras que su artículo 3 señala que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo de derechos fundamentales “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre”.

Por ello, como ha sido destacado por la doctrina jurídica nacional el artículo 3 de la Constitución peruana constituye una cláusula de reconocimiento de derechos implícitos que conduce a otorgarles rango constitucional⁽³⁾.

(3) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte de bloque de constitucionalidad”. En: *Temas centrales del Derechos del Trabajo en el Siglo XXI*. Ara Editores, p. 78.

Por otro lado, la Cuarta Disposición Final de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos que ella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (cláusula interpretativa).

El Estado peruano ha ratificado una serie de tratados internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social, entre ellos el Convenio 102 de la OIT (norma mínima de seguridad social). La cláusula constitucional de derechos implícitos debería conducir a considerar estos tratados y en particular el Convenio 102 (en las partes y términos ratificados) como parte del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, determinar su eficacia inmediata. Sin embargo, existen sentencias del Tribunal Constitucional referidas a derechos económicos, sociales y culturales que hacen referencia únicamente a la cláusula interpretativa y con ello devalúan la aplicación directa de las normas de origen internacional que regulan derechos humanos (entre ellos el derecho a la seguridad social).

Al respecto, la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en su informe correspondiente al año 2009⁽⁴⁾ ha señalado que aun cuando una decisión del Tribunal Constitucional peruano reconoce que los tratados internacionales relativos a derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, no parece incluir los principios mínimos garantizados por el Convenio 102 en el contenido esencial del derecho a la seguridad social (Decisión N° 1417-2005-PA/TC del 8 de julio de 2005).

Así, señala que esta decisión parece privar al derecho a la seguridad social del contenido concreto garantizado por el Convenio 102. Por ello manifiesta que “el reconocimiento de los principios básicos garantizados por los convenios de la seguridad social de la OIT contribuiría eficazmente a la puesta en práctica en el Perú de un Estado de Derecho basado en la solidaridad, la gobernanza participativa y el reconocimiento de mínimos sociales”.

La ratificación del Convenio 102 OIT conlleva obligaciones para los Estados respecto de cobertura mínima del sistema de seguridad social, calidad

(4) Informe de la CEACR sobre informaciones y memorias comunicadas por los Estados respecto de la aplicación de convenios y recomendaciones. 80ª Reunión de la CEACR. Ginebra, del 26 de noviembre al 11 de diciembre de 2009. Publicado por Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2010, p. 820.

y cuantía de las prestaciones, financiamiento solidario y eficiencia en la administración. Por ello, los informes de la CEACR constituyen importantes parámetros de seguimiento.

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN TRATADOS INTERNACIONALES

El derecho a la seguridad social ha sido reconocido por los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos de alcance universal y regional. En primer lugar analizaremos los tratados de alcance global y luego los de ámbito regional aplicables al Perú.

1. Tratados de ámbito universal

La seguridad social ha sido reconocida por la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y obliga al Perú por formar parte de esta organización.

El artículo 22 de la DUDDHH señala que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

El artículo 25, numeral primero de la misma declaración señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Se reconoce el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978 señala en su artículo 9 que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

2. Convenios de ámbito regional

En el ámbito regional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948 señala en su artículo XVI que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador adoptado el 17 de noviembre de 1988 y ratificado por el Perú señala en su artículo 9.1 que toda persona tiene derecho “a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”. Señala que en caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

El artículo 9.2 del referido instrumento internacional indica que cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

El artículo 10 señala que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar determinadas medidas para garantizar este derecho, como atención primaria en salud, prevención y tratamiento de enfermedades, satisfacción de necesidades de salud, entre otros.

En el ámbito sub regional, el Convenio Simón Rodríguez regula los aspectos socio-laborales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Si bien no desarrolla el reconocimiento de derechos sustanciales diseña la estructura orgánica del Convenio, así como sus objetivos y competencias. El Convenio Simón Rodríguez en su versión original fue firmado por los países miembros en 1973 y su Protocolo en 1976. El Convenio es definido como el foro de debate, participación y coordinación para los temas sociolaborales de la Comunidad Andina y forma parte del Sistema Andino de Integración.

El 24 de junio de 2001, el Convenio Simón Rodríguez y su Protocolo fueron reemplazados por un Protocolo Sustitutorio. Entre las motivaciones para elaborar un Protocolo Sustitutorio se consideraron dar un mayor impulso a la coordinación de políticas en asuntos sociolaborales, orientarlos dentro de un marco de acción subregional concertada y, establecer una base institucional que permita contribuir efectivamente con el desarrollo de los asuntos sociolaborales en el marco del Sistema Andino de Integración.

El 7 de mayo de 2004, en la ciudad de Guayaquil (Ecuador), fue aprobado el Instrumento Andino de Seguridad Social mediante la Decisión 583 (que reemplazo a la Decisión 546) con la finalidad de garantizar una adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios para que, a consecuencia de la migración, no vean mermados sus derechos sociales.

Como se puede observar la mayoría de tratados internacionales sobre derechos humanos reconoce la universalidad del derecho a la seguridad social (derecho de la persona, de los miembros de la sociedad o de todo ciudadano). Respecto del alcance protector se manifiesta una tendencia hacia una cobertura amplia e integral. Finalmente, se debe de destacar que la mayoría de los tratados inciden en la responsabilidad estatal para lograr niveles de protección adecuados teniendo en cuenta su organización y recursos.

IV. EL CONVENIO 102 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (NORMA MÍNIMA DE SEGURIDAD SOCIAL)

1. Análisis e importancia del Convenio 102

El Convenio 102 (Norma Mínima de Seguridad Social) fue adoptado por la Asamblea General de la OIT el 28 de junio de 1952. En la evolución de la normativa internacional y en particular de la normativa de la OIT determino el paso del concepto de “seguro social” a la idea más universal de “seguridad social”, hecho que ha sido considerado como el paso de las normas de primera generación a las de segunda generación.

Comprender la importancia del Convenio 102 requiere tener en cuenta sus antecedentes para contextualizarlo, y luego analizar su estructura, contenido e influencia en la normativa internacional, así como el desarrollo de las normativas nacionales. A continuación hacemos una breve reseña de los antecedentes de este convenio para luego analizar su diseño e influencia internacional.

1.1. Antecedentes

El Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) reconoce la necesidad de mejorar las condiciones de los trabajadores en la lucha contra el desempleo, la protección de trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes de trabajo, y el acceso a las pensiones de vejez e invalidez, siendo función de la organización promover estos objetivos.

Es así que en las dos primeras décadas de existencia la OIT ya había adoptado 14 convenios y 11 recomendaciones en materia de seguridad social, generando una sólida corriente internacional de reconocimiento en el Derecho internacional. En el año 1941 se suscribe la Carta del Atlántico, en la cual se afirma la intención de colaboración entre las naciones en el campo económico con el objeto de que todas puedan tener mejores condiciones de trabajo, progreso económico y seguridad social.

En 1942 Lord Beveridge sistematizó el concepto de seguridad social, comprendiendo la cobertura universal de la población, prestaciones compatibles con la dignidad humana y la asistencia social para quienes no estuvieran protegidos por los seguros sociales.

Hacia 1944 frente a la tarea de reconstrucción de la posguerra la Declaración de Filadelfia encarga a la OIT la tarea de examinar cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero, y velar por la condición de todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo⁽⁵⁾. Así propone una visión del orden mundial en el cual las políticas económicas, financieras y sociales debían aplicarse de forma integrada con la protección de la persona humana y la sociedad.

Con el objeto de dar cumplimiento a la Declaración de Filadelfia se adoptaron dos recomendaciones que combinaron el seguro social con la asistencia social y tuvieron un enfoque sistémico de la legislación. La Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida (Recomendación 67 de 1944) y la Recomendación sobre la asistencia médica (Recomendación 69 de 1944). Ambas recomendaciones, desde una perspectiva de técnica normativa, han sido consideradas los antecedentes más relevantes a la adopción del

(5) OIT (2011) *La Seguridad Social y la primacía del Derecho*. Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 100^a reunión. 2011. Este estudio tiene el valor de ser el primer estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), sobre los instrumentos internacionales fundamentales de la seguridad social y constituye la fuente principal de presente nota técnica. En adelante denominaremos a este documento el “Estudio General”.

Convenio 102, en tanto se caracterizaron por reconocer una cobertura extensa, contener una alta coherencia interna y tener presentación sistematizada.

Como ha señalado el Estudio General, las Recomendaciones adoptadas en 1944 no se basaron principalmente en la experiencia sino que constituyeron esencialmente una visión prospectiva de las tendencias que iban a predominar en la política de seguridad social de la posguerra. “Fue uno de los pronósticos más acertados de toda la historia de la seguridad social, ya que su evolución ulterior en todas las regiones del mundo coincidió en gran medida con la trayectoria prevista de dichas Recomendaciones”⁽⁶⁾.

Estas Recomendaciones aportaron principios y objetivos que fueron y son la razón de ser de los sistemas de seguridad social: universalidad de la cobertura, solidaridad social, seguridad y regularidad del apoyo, función de control por las personas protegidas, y función primordial del Estado.

1.2. Estructura y contenido del Convenio 102

Luego de la adopción de las Recomendaciones 67 y 69 se consideró que estas serían el marco de referencia para el desarrollo de la seguridad social y con el tiempo se convertirían en convenios internacionales. El diseño de la normativa básica internacional en seguridad social se concibió originalmente como un sistema dual, es decir, dos instrumentos con un mismo objetivo. Por un lado, la “norma mínima” dirigida a los países en vía de desarrollo que quisieran contar con sus propios sistemas de seguridad social; por otro, una “norma avanzada” dirigida a los países que ya tenían un sistema nacional de seguridad social.

Se consideró que las disposiciones de la norma mínima no debían de ser menos favorables que las disposiciones de las normas de primera generación, permitiéndose la aplicación de excepciones temporales especialmente en lo referido al ámbito de aplicación de personas protegidas.

Sin embargo, las dificultades generadas en el debate de la “norma avanzada”, condujeron a que se dejara el diseño y adopción de esta normativa a una siguiente etapa. En este sentido, el convenio 102 (norma mínima) se constituyó en el marco de la segunda generación (sistemas de seguridad social), y la norma avanzada se aplazó para la adopción de normas de tercera generación (protección social).

(6) *Ibidem*, p. 19.

El Convenio 102 se compone de 87 artículos organizados en 15 partes. Constituyó la norma más extensa de seguridad social hasta el año 2006 en que se adoptó el Convenio sobre trabajo marítimo. En las partes II a X se regulan las disposiciones sobre normas mínimas respecto de nueve contingencias sociales: asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familiares a cargo, maternidad, invalidez y sobrevivientes.

Además de las disposiciones por cada rama de la seguridad social, contiene disposiciones comunes en las que se prevén opciones de ratificación y puesta en práctica del convenio (parte I), normas cuantitativas para los pagos periódicos (parte XI), normas sobre igualdad de trato a los residentes no nacionales (parte XII) y normas relativas a la suspensión de las prestaciones, al derecho de apelación, y a la financiación y administración de las prestaciones (parte XIII). La parte XIV contiene disposiciones diversas sobre determinados efectos del convenio, y la parte XV las disposiciones finales relativas a las ratificaciones y a la entrada en vigor.

El Departamento de Seguridad Social de la Oficina Internacional del Trabajo⁽⁷⁾ considera como característica principal del Convenio 102 que para cada contingencia se han fijado objetivos mínimos. En particular porcentajes mínimos de población protegida y niveles mínimos de prestaciones y condiciones para acceder a ellas. Estos objetivos mínimos deberán lograrse mediante la aplicación de los siguientes principios:

- Responsabilidad general del Estado (artículo 71, párrafo 3).
- Financiación colectiva de la seguridad social (artículo 71, párrafos 1 y 2).
- Garantía de las prestaciones definidas por el Estado (artículo 71, párrafo 3).
- Ajuste de las pensiones generadas (artículo 65, párrafo 10, y artículo 66, párrafo 8).
- Derecho de apelación en caso de denegatoria del derecho, calidad o cantidad (artículo 70).

(7) Departamento de Seguridad Social de la Oficina Internacional del Trabajo. Documento de Política de Seguridad Social N° 2. “Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global. Análisis de la situación y de las prácticas actuales y de las opciones futuras para el establecimiento de normas de seguridad social globales en la Organización Internacional del Trabajo”. OIT, Ginebra, 2008, p. 11.

A continuación se desarrollan aquellos aspectos sustanciales más relevantes del convenio respecto del ámbito subjetivo (afiliación obligatoria), prestaciones y acceso (configuración mínima de cada rama), financiamiento y administración, y responsabilidad general del Estado.

Requisitos mínimos para la cobertura y para las tasas mínimas de prestaciones monetarias del Convenio 102⁽⁸⁾

CUADRO N° 2		
Ramas	Cobertura	Prestación S/.
Prestación de enfermedad	Al menos el 50 % ciento de todos los residentes; o la población económicamente activa, que constituya al menos el 20 % de todos los residentes; o todos los residentes con medios por debajo de un límite determinado.	45 ⁽ⁱ⁾
Prestación de desempleo	Al menos el 50 % de asalariados; o todos los residentes cuyos recursos no exedan de límites prescritos.	45
Prestación de vejez	Al menos el 50 % de todos los asalariados; o la población económicamente activa que constituya al menos el 20 por ciento de todos los residentes; o todos los residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	40
Prestación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales	Al menos el 50 % de todos los asalariados.	
• Corto plazo		50
• Invalidez		50
• Sobrevivientes		45
Prestación familiar	Al menos el 50 % de todos los asalariados; o al menos el 20 % de todos los residentes; o todos los residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	3 (o 1,5) ⁽ⁱⁱ⁾
Prestación de maternidad	Todas las mujeres de categorías prescritas que constituyan al menos el 50 % de todos los asalariados; o todas las mujeres de categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan al menos el 20% de todos los residentes.	45

(8) OIT (2008). Establecimiento de normas mínimas de seguridad social en una sociedad global. Análisis de la situación y práctica actuales y de las opciones futuras para el establecimiento de normas de seguridad social globales en la Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Departamento de Seguridad Social. p. 11.

Prestación de invalidez	Al menos el 50 % de todos los asalariados; o la población económicamente activa que constituya al menos el 20 % de todos los residentes; o todos los residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	40
Prestación de sobrevivientes	Cónyuges e hijos de al menos el 50 % de todos los asalariados; o Cónyuges e hijos del sostén de familia de las categorías de la población económicamente activa que constituyan al menos 20 % de todos los residentes; o Todas las viudas residentes o hijos residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	40

- (i) Porcentaje del salario de referencia correspondiente; ya sea a las ganancias anteriores (prestaciones relacionadas con las ganancias), ya sea el salario de un trabajador de sexo masculino no calificado (prestaciones de tasa fija).
- (ii) Porcentaje del salario de referencia multiplicado por el número total de hijos de personas protegidas (de todos los residentes).

- **Afiliación obligatoria**

El Convenio exige que los Estados miembros establezcan en su legislación qué categorías de trabajadores asalariados o de la población económicamente activa quedarán comprendidas entre las personas protegidas en cada rama de la seguridad social. Como menciona el Estudio General, al argumento económico de la distribución de riesgos, se le sumó el argumento jurídico de condicionar el ejercicio de los derechos de seguridad social al cumplimiento de requisitos objetivos de afiliación, iguales para todos⁽⁹⁾.

El Cuadro 2 muestra los requisitos mínimos respecto de la cobertura subjetiva obligatoria determinada como un porcentaje de asalariados o un porcentaje de la población económicamente activa, según la rama de la seguridad social de que se trate.

El Convenio también dispone las condiciones según las cuales podría considerarse el establecimiento de un seguro voluntario con el fin de alcanzar el nivel de protección previsto para determinadas ramas de la seguridad social. Las condiciones exigidas para los seguros voluntarios son:

- Estar controlados por las autoridades públicas o administrados conjuntamente por empleadores y trabajadores.

(9) OIT (2011). p. 30.

- Cubrir una proporción importante de las personas cuyas ganancias no excedan de las de un trabajador calificado de sexo masculino.
- Cumplir, conjuntamente con las demás formas de protección, cuando fuere apropiado, las disposiciones aplicables del Convenio.
- Es importante destacar que la cobertura voluntaria no se acepta en ramas como los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las prestaciones familiares y las prestaciones de maternidad, en los que solo corresponde la protección obligatoria.

- Ramas, prestaciones y acceso

Las partes II a X del convenio establecen las normas mínimas de protección de cada rama de la seguridad social. Cada una de estas partes se compone de 6 artículos, el primero de los cuales establece la obligación del Estado miembro de garantizar a las personas protegidas las prestaciones correspondientes; en los cinco artículos siguientes se detallan los parámetros cualitativos y cuantitativos que configuran mínimamente cada rama, a saber:

- La definición de la contingencia.
- Las personas protegidas.
- El tipo y monto de las prestaciones.
- La duración del periodo de calificación.
- La duración de la prestación y periodo de espera.
- La vinculación entre los parámetros antes indicados, la determinación del tipo de régimen y la cuantía de las prestaciones se muestra en el Cuadro N° 2.

**Principales tipos de programas de seguridad social
contemplados en el Convenio 102⁽¹⁰⁾**

CUADRO N° 3				
Personas protegidas	Tipo de programa	Fuente de financiación	Tipo de prestación	Monto de la prestación
Asalariados	Seguro social obligatorio	Cotizaciones	En función del salario (artículo 65)	Por lo menos 40-45-50 por ciento del salario anterior del beneficiario
Población económicamente activa	Seguro social voluntario	Cotizaciones o impuestos	Cuantía uniforme (artículo 66)	Por los menos 40-45-50 por ciento del salario de referencia nacional.
Todos los residentes	Asistencia social basada en los derechos	Impuestos	En función del impuesto (artículo 67)	Monto mínimo establecido
	Regímenes universales	Impuestos	Cualquiera sea el monto	

El Convenio regula los casos en los que de manera excepcional se permite la suspensión de las prestaciones. Para ello tiene que existir una causal como por ejemplo, que reciba otra prestación o indemnización a cargo de un tercero; que la prestación se haya intentado obtener fraudulentamente; que la contingencia sea derivada de un delito; o que sea provocada intencionalmente por el propio asegurado.

La lista de supuestos de suspensión establecida en el convenio es taxativa y, en consecuencia, no pueden establecerse supuestos adicionales a los contemplados en el referido instrumento internacional.

Respecto del acceso a las prestaciones de la seguridad social, el Convenio reconoce el derecho de apelación en caso de denegación de una prestación o de reclamación respecto de su calidad o cantidad.

- Financiamiento colectivo

El Convenio permite distintos métodos de financiamiento de los sistemas de seguridad social a través de mecanismos de seguro social, asistencia social, o servicio público universal; siempre y cuando se respete el principio

(10) OIT (2011). p. 31.

de financiación colectiva. Según este principio el costo de las prestaciones así como los gastos de administración deben ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o impuestos, o ambos mecanismos a la vez.

Asimismo, establece que debe evitarse que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa, teniendo en cuenta la situación económica del Estado miembro y la de las categorías de personas protegidas.

Dispone el Convenio que el total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos, no deberá exceder del 50 % del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de estos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Estado miembro, en aplicación del convenio, podrán ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y, en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una rama especial.

La importancia del financiamiento colectivo y equitativo se manifestó durante los trabajos preparatorios del Convenio 102, en los cuales se señaló que:

“el problema principal relativo a los recursos financieros que debe considerarse en una reglamentación internacional parece ser el de la distribución apropiada de las responsabilidades financieras entre los asegurados, los empleadores y el Estado. (...) Forma parte esencial del concepto de la seguridad social que el riesgo considerado debe ser atendido mediante la arrogación colectiva de la carga financiera que representa el pago de prestaciones. Existen diversas combinaciones posibles, de cotizaciones o de impuestos, para llevar a cabo esta idea. La redacción del cuestionario no trata de contrariar estos conceptos, excepto que no permite las soluciones que impliquen recargar demasiado a las personas de escasos recursos. El cuestionario también sugiere la conveniencia de fijar un límite máximo a la participación de los asalariados, a fin de que por lo menos la mitad de los recursos de los sistemas de seguridad social se obtengan en forma más equitativa a través de las subvenciones estatales o de cotizaciones de los empleadores”⁽¹¹⁾.

(11) OIT (1950). Informe IV (1). pp. 134-136.

- **Responsabilidad general del Estado y gestión participativa**

El Convenio 102 establece que todo Estado miembro debe de asumir la responsabilidad general de las prestaciones concedidas en aplicación del convenio y adoptar todas las medidas necesarias para ese fin. Deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias.

En caso la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociadas a ella, con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever, asimismo, la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas.

Al respecto se debe destacar lo señalado por la CEACR en el Estudio General, donde indica que si bien la responsabilidad del Estado es la regla en todos los casos, debe ser su complemento la gestión participativa de la seguridad social toda vez que la administración no se confíe a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento.

El principio de participación en la gestión de las instituciones de seguridad social se reconoce con respecto a los representantes de las personas protegidas, y no se limita únicamente a las personas con un empleo. La CEACR ha señalado, además, que el principio de gestión participativa ofrece una garantía adicional, para que la gestión de la seguridad social tenga lugar de manera sana y transparente, particularmente en el caso de los planes privados de seguro social⁽¹²⁾.

Ha señalado, además, que entre las principales formas institucionales de diálogo social en relación con la seguridad social cabe mencionar la constitución de órganos tripartitos encargados de las políticas económicas y sociales, la participación de representantes de las organizaciones de trabajadores y de empleadores en los órganos de gestión y consejos asesores de los

(12) OIT (2011). p. 252.

regímenes de seguridad social, así como el establecimiento y la regulación de programas complementarios mediante convenios colectivos.

1.3. Influencia en la normativa internacional

El Convenio 102 ha tenido una gran influencia en el reconocimiento y desarrollo de la seguridad social en el Derecho Internacional, tanto en instrumentos de ámbito universal como regional. Asimismo, ha sido fuente de inspiración para la regulación del derecho a la seguridad social en varias constituciones políticas y legislaciones internas a partir de la segunda década del siglo pasado.

Luego de que Suecia fuera el primer país en ratificar el Convenio 102 en 1953 y el Reino Unido el segundo en ratificarlo (1954), entró en vigor en 1955; los Estados Europeos miembros del Consejo de Europa, en el año 1964 incorporaron en el Código Europeo de Seguridad Social las normas mínimas consagradas en el Convenio 102.

La influencia en las constituciones políticas y normativa interna, se ha dado por dos vías. Una que llamaremos indirecta, en tanto instrumento de inspiración de la regulación constitucional o nacional sobre seguridad social. Y otra que denominaremos directa, mediante la ratificación del convenio y, en consecuencia, su integración como parte de la normativa interna del Estado miembro.

2. Estado de ratificación

El Convenio 102 entró en vigor el 27 de abril de 1955 y cuenta hasta la fecha con la ratificación de 47 países. La ratificación más reciente ha sido la de Uruguay (14 de octubre de 2010). Siete países han aceptado íntegramente las nueve ramas contenidas en el convenio (Alemania, Bélgica, Brasil, Libia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal). La rama más aceptada ha sido la de vejez (91 % de los Estados miembros). Mientras que las ramas menos aceptadas son las referidas a prestaciones familiares (54 %) y prestaciones por desempleo.

El promedio de ratificaciones ha sido de alrededor nueve ratificaciones por década, a excepción de los años 80 en los que solamente se realizaron tres ratificaciones y coincide con el periodo de ajuste estructural. Actualmente el convenio es objeto de examen para su ratificación por más de 15 Estados miembros.

El Convenio 102 fue ratificado por el Perú el 23 de agosto de 1961. Este convenio es el instrumento internacional ratificado por nuestro país de mayor importancia en materia de seguridad social, debido a que los demás

convenios son principalmente declarativos y generales, mientras que el convenio 102 combina su flexibilidad con condiciones mínimas de cobertura, calidad y cuantía de las prestaciones, así como criterios de gestión y financiamiento.

Como se ha mencionado el Convenio 102 permite una ratificación parcial pero establece que de manera obligatoria deberán aplicarse la parte general (parte I), las disposiciones sobre cálculo de pagos periódicos (parte XI), las normas sobre igualdad de trato a los residentes no nacionales (parte XII), las disposiciones comunes (parte XIII) y las disposiciones diversas (parte XIV). Las disposiciones comunes contienen importantes criterios sobre financiamiento, gestión y cumplimiento del convenio que tienen especial relevancia para nuestro país.

Respecto de las nueve partes del convenio referidas a prestaciones, es decir, asistencia médica (parte II), prestaciones monetarias por enfermedad (parte III), prestaciones por desempleo (parte IV), prestaciones por vejez (parte V), prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional (parte VI), prestaciones familiares (parte VII), prestaciones por maternidad (parte VIII), prestaciones por invalidez (parte IX) y prestaciones de sobrevivientes (parte X), el convenio requiere para su ratificación que el Estado miembro ratifique al menos tres partes que incluyan una de las partes IV, V, VI, IX y X.

De conformidad con lo antes indicado el Perú consideró como partes obligatorias en su ratificación las referidas a asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez, prestaciones por maternidad y prestaciones por invalidez.

La adaptabilidad del convenio, además, se manifiesta en que contempla que los Estados cuyas economías y recursos estén insuficientemente desarrollados podrán acogerse “mediante una declaración anexa a su ratificación si las autoridades competentes lo desean, y durante todo el tiempo que lo consideren necesario a determinadas excepciones temporales” (artículo 3, primer párrafo). De esta manera el Perú se acogió a las excepciones temporales sobre cobertura y duración de las prestaciones médicas, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez y prestaciones por maternidad.

Los Estados que hayan formulado una declaración de excepciones temporales deberán incluir en la memoria anual sobre aplicación del convenio (artículo 22 de la Constitución de la OIT) una declaración donde expongan las razones por las cuales continúan acogiendo a ellas o de ser el caso la renuncia al acogimiento a partir de determinada fecha.

Como ya se mencionó la Constitución peruana dispone en su artículo 55 la incorporación directa de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico peruano, mientras que su artículo 3 señala que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo de derechos fundamentales “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre” (cláusula de reconocimiento de derechos implícitos)

La ratificación del Convenio 102 OIT conlleva obligaciones para los Estados respecto de cobertura mínima del sistema de seguridad social, calidad y cuantía de las prestaciones, financiamiento solidario y eficiencia en la administración. Los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) constituyen importantes parámetros de seguimiento.

La CEACR en su informe correspondiente al año 2009⁽¹³⁾ ha señalado que aun cuando una decisión del Tribunal Constitucional peruano reconoce que los tratados internacionales relativos a derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, no parece incluir los principios mínimos garantizados por el Convenio 102 en el contenido esencial del derecho a la seguridad social (Decisión 1417-2005 PATC del 8 de julio de 2005).

Esta decisión parece privar al derecho a la seguridad social del contenido concreto garantizado por el Convenio 102. Por ello manifiesta que “el reconocimiento de los principios básicos garantizados por los convenios de la seguridad social de la OIT contribuiría eficazmente a la puesta en práctica en el Perú de un Estado de Derecho basado en la solidaridad, la gobernanza participativa y el reconocimiento de mínimos sociales”.

Según la CEACR una manera de medir el impacto de la ratificación en la evolución de la legislación y las prácticas nacionales consiste en considerar los casos en que la Comisión de Expertos ha expresado su satisfacción o interés por los progresos observados en la aplicación de los convenios pertinentes. Desde 1964, en 40 casos los Estados miembros han adaptado su legislación y práctica nacionales para ajustarlas a las disposiciones del Convenio, siguiendo las recomendaciones de la Comisión, y en 82 casos esta ha tomado nota con interés de las medidas adoptadas.

(13) Informe de la CEACR sobre informaciones y memorias comunicadas por los Estados respecto de la aplicación de convenios y recomendaciones. 80ª Reunión de la CEACR. Ginebra, del 26 de noviembre al 11 de diciembre de 2009. Publicado por Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2010, p. 820.

El Perú ha sido objeto de 4 muestras de satisfacción (años 1971, 1973, 1975 y 1982) y 4 casos de interés (años 1989, 1994, 2005 y 2007) por la CEACR.

3. Situación actual y observaciones de la CEACR OIT

El Estado peruano ha recibido observaciones de la CEACR de manera reiterada a causa del incumplimiento de las reglas mínimas y principios contenidos en el Convenio 102 de la OIT. Los años en que se adoptaron y publicaron estas observaciones han sido los siguientes:

- Adopción en 1994, publicación en 81^a Reunión del CIT de 1994.
- Adopción en 1995, publicación en 82^a Reunión del CIT de 1995.
- Adopción en 1996, publicación en 85^a Reunión del CIT de 1997.
- Adopción en 1997, publicación en 86^a Reunión del CIT de 1998.
- Adopción en 1998, publicación en 87^a Reunión del CIT de 1999.
- Adopción en 2000, publicación en 89^a Reunión del CIT de 2001.
- Adopción en 2001, publicación en 90^a Reunión del CIT de 2002.
- Adopción en 2002, publicación en 91^a Reunión del CIT de 2003.
- Adopción en 2004, publicación en 93^a Reunión del CIT de 2005.
- Adopción en 2006, publicación en 96^a Reunión del CIT de 2007.
- Adopción en 2009, publicación en 99^a Reunión del CIT de 2010.
- Adopción en 2011, publicación en 101^a Reunión del CIT de 2012.

Las observaciones más reiteradas han incidido en destacar que los diferentes componentes del Sistema de Seguridad Social peruano no cumplen con los principios comunes de los convenios internacionales de seguridad social como i) la financiación colectiva de las prestaciones; ii) la gestión democrática y transparente de las instituciones de la seguridad social; iii) el abono de las prestaciones durante toda la contingencia; y, iv) la garantía de una tasa mínima de prestaciones.

Al respecto uno de los informe más reciente de observaciones y recomendaciones de la CEACR (2011), se ha pronunciado sobre los principios básicos establecidos en los convenios internacionales, el mejoramiento del funcionamiento del sistema público de pensiones, la lucha contra la evasión de la obligación de afiliación al sistema de la seguridad social, y las medidas

a favor de las micro y pequeñas empresas. Los aspectos más importantes sobre el nivel de cumplimiento de los principios básicos de la seguridad social son los siguientes:

- **Principio de la financiación colectiva de la seguridad social**

Como se ha señalado este principio prevé que el costo de las prestaciones y los gastos de su administración deberán financiarse colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos (párrafo 1 del artículo 71 del Convenio), de manera que el total de cotizaciones a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 % del total de recursos destinados a la protección de los asalariados (párrafo 2 del artículo 71).

La CEACR señala que en contraposición a este principio, en el Sistema Privado de Pensiones (SPP) del Perú solo los asegurados contribuyen a las cuentas individuales de capitalización y a la financiación de las primas del seguro de vejez, invalidez y de sobrevivientes, y los gastos de administración solo están a cargo de los trabajadores afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

- **Principio de administración democrática del sistema de seguridad social**

Este principio presupone que, cuando la administración del sistema de seguridad social no esté garantizada por una institución reglamentada por las autoridades públicas o por un departamento gubernamental responsable ante el Parlamento, los representantes de las personas protegidas deben participar en su administración o estar asociadas a ella, con carácter consultivo (párrafo 1 del artículo 72 del Convenio).

La CEACR observa que en el SPP no existe la posibilidad de que los afiliados participen en la gestión de las AFP. En su memoria de 2010, el Gobierno había indicado que tenía la intención de examinar la posibilidad de crear un consejo de vigilancia en el que participarían representantes de los afiliados al SPP, tomando como ejemplo el Consejo de Vigilancia previsto en el Decreto Legislativo N° 862 relativo a los fondos de inversión y sus sociedades administradoras, y que podría recoger información de las AFP sobre la administración de los fondos de pensiones. Lamentablemente, en la memoria de 2011, el Gobierno no ha informado de ningún progreso realizado en la incorporación de representantes de los afiliados en la administración de las AFP, al menos, con carácter consultivo

En lo que respecta a la participación de las personas protegidas en la administración de los seguros de salud la situación se asemeja a lo que ocurre en el ámbito de la participación de los beneficiarios en el SNP.

Así, la CEACR solicita al Gobierno que tenga a bien estudiar la posibilidad de establecer en el seno de las EPS privadas, IPRESS o las compañías de seguros privados de salud, un mecanismo mediante el cual los representantes de los asegurados puedan participar en la administración de dichas empresas o estar asociados a ellas, con carácter consultivo, sin perjuicio de los mecanismos de vigilancia ciudadana que los gobiernos regionales o locales puedan implantar oportunamente, para así armonizar su legislación con el párrafo 1 del artículo 72 del Convenio.

- **Principio de garantía de prestaciones mínimas**

La CEACR recuerda que el establecimiento de programas de pensiones mínimas garantizadas debería ir acompañado de la determinación de un umbral de pobreza o de un mínimo de subsistencia así como del aumento de las pensiones mínimas por encima de este parámetro.

Por ello, expresa su preocupación por el hecho de que los regímenes de seguridad social, que han sido naturalmente concebidos para proporcionar prestaciones adecuadas, se hayan desvirtuado, en muchos países en desarrollo, hasta el punto de que el nivel de las prestaciones que se brindan está por debajo del umbral de pobreza, pudiéndose considerar, en esos casos, que el Estado no cumple con sus responsabilidades

La CEACR pide al Gobierno que tenga a bien informarle en su próxima memoria las medidas que prevé adoptar para hacer extensivo el programa Pensión 65 a todas las regiones del país así como los pormenores de su implantación y los progresos que se vayan realizando en esa esfera.

Por otro lado, el Gobierno confirma en su memoria de 2011 que en el SPP no se garantiza una tasa de reemplazo. En cambio, en el ámbito del SNP, el pago de las pensiones está asegurado y garantizado por la ONP, el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales y el Estado Nacional a través de la transferencia de recursos ordinarios del Tesoro Público. Sin embargo, la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) señala que el monto de las pensiones que se pagan no alcanza el umbral mínimo establecido en el Convenio 102 para que puedan sustituir el salario. Por consiguiente, la CEACR pide al Gobierno tenga a bien informarle cuál es el monto mínimo de cada

modalidad de pensión reseñada en comparación con los mínimos establecidos en el Convenio y que precise la manera en que dichos montos se actualizan.

- **Principio de otorgamiento de prestaciones durante toda la contingencia**

Las prestaciones de vejez gestionadas en el marco del sistema de gestión privada se calculan sobre la base del capital del que dispone cada asegurado en su cuenta individual de capitalización. Cuando se agota el capital acumulado en una cuenta, el derecho a una pensión puede dejar de existir y el asegurado que superase la esperanza de vida promedio podría quedarse sin su única fuente de ingresos (modalidad de retiro programado del SPP). La CEACR señala que una situación semejante no se ajusta al principio establecido por los convenios internacionales según el cual las prestaciones deben pagarse durante toda la contingencia, garantizando una tasa mínima.