

DERECHO A LA PENSIÓN A LOS 100 AÑOS DE LA OIT: IMPORTANCIA DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL Y DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

ÁLVARO VIDAL BERMÚDEZ*

El artículo que presenta Álvaro Vidal aborda el crucial problema de la ineffectividad del derecho a la pensión en el Perú. Este análisis viene sentado de una nutrida invocación a criterios emitidos por órganos de control de los Sistemas Internacionales de derechos humanos relevantes: el interamericano y el mundial de la OIT. Todo esto se enmarca en una visión crítica al cumplimiento del rol estatal que demanda el derecho a la pensión, que hace uso del Derecho Internacional para evidenciar la inconsistencia entre los estándares internacionales y los domésticos.**

187

SUMARIO: I. Introducción. II. Futuro del trabajo y derecho a la pensión. III. Déficit de cumplimiento del derecho a la pensión en el Perú. IV. El estándar internacional del derecho a la seguridad social y a la pensión. V. El bloque de constitucionalidad – convencionalidad del derecho a la seguridad social. VI. Control de convencionalidad: evolución de la doctrina de la CIDH. VII. Derecho a la seguridad social y a la pensión: carácter autónomo y justiciable. VIII. Derecho a la seguridad social y *corpus iuris* internacional. IX. Derecho a la seguridad social: definición, elementos constitutivos y fundamentales. X. Obligaciones del Estado respecto del derecho a la pensión. XI. Conclusiones

* Profesor de Seguridad Social y Clínica Jurídica de la PUCP, y de Tendencias en Derecho Previsional de la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UNMSM. Ha sido profesor invitado por las Universidades de la República del Uruguay, y del Rosario, Javeriana y Nacional de Colombia. Máster en Relaciones Laborales y Diálogo Social por la Universidad de Castilla La Mancha (España) y en Gestión de los Sistemas de Seguridad Social por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Abogado y consultor. Ha realizado publicaciones en materia laboral y de protección social para la OIT, OIM y CEPAL. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 21*.

I. Introducción

Hace cien años, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su preámbulo, consideró de urgente necesidad mejorar las condiciones de empleo, proteger a los trabajadores frente a las enfermedades y accidentes, cuidar de los niños y adolescentes, y otorgar pensiones de vejez e invalidez.

Se entendió que, si cualquier nación no adoptaba un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que buscasen mejorar las condiciones de los trabajadores de sus propios países. Desde el origen de la OIT, alcanzar la justicia social y la paz, fueron concebidos como parte de un proceso de mejora de los estándares de protección social en los ámbitos nacional e internacional.

El 10 mayo de 1944, durante la vigésima sexta reunión de la Conferencia General, fue adoptada la “Declaración de los fines y objetivos de la OIT, y de los principios que debieran inspirar la política de sus miembros”, más conocida como Declaración de Filadelfia. Esta declaración reafirmó el principio de justicia social, y que todos los seres humanos sin distinción, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica, y en igualdad de oportunidades. Se destacó que lograr las condiciones que permitan llegar a estos resultados debe ser el propósito central de la política nacional e internacional.

La Declaración de Filadelfia reconoció la obligación de la OIT de fomentar entre todas las naciones programas que permitan lograr el pleno empleo, elevar el nivel de vida, extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos, prestar asistencia médica integral, proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores, y proteger a la infancia y a la maternidad, entre otras medidas.

Es decir, se reafirmaron los principios fundacionales de la OIT, a la vez que la necesidad de políticas y programas nacionales e internacionales de extensión de la seguridad social. La importancia de la Declaración de Filadelfia ha sido destacada por Jürgen Habermas, respecto de la consolidación del concepto de dignidad humana, y como esta, “que es una y la misma en todas partes y para todo ser humano, fundamenta la *indivisibilidad* de los derechos fundamentales”, a la vez que su desarrollo explica la trascendencia que el concepto de dignidad humana ha alcanzado en la jurisprudencia (Habermas: 2012)¹.

1 Habermas, Jürgen (2012). La Constitución de Europa. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 20.

Los principios de la seguridad social y su estándar mínimo de protección, fueron consolidados en 1952 con la aprobación del Convenio 102 OIT, que combina el reconocimiento de estos principios con medidas objetivas y cuantificables de protección². El año 2001, el Consejo de Administración de la OIT, luego de un amplio debate internacional, confirmó el estatus de norma actualizada del Convenio 102, y el año 2011 la Conferencia Internacional del Trabajo lo reconoció como punto de referencia gradual para la cobertura integral de la seguridad social en ámbitos nacionales.

La Recomendación 202, sobre Pisos de Protección Social, adoptada el año 2012, estableció una estrategia bidimensional de extensión de la protección social. Una dimensión horizontal, referida a la ampliación de la cobertura subjetiva, y otra vertical, referida a la lograr niveles más elevados y mejores de prestaciones sociales.

II. Futuro del trabajo y derecho a la pensión

El reciente informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo titulado “Trabajar por un futuro más prometedor” (OIT: 2019)³, destaca la necesidad de una acción más comprometida por parte de los gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, por revitalizar el contrato social que asegure a los trabajadores una participación justa en el progreso económico, el respeto de sus derechos, y la protección frente a los riesgos sociales. El diálogo social deberá desempeñar un rol fundamental que garantice la eficacia y pertinencia de este contrato social.

El Informe mundial sobre la protección social 2017-2019 (OIT:2)⁴ señala que las pensiones para las personas de edad constituyen el mecanismo más frecuente de protección social en el mundo, así el 68% de las personas que superan

2 El Convenio 102 OIT. Norma mínima de seguridad social aprobado en 1952, tuvo como base las Recomendaciones 67 y 69 sobre la seguridad en los medios de vida, y asistencia médica de 1944. Ambas recomendaciones desde una perspectiva de técnica normativa son consideradas los antecedentes más relevantes del Convenio 102, en tanto reconocen una cobertura extensa, contienen una coherencia interna y presentación sistematizada.

3 OIT (2019). Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra. Pp. 10-15.

4 OIT (2017) Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra. Pp. 83-84.

la edad de jubilación perciben una pensión (contributiva o no contributiva). Se destaca que los regímenes públicos, basados en la solidaridad y la cofinanciación, son ampliamente, la forma más generalizada de protección de los adultos mayores a nivel mundial.

Los sistemas de pensiones tienen como objetivos otorgar cobertura a todos los adultos mayores que lo requieran y que el monto alcance un nivel monetario adecuado. Si bien el nivel de suficiencia de las pensiones puede variar de una sociedad a otra por distintos factores, el estándar internacional mínimo planteado por el Convenio 102 OIT es del 40% de la remuneración de referencia. Asimismo, distintos instrumentos internacionales regulan la necesidad de realizar reajustes periódicos en función de criterios objetivos, como el costo de vida, y mediante procedimientos transparentes establecidos por la legislación o prácticas nacionales.

Respecto de las reformas de privatización de los sistemas de pensiones, el informe de protección social señala que entre 1981 y 2002, un reducido número de países (24) emprendieron reformas de sus regímenes de pensiones e introdujeron un modelo sustitutivo, mixto o paralelo basado en cuentas individuales. Sin embargo, debido a las dificultades experimentadas por los sistemas privados para cumplir las expectativas de desempeño, algunos países comenzaron a revertir gradualmente las reformas, de diversas maneras, mientras que en otros se está debatiendo esa reversión.

El informe señala de manera concluyente que “Las políticas de privatización de las pensiones, aplicadas en el pasado en algunos países, no arrojaron los resultados previstos ya que la cobertura y las prestaciones no aumentaron, los riesgos sistémicos recayeron en las personas y la situación fiscal empeoró. En consecuencia, varios países están revirtiendo las medidas de privatización adoptadas y restableciendo los sistemas públicos basados en la solidaridad”⁵

Ante las expectativas generadas por la privatización de las pensiones consistentes en un aumento de cobertura y mejora de las pensiones, sus resultados fueron todo lo contrario, el referido informe sobre la protección social en el mundo muestra que sus efectos son una baja cobertura, costos administrativos elevados, disminución de las pensiones, menores tasas de sustitución, costos fiscales elevados y falta de diálogo social.

5 OIT (2017). Op. Cit. Pág. 84

Las deficiencias de las reformas de pensiones centradas en la capitalización individual y el ahorro forzoso, verificadas a nivel internacional, se muestran con más crudeza en el Perú, a causa de aspectos estructurales como el mayor nivel de informalidad laboral, la alta rotación en el trabajo y las brechas salariales existentes, entre otros factores, que agudizan las deficiencias inherentes a los sistemas de capitalización. A su vez, el actual sistema público de pensiones también tiene graves deficiencias de cobertura, cuantía y acceso, lo que conduce a que, la coexistencia de ambos regímenes de manera paralela no cumpla con los objetivos redistributivos ni de protección que debiera tener un sistema de seguridad social.

El Informe sobre el futuro del trabajo propone un programa centrado en las personas, que las sitúe a ellas y al trabajo en el centro de las políticas económicas, sociales y empresariales. Con este objetivo plantea tres ejes de actuación que concilien crecimiento, igualdad y sostenibilidad: 1) aumentar la inversión en las capacidades de las personas, 2) aumentar la inversión en las instituciones del trabajo, y 3) incrementar la inversión en trabajo decente y sostenible. El primer eje incluye invertir decididamente en las instituciones, políticas y estrategias que apoyen a las personas en las distintas transiciones que implican el futuro del trabajo, y proporcionar protección social universal desde el nacimiento hasta la vejez.

El sistema de protección social propuesto por el Informe sobre el futuro del trabajo debe ser sólido y basado en los principios de solidaridad y reparto de riesgos, a su vez complementa el piso de protección social con regímenes contributivos que proporcionen mayores niveles de seguridad. Es importante destacar que el modelo propuesto tiene como fundamento la solidaridad, no solamente en la base sino también en el complemento contributivo, y se diferencia de otras propuestas que plantean un pilar básico no contributivo (financiado con recursos públicos), complementado con mecanismos de ahorro forzoso y capitalización individual, cuyo efecto no resulta realmente redistributivo.

III. Déficit de cumplimiento del derecho a la pensión en el Perú

A nivel de políticas públicas, las iniciativas generadas en los últimos años por el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República del Perú, no se han concretado en propuestas de reforma estructural que recojan las experiencias ni mejores prácticas internacionales. Recordemos el fracasado intento de afiliación obligatoria de los trabajadores independientes⁶, la comisión de reforma creada el año 2016 cuyo

6 La afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a un sistema pensionario fue establecida

informe no fue asumido por el Poder Ejecutivo, y la comisión constituida este año únicamente por miembros del Poder Ejecutivo que a la fecha no ha presentado su informe. Estas deficiencias en el diseño e implementación de políticas públicas no se condicen con la urgencia de realizar reformas estructurales en pensiones.

El porcentaje de población que supera la edad legal de jubilación y percibe una pensión de vejez en las Américas es el 86.2%, en América Latina el 70.8%⁷, mientras que en Perú es alrededor de la mitad. Como se observa, es notorio el déficit de cobertura subjetiva en Perú respecto de otros países de la región.

El sistema de pensiones en el Perú está fragmentado⁸, coexisten tres subsistemas: i) el Sistema Privado de Pensiones (SPP) basado en la lógica del ahorro forzoso y capitalización individual; ii) el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), régimen contributivo, público y de reparto; y, iii) Pensión 65 que es un programa no contributivo que protege a la población más pobre y vulnerable. Estos tres subsistemas actúan en forma independiente y descoordinada lo que introduce elementos que atentan contra la solidaridad y la equidad de su conjunto.

Solamente un 26% de la Población Económicamente Activa esta asegurado en algún sistema pensionario y solamente el 52% de la población de 65 años o más cuenta con algún tipo de pensión, correspondiendo entre los que tienen pensión 47% al SNP, 40% a Pensión 65 y 13% al SPP (Mesa Lago: 2016)⁹. La mayoría de trabajadores está afiliado al SPP, sin embargo menos de la mitad cotiza de manera efectiva, lo cual afectará las posibilidades de concretar su derecho a percibir una pensión adecuada.

En ambos sistemas contributivos la pensión promedio esta por debajo del estándar internacional del 40% de la remuneración de referencia. Asimismo, existen estudios que muestran que con rentabilidades efectivas distintas (de 3%, 3.5% y 4%) en el mediano y largo plazo la tasa de reemplazo del SPP peruano sería la más baja de Latinoamérica, en todos los casos muy por debajo del estándar internacional del 40%. Asimismo, en el SPP se muestran diferencias significativas

por la Ley 29903 del 19 de julio del 2012, y fue derogada por la Ley 30237 del 17 de septiembre del 2014.

7 OIT (2017). Op. Cit. Pág. 88.

8 En lo que resta del presente título seguiremos lo desarrollado por la Nota Técnica elaborada conjuntamente por el autor y el especialista del Departamento de Seguridad Social de la OIT, Sergio Velasco, "Lineamientos para una reforma integral de la seguridad social considerando estándares internacionales de la Organización Internacional del Trabajo" (2017).

9 Información estadística obtenida de Mesa-Lago, Carmelo (2016). "Sugerencias para la re-reforma de pensiones en el Perú". Apuntes. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En adelante haremos referencia a algunas recomendaciones señaladas en este estudio.

de la cuantía de las pensiones por sexo, es decir, se realizan cálculos diferenciados para hombres y mujeres, resultando éstas últimas perjudicadas por su mayor esperanza de vida al momento de recibir la pensión por vejez, por motivos de género (Durán y Pena: 2011).¹⁰

Dos factores que afectan la cuantía de las pensiones en el caso del SPP son el alto costo administrativo (costo de las comisiones por administración) y la baja densidad de cotizaciones. El costo de las comisiones por administración del SPP peruano ha sido históricamente uno de los más altos de Latinoamérica (1.97% de la remuneración y casi el 20% de la contribución). La reforma del año 2012 estableció que los nuevos afiliados ingresarían a un esquema de comisión sobre fondo acumulado, que también resulta elevado y no determina una disminución efectiva. Al mes de noviembre del 2019 la comisión promedio sobre fondo es el 1.58% del fondo acumulado al año. Este nuevo esquema de cobro de comisión aumentará el costo de las comisiones a medida que el sistema madure y crezca el nivel del fondo, asimismo, obligará a pagar comisiones a las personas que se encuentren desempleadas.

El otro factor que afecta el monto de las pensiones, es la baja densidad de las cotizaciones, determinada por la estructura del mercado laboral peruano, en particular el alto nivel de informalidad laboral, de trabajo autónomo, y de trabajo familiar no remunerado, no cubiertos por los sistemas pensionarios. En el caso del mercado laboral formal la baja densidad de cotizaciones se explica por la alta rotación laboral y que la mayoría de trabajadores dependientes están sujetos a contratación temporal, alrededor de un 70% de los trabajadores dependientes.

Un aspecto vinculado con la cuantía de las pensiones es la desigualdad en los ingresos generada por cada subsistema, así tenemos que esta brecha se ha venido incrementando. Tal como señala Olivera “Según la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho) en 2007 la desigualdad de pensiones en el SPP –medida con el coeficiente de Gini- fue de 0,25 mientras que en el SNP fue de 0,20 y para el total de pensionistas fue 0,22. En cambio, en 2013 la desigualdad de pensiones en el SPP aumentó hasta 0,45, mientras que en el SNP fue sólo 0,21 y en el total de pensionistas el Gini fue 0,27” (Olivera: 2016)¹¹. Se destaca que esta tendencia podría continuar debido al mayor número de afiliados del SPP que se jubilarán

10 Durán, Fabio y Pena, Hernán (2011). Determinantes de las tasas de reemplazo de pensiones de capitalización individual: escenarios latinoamericanos comparados. CEPAL. División de Desarrollo Social.

11 Olivera, Javier (2016). “Evaluación de una propuesta de sistema de pensiones multipilar para Perú”. Apuntes. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima-Perú.

en los próximos años y a que en este esquema no existe una pensión mínima. Ello se explica por el diseño del SPP basado en cuentas de capitalización individual y la relación paralela que existe entre SNP y SPP, que reduce sustancialmente los mecanismos redistributivos.

Existen deficiencias en la gestión que afectan tanto al SNP como al SPP. En el caso del SNP a pesar de las mejoras que ha experimentado recientemente la Oficina de Normalización Previsional (ONP), que administra el sistema público de pensiones (Decreto Ley N° 19990), la demora en el otorgamiento de pensiones sigue siendo excesiva. Ello se vincula con que no existe una base de datos confiable del total de aportaciones efectuadas por los asegurados, y son ellos muchas veces quienes deben de sustentar los aportes efectuados respecto de los períodos y montos. Asimismo, existen prácticas judiciales dilatorias que afectan el acceso oportuno al derecho a la pensión, derivadas de la tercerización del patrocinio de los procesos judiciales por la ONP a estudios de abogados. Estos factores conducen a que exista una alta cantidad de procesos judiciales sobre el reconocimiento y cuantía de las pensiones, siendo la mayoría de procesos tramitados en las vías de tutela constitucional (procesos de amparo) y contenciosa administrativa¹²

Un aspecto que afecta la gestión transparente y democrática de ambos sistemas pensionarios es que ni el SNP a través de la ONP, ni el SPP mediante las AFP cuenta con representación de los trabajadores o asegurados en sus órganos de dirección. A pesar de que ambos sistemas se financian principalmente con aportes de los trabajadores, no existe representación de estos en los órganos directivos de los entes gestores de pensiones. Tampoco tienen representación en las entidades de supervisión. La reforma del año 2012 consideró la conformación de un comité de usuarios en la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, sin embargo no ha sido implementado hasta la fecha.

IV. El estándar internacional del derecho a la seguridad social y a la pensión

Se ha destacado como característica principal del Convenio 102 que para cada contingencia han sido fijados objetivos mínimos (OIT : 2008)¹³. En particu-

12 Al respecto se pueden ver los Informes Defensoriales 135 y 173, denominados respectivamente: “Por un acceso justo y oportuno al derecho a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP” y “Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortalecimiento la justicia constitucional”.

13 (OIT:2008) Departamento de Seguridad Social de la Oficina Internacional del Trabajo. Documento

lar 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).

Es decir, el derecho a la seguridad social debe ser concebido de manera integral y en toda su complejidad. En tanto derecho subjetivo que implica la garantía de un conjunto de prestaciones sociales (derechos y obligaciones), y como derecho objetivo que requiere de un sistema institucionalizado de responsabilidad estatal sustentado en un conjunto de valores (sistema basado en principios).

Las normas internacionales del trabajo sobre seguridad social materializan las aspiraciones expuestas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y buscan proporcionar la protección más amplia posible en términos de cobertura personal, cobertura de riesgos y nivel adecuado de prestaciones (OIT:2011)¹⁴. Esta protección tiene como objeto además reforzar la cohesión social mediante la aplicación de principios como la solidaridad social, afiliación obligatoria, distribución de riesgos, financiación colectiva, mínimo garantizado, control por autoridades públicas, administración participativa, dialogo social, y responsabilidad general del Estado.

La Recomendación 202 sobre Pisos de Protección Social, es sumamente relevante debido a que proporciona orientaciones para:

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”. Ginebra – OIT. 2008. P. 11.

14 (OIT: 2011) “Estudio General relativo a instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre justicia social para una globalización equitativa”. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. Parte 1B. Conferencia Internacional del Trabajo. 100ª Reunión. 2011, que recoge lo expuesto por la CEACR. Informe General. 2001. Párr. 155.

- establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social, y;
- poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que aseguren progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la seguridad social.

Estos pisos de protección social deben comprender por lo menos las siguientes garantías básicas de seguridad social:

- a) acceso a un conjunto de bienes y servicios definido a nivel nacional, que constituyen la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;
- b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios;
- c) seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y;
- d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional.

Asimismo, la Recomendación reconoce la responsabilidad general y principal del Estado respecto de estas garantías básicas de la seguridad social, las cuales deben de aplicarse siguiendo los siguientes principios:

- a) universalidad de la protección, basada en la solidaridad social;
- b) derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional;
- c) adecuación y previsibilidad de las prestaciones;
- d) no discriminación, igualdad de género y capacidad de responder a las necesidades especiales;
- e) inclusión social, en particular de las personas que trabajan en la economía informal;

- f) respeto de los derechos y la dignidad de las personas cubiertas por las garantías de seguridad social;
- g) realización progresiva, inclusive a través del establecimiento de objetivos y plazos;
- h) solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social;
- i) consideración de la diversidad de métodos y enfoques, con inclusión de los mecanismos de financiación y los sistemas de prestaciones;
- j) gestión financiera y administración sanas, responsables y transparentes;
- k) sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad;
- l) coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo;
- m) coherencia entre las instituciones encargadas de la prestación de servicios de protección social;
- n) servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de seguridad social;
- o) eficacia y accesibilidad de los procedimientos de reclamación y de recurso;
- p) seguimiento regular de la aplicación y evaluación periódica;
- q) pleno respeto de la negociación colectiva y de la libertad sindical para todos los trabajadores, y;
- r) participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas.

V. El bloque de constitucionalidad – convencionalidad del derecho a la seguridad social

La Constitución política del Perú establece en su artículo 55° la incorporación directa de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico peruano, mientras que su artículo 3° dispone que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo de derechos fundamentales “no excluye los demás que la Cons-

titución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre”. Por ello, Villavicencio Ríos (Villavicencio: 2009)¹⁵ indica que el artículo 3º de la Constitución peruana constituye una cláusula de reconocimiento de derechos implícitos que conduce a otorgarles rango constitucional.

El Estado peruano ha ratificado una serie de tratados internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social, entre ellos el Convenio 102 OIT (norma mínima de seguridad social)¹⁶. La cláusula constitucional de derechos implícitos debería conducir a considerar estos tratados y en particular el Convenio 102, en las partes aplicables¹⁷, como parte del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, la 4ª 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).

La cláusula constitucional de derechos implícitos y el reconocimiento del Convenio 102, en sus partes obligatorias, como parte del bloque de constitucionalidad deberían significar la aplicación directa de esta norma internacional, por lo que resultaría irrelevante la cláusula interpretativa. Sin embargo, en diversas sentencias del Tribunal Constitucional peruano sobre derechos sociales, se hace

15 Villavicencio, Alfredo (2009). Los tratados de derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad. Ara Editores. Pág. 78

16 El Convenio 102 se compone de 87 artículos organizados en 15 partes. 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.

17 El Perú ratificó el Convenio 102 el 23 de Agosto de 1961 y aceptó como partes obligatorias las referidas a asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez, prestaciones por maternidad y prestaciones por invalidez. Asimismo, 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. Al respecto se debe señalar que los Estados que hayan formulado una declaración de excepciones temporales deberán incluir en la memoria anual sobre aplicación del convenio una declaración donde expongan las razones por las que continúan acogiendo a estas excepciones, o de ser el caso, la renuncia al acogimiento a partir de determinada fecha.

referencia únicamente a la cláusula interpretativa relativizando la aplicación directa de las normas internacionales sobre derechos humanos.

Al respecto en su informe del año 2009 la CEACR (CEACR: 2009)¹⁸ señaló que aún 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). Por ello señala que esta sentencia constitucional estaría privando al derecho a la seguridad social del contenido concreto garantizado por el Convenio 102, y destaca que, el reconocimiento de los principios básicos garantizados por los convenios de la seguridad social de la OIT, contribuiría eficazmente en 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 y cuantía de las prestaciones, así como el reconocimiento de los principios de financiamiento solidario, administración democrática y responsabilidad general del Estado. Los informes de la CEACR constituyen importantes parámetros de seguimiento.

Las observaciones más reiteradas de la CEACR 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 son: 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 un nivel mínimo de prestaciones. Se ha señalado asimismo, la necesidad de que el país cuente con una estrategia nacional para la aplicación integral del derecho a la seguridad social.

En este marco, la evolución desarrollada por el sistema interamericano de derechos humanos respecto del alcance del control de convencionalidad, resulta relevante debido a que reafirma la importancia del corpus iuris internacional de la seguridad social en la definición del derecho a la pensión, en particular la inter-

18 CEACR (2009). Informe de la CEACR sobre informaciones y memorias comunicadas por los Estados respecto de la aplicación de convenios y recomendaciones. 80º Reunión de la CEACR. Ginebra del 26 de noviembre al 11 de diciembre de 2009. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra-Suiza. 2010. Pág. 820.

pretación del artículo 26 de la Convención Americana acerca de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.

VI. Control de convencionalidad: evolución de la doctrina de la CIDH

El control de convencionalidad, aparece con estos términos, por primera vez, en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (Sentencia del 26 de septiembre de 2006). Al respecto se señala que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Para ello, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El control de convencionalidad es entendido como una verificación de conformidad o congruencia, entre las normas y prácticas nacionales respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia.

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha precisado el contenido y alcance del control de convencionalidad, hasta llegar a un concepto complejo que comprende las siguientes características (Corte IDH: 2019)¹⁹:

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.

19 Corte IDH (2019). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7: Control de Convencionalidad. Versión actualizada al 2019.

- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Es importante desarrollar más detenidamente algunos aspectos de este concepto complejo del control de convencionalidad para delimitar adecuadamente los alcances y potencialidades de la sentencia del caso *Muelle Flores vs. Perú*. En particular lo referido a la extensión del parámetro de convencionalidad a otros tratados de derechos humanos, la eficacia interpretativa del control de convencionalidad, y la aplicación en el ámbito interno.

Respecto del primer tema planteado (extensión del control), es importante destacar que en la sentencia del caso *Gudiel Álvarez vs. Guatemala* (Sentencia del 20 de noviembre de 2012) se indica que la obligación de ejercer *ex officio* el control de convencionalidad entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, los jueces y órganos vinculados “deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”.

Con relación a la eficacia interpretativa en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (Sentencia del 24 de febrero de 2012) se indica que con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales nacionales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Respecto de la aplicación en el ámbito interno, en el caso *Gelman vs. Uruguay* (sentencia del 20 de marzo de 2013), se indica que la sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. El cumplimiento de buena fe vincula a todos los poderes y órganos del Estado.

Este último criterio ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional peruano al señalar que la “vinculatoriedad” de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del

Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso²⁰.

Estas precisiones respecto del alcance del control de convencionalidad resultan relevantes para analizar el contenido de los derechos a la seguridad social y a la pensión desarrollados en la sentencia del caso Muelle Flores vs. Perú, como se verá a continuación.

VII. Derecho a la seguridad social y a la pensión: carácter autónomo y justiciable

La Corte IDH se ha pronunciado en el caso Muelle Flores vs. Perú²¹ por primera vez respecto del carácter autónomo del derecho a la seguridad social y en particular del derecho a la pensión. A continuación, desarrollamos los criterios que establece la Corte respecto de la pensión como derecho autónomo y justiciable, así como su contenido. Criterios que deben llevar a replantear el entendimiento que han tenido del mismo los tribunales peruanos y parte de la doctrina nacional.

La argumentación de la Corte IDH respecto del carácter autónomo y justiciable del derecho a la pensión se funda en lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el *corpus iuris* internacional sobre este derecho. El referido artículo señala que los Estados parte se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Al respecto, la Carta de la OEA reafirma como principio que la justicia y la seguridad social son bases de una paz duradera (artículo 3.j), señala que el trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar (artículo 45.b).

20 Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

21 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Muelle Flores vs. Perú, dictada el 6 de marzo de 2019. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Adicionalmente, señala la Carta que los Estados miembros convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al desarrollo de una política eficiente de seguridad social (artículo 45, h). Asimismo, que los Estados reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad (artículo 46) (Fundamentos 171 y 172).

A partir de estos fundamentos, la Corte IDH considera que “existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA”. Deduciéndose que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad “asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podría afectar el nivel y calidad de sus vidas”. Por ello, la Corte IDH considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención (Fundamento 173).

VIII. Derecho a la seguridad social y *corpus iuris* internacional

203

Sobre el alcance del derecho a la seguridad social, en particular el derecho a la pensión, a partir del *corpus iuris* internacional, la Corte IDH recuerda que, la responsabilidad internacional de un Estado, por violaciones a los derechos reconocidos en la Convención derivan, de:

- Que los Estados partes se ha comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (artículo 1.1).
- Si el ejercicio de los derechos y libertades antes mencionados no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2).

La propia Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, específicamente a través

del artículo 29²², el cual prevé el principio *pro persona*. Destacando que como ha sido la práctica constante de la Corte “al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes” (Fundamento 174).

En ese sentido, la Corte utiliza las fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social. La utilización de esta normativa, como señala la Corte, se realiza de forma complementaria a la normativa convencional, lo que no implica que se asuma competencia sobre tratados respecto de los que no se tenga, ni se otorgue jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales; sino que se realiza una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29 de la Convención y la práctica jurisprudencial, que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA reconocidos por el artículo 26 de la Convención (Fundamento 175).

La interpretación de conformidad con las pautas previstas en la Convención y su jurisprudencia, que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA, se condice con lo señalado por la Corte IDH respecto de que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. La propia Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos, la práctica o reglas relevantes del derecho internacional, que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, métodos relacionados con una visión evolutiva (Fundamento 176).

22 Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

IX. Derecho a la seguridad social: definición, elementos constitutivos y fundamentales

Como hemos señalado anteriormente, el derecho a la seguridad social está reconocido por los más importantes tratados internacionales de derechos humanos tanto en el ámbito interamericano como universal²³.

La sentencia de la Corte IDH resulta relevante en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social en un doble sentido. Por un lado, a partir de la propia Carta de la OEA deriva los “elementos constitutivos” del derecho a la seguridad social. Por otro, señala que si bien este derecho está reconocido ampliamente por el *corpus iuris* internacional, tanto la OIT como el Comité DESC, han desarrollado el contenido del derecho a la seguridad social, con mayor claridad, siguiendo los principales instrumentos internacionales de la OIT²⁴. Debemos destacar en este punto que la Corte IDH refiere que los convenios OIT “le permitirán interpretar el contenido del derecho y las obligaciones del Estado peruano de conformidad con hechos del presente caso” (Fundamento 184).

La Corte IDH considera como elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, derivados del artículo 45 de la Carta, interpretado a la luz de la Declaración Americana y de los instrumentos del sistema universal y regional, ser un derecho que busca proteger a la persona de contingencias futuras, debiendo la seguridad social ser ejercida de modo que garantice condiciones que aseguren “la vida, la salud y un nivel económico decoroso” (Fundamento 183).

La Corte utiliza una definición de la OIT que conceptúa la seguridad social como “la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”²⁵.

23 El derecho a la seguridad social es tratado por el artículo 45.b de la Carta de la OEA, artículo XVI de la Declaración Americana, artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), los artículos 22º y 25º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

24 Respecto de los principales instrumentos de la OIT, la Corte IDH señala a los Convenios 102 y 128, y las Recomendaciones 67, 167 y 202.

25 Definición tomada de OIT (2003) “Hechos concretos sobre la seguridad social”. Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Suiza.

La sentencia de la Corte IDH cita el análisis que realizó la Comisión de Expertos de la OIT respecto de la jurisprudencia de varios tribunales constitucionales en América Latina, definiendo el derecho a la seguridad social a través de siete conceptos fundamentales: (1) el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental; (2) el derecho a la seguridad social tiene la doble finalidad de proteger a las personas y mejorar su calidad de vida; (3) el derecho a la seguridad social permite reconocer la seguridad social como una garantía institucional; (4) el concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de las personas humanas y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna del ser humano; (5) la seguridad social tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales; (6) las instituciones nacionales de seguridad social tienen la obligación de calcular correctamente las prestaciones y de suministrarlas íntegramente, respetando el principio de las expectativas legítimas del beneficiario, y (7) sobre la base de la urgencia de cada caso y de la solidaridad social, las personas que no estén cubiertas por el régimen de seguridad social pueden tener derecho a recibir prestaciones de seguridad social²⁶.

La Corte IDH desarrolla el contenido normativo del derecho a la seguridad social, a partir de la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según esta observación, los elementos fundamentales del derecho a la seguridad social son los siguientes:

- a) **Disponibilidad:** El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos sociales. Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Los planes deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho.
- b) **Riesgos sociales cubiertos:** Debe abarcar las ramas siguientes: i) atención en salud; ii) enfermedad; iii) vejez; iv) desempleo; v) accidentes laborales; vi)

26 Nota 194 de la Sentencia Corte IDH, que cita la Conferencia Internacional de Trabajo, 100ª reunión (2011). 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. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Informe III (Parte 1B), p. 131, párr. 281.

prestaciones familiares; vii) maternidad; viii) discapacidad, y ix) sobrevivientes y huérfanos.

- c) Nivel suficiente: Las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden. Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.
- d) Accesibilidad: 1) Cobertura: Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos. 2) Condiciones: Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes. La supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, basarse en motivos razonables y estar prevista en la legislación nacional²⁷. 3) Asequibilidad: Si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, éstas deben definirse por adelantado. Los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto. 4) Participación e información: Los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema²⁸. El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional

27 El Comité observó que en virtud del Convenio N° 168 (1988) de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, tal medida sólo puede adoptarse en determinadas circunstancias.

28 Los artículos 71 y 72 del Convenio N° 102 (1952) de la OIT sobre la seguridad social (normas mínimas) contiene requisitos similares.

y garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente. 5) Acceso físico: Las prestaciones deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, y hacer las cotizaciones cuando corresponda. Debe prestarse la debida atención a este respecto a las personas con discapacidades, los trabajadores migrantes y las personas que viven en zonas remotas o expuestas a desastres.

- e) Relación con otros derechos: El derecho a la seguridad social contribuye a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos económicos, sociales y culturales.

Si bien la Corte IDH considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen aspectos que tienen exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo, se impone la obligación de no regresividad frente a los derechos alcanzados. En virtud de lo cual “las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno, resultan fundamentales para alcanzar su efectividad” (Fundamento 190).

X. Obligaciones del Estado respecto del derecho a la pensión

La Corte IDH con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, señala que las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes (Fundamento 192):

- a) El derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser supervisado por el Estado en caso sea administrado por privados.
- b) Garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuada y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación.
- c) Se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a la pensión (accesibilidad). Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información

sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho.

- d) Las prestaciones por pensión de jubilación deben ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores.
- e) Se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concretización material del derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno.

XI. Conclusiones

1. Desde su constitución la OIT, hace más de 100 años, ha buscado garantizar condiciones de vida dignas para los trabajadores y sus familias, así como proveer una adecuada protección frente a contingencias sociales como la vejez, invalidez o muerte. Los instrumentos internacionales más importantes de la OIT sobre seguridad social (como el Convenio 102) disponen la cobertura integral y un financiamiento colectivo.
2. Recientes informes de la OIT destacan que la mayoría de sistemas de seguridad social, y en particular de pensiones, son de carácter público y basados en el reparto. En el caso de los países que reformaron sus sistemas de pensiones incorporando como base la capitalización individual, están revirtiendo hacia sistemas públicos.
3. Existe un grave déficit de cumplimiento del derecho a la pensión en el Perú. Cerca de la mitad de los adultos mayores no reciben pensión. Además de la baja cobertura, el monto de las pensiones otorgadas esta por debajo del estándar internacional del 40% de la remuneración de referencia. Adicionalmente, los asegurados no participan de la gestión de ninguno de los sistemas de pensiones.
4. El estándar establecido por el Convenio 102 de la OIT, dispone como principios de los sistemas de seguridad social: a) Responsabilidad general del Estado. b) Financiación colectiva de la seguridad social. c) Garantía de las prestaciones definidas por el Estado. d) Ajuste de las pensiones generadas. e) Derecho de apelación en caso de denegatoria del derecho, calidad o cantidad.

5. La cláusula constitucional de derechos implícitos y la ratificación del Convenio 102 OIT, conducen a que este sea parte del bloque de constitucionalidad. En consecuencia, debería implicar la aplicación directa de esta norma internacional en la jurisdicción interna. Sin embargo, en diversas sentencias del Tribunal Constitucional peruano respecto de derechos sociales, se hace referencia únicamente a la cláusula interpretativa y no a la cláusula de derechos implícitos. La CEACR de la OIT ha llamado la atención al respecto, en el sentido que dar efectividad al Convenio 102 OIT como parte del bloque de constitucionalidad, permitiría el efectivo cumplimiento del estándar internacional de seguridad social.
6. La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH ha permitido diseñar un contenido complejo del control de convencionalidad. Este consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte. El control de convencionalidad es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias. Es un control que debe ser realizado *ex officio*. Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. Las sentencias son vinculantes no solamente respecto de la parte resolutive sino también respecto de sus fundamentos.
7. La Corte IDH considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA. Por ello, la Corte IDH considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. De esta manera corresponde desarrollar el contenido del derecho a la seguridad social de manera directa y autónoma, y no de forma indirecta como sucedía a través del derecho a la propiedad.
8. La Corte IDH utiliza principios y criterios del *corpus iuris* internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social. La utilización de esta normativa se realiza de forma complementaria a la normativa convencional, lo que no implica que se otorgue jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos, sino que se realiza una interpretación de conformidad con el artículo 29 de la Convención y la práctica jurisprudencial, que permita actualizar el sentido

de los derechos derivados de la Carta de la OEA reconocidos por el artículo 26 de la Convención.

9. La OIT como el Comité DESC de Naciones Unidas, han desarrollado el contenido del derecho a la seguridad social siguiendo los principales instrumentos internacionales, como el Convenio 102. Estos convenios le permiten a la Corte IDH interpretar el contenido del derecho y las obligaciones del Estado peruano. Se consideran como obligaciones del Estado peruano respecto del derecho a la pensión:
 - a) El derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional.
 - b) Garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuada y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación.
 - c) Deben brindarse condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder al derecho a la pensión. Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho.
 - d) Las prestaciones pensionarias deben ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores.
 - e) Se deberán disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.
10. El reconocimiento por la Corte IDH respecto de que el contenido del derecho a la pensión, establecido por el *corpus iuris* internacional, incluye la garantía de suficiencia en importe y duración, que los costos de las cotizaciones sean asequibles, y que el otorgamiento sea oportuno, entre otros, debiera conducir a un replanteamiento de lo que se ha venido entendiendo por la jurisprudencia nacional como contenido constitucionalmente protegido y contenido esencial del derecho a la pensión. Ello en vista de que como nuestro propio Tribunal Constitucional señala, el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que resultan vinculantes para todo poder público nacional.