

5.2. Las cuestiones litigiosas no pueden tramitarse mediante un amparo

Los trabajadores o ex trabajadores, que presentan sus demandas de amparo para el otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR, anexan documentos y certificados médicos que acreditarían su supuesta condición de invalidez; sin embargo, estos documentos no contienen ni pueden contener el grado de menoscabo.²⁶ Dicha información resulta un requisito fundamental para determinar el tipo de prestación y el monto de la misma. Como señala Castillo:

“El amparo no es una vía que puede ser empleada ante el ataque de cualquier derecho, sólo protege derechos constitucionales, más precisamente, el contenido constitucional de los derechos”²⁷.

De acuerdo a esta idea, se infiere que no sólo es tarea de las partes señalar el contenido constitucionalmente protegido del derecho reclamado, sino también ofrecer las pruebas que se dirijan a causar convicción al juez y así ver amparada su demanda. En la medida que en estos casos, las pruebas nunca van a poder alcanzar esa efectividad por no corresponder a las instancias establecidas de evaluación y adolecer del porcentaje de menoscabo ocupacional requerido, el proceso de amparo siempre va a devenir en improcedente, a menos claro que a pesar de ello se aventure un pronunciamiento como en el caso de una de las sentencias del Tribunal analizadas, donde reconocen una enfermedad profesional a un trabajador en función a un dudoso certificado médico que no se condice con el tipo de labor realizada y los riesgos a los que estuvo expuesto. Dicho reconocimiento finalmente, es además imposible de ejecutar por cuanto al no contar con porcentaje de menoscabo se ordena que éste sea asignado por un ente que no es competente para ello.

Estos pronunciamientos sobre el fondo de la materia, hasta el momento no son tan numerosos y se restringen principalmente a las Cortes Superiores, predominando más bien hasta el momento, según tenemos conocimiento, aquellas sentencias en las que si bien se declara infundada la excepción de arbitraje, se declara finalmente improcedente las demandas en tanto existen temas probatorios pendientes, ordenando encausar el asunto por la vía

²⁶ El grado de invalidez es necesario para la liquidación de la prestación económica y se establece a través de instancias de evaluación predeterminadas en las normas técnicas, utilizando criterios de calificación que difieren totalmente de cualquier otro utilizado para calificar una invalidez general.

²⁷ Castillo 2006: 865.

procedente, lo cual irónicamente termina siendo la vía arbitral (ya que es muy poco probable que ante este panorama escojan el Poder Judicial).

Finalmente, sólo nos queda reafirmarnos en el reconocimiento del arbitraje como vía idónea, no sólo desde un punto de vista legal, sino también en atención sobre todo a criterios de especialidad y celeridad en la resolución de este tipo de controversias del SCTR, que se reflejen en un respeto de los fueros y vías jurisdiccionales pre establecidos, de manera que no se altere el funcionamiento del SCTR y por ende de todo el Sistema de Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA

- CAIVANO, Roque. “El Arbitraje: Nociones Introductorias”. En <http://www.derecho-comercial.com>, página consultada el 17 de setiembre de 2006.
- CASTILLO, Luis: Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: Ara Editores – Universidad de Piura, 2004.
- CHOCRON GIRALDEZ, Ana María: Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona: Bosch, 2000.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario. “Arbitraje y acceso a la justicia del trabajo”. En: Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales. Tomo XLII, N° 195 (1999), pp. 592-620.
- GASPAS LERA, Silvia: El ámbito de aplicación del arbitraje. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- LÓPEZ, Juan y José Francisco BLASCO. Curso de Prevención de Riesgos Laborales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan y otros. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 diciembre). Madrid: Civitas, 2004.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario. Navarra: Thompson Aranzadi, 2005.
- REYNAUD, Emmanuel: “Seguridad Social para todos: balance de la situación y retos a nivel mundial”. En: Relaciones Laborales, N° 15-16, año XXII (agosto 2006), pp. 13-41.
- VINATEA RECOBA, Luis y SALVADOR VARGAS Alfredo Luis: La posibilidad de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido de una relación individual de trabajo, en: Aportes para la reforma del proceso laboral peruano. -- Lima : Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2005. p. 365-374.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES Y LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA PENSIONARIA

JORGE LUIS MAYOR SANCHEZ *

“La Reforma Laboral en un Estado es permanente, no debe ser un proceso traumático y ocasional”.

PERCY ORESTES ALARCÓN BRAVO DE RUEDA

Sumario:

I. La Protección constitucional de los derechos laborales y de los derechos pensionarios. II. La Problemática pensionaria en el Perú y la protección constitucional de la defensa de la persona pensionaria en el Perú. III. Las Decisiones políticas y sus consecuencias sociales y económicas. IV. Iniciativa y decisión legislativa. V. La seguridad social y su protección tridimensional. VI. Los problemas del sistema de reparto. VII. Los problemas estatales, gubernamentales y políticos. VIII. Cuestionamientos de la reforma constitucional. IX. Conclusiones. Bibliografía.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca - España. Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho del Trabajo y Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Salamanca - España. Diplomado en Dirección Estratégica de Recursos Humanos y Relaciones Internacionales, Diplomacia y Medios de Comunicación por la Universidad Complutense de Madrid.

I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE LOS DERECHOS PENSIONARIOS

La Constitucionalización creciente del Derecho en general y del Derecho del trabajo y previsional en particular encuentra una de sus manifestaciones más señaladas en el papel de los derechos fundamentales y libertades públicas del país. No es preciso exagerar la importancia de su penetración en el ámbito del trabajo subordinado, calificado en general, como "contrario en su principio a los ideales de libertad e igualdad". La creación del Derecho del Trabajo y su condición de disciplina autónoma frente al común contractual ha respondido justamente a la necesidad de asegurar los principios de libertad e igualdad contractuales en materia laboral y limitar los principios de subordinación o dependencia y jerarquía entre las partes. La intervención legal y la negociación colectiva han sido los medios idóneos para alcanzar este fin, limitando aun más la autonomía individual, absorbiendo la función reguladora del contrato de trabajo, en pro de conceder a los trabajadores un estatuto protector.

El proceso de la "protección constitucional de los derechos laborales" ha sido analizado en innumerables ocasiones. En la doctrina comparada española seguramente nadie lo ha descrito con la precisión y profundidad con que lo hizo el desaparecido maestro y Catedrático en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid Don Manuel ALONSO OLEA en su magnífica obra *Introducción al Derecho del Trabajo*. En esa descripción, la actuación colectiva es "exigencia de libertad" e igualdad mínima de los trabajadores con relación a los empresarios, sin la cual las relaciones contractuales son imposibles pereciendo con ellas la libertad y el contrato en su modo de articulación ("una vez reconocida la frecuente impotencia social de la voluntad libre" del trabajador en el contrato individual). El Estado "es el único garante actual e histórico de que la igualdad y la libertad se darán en el transcurso del tiempo". El proceso también ha sido analizado en términos jurídicos-constitucionales en numerosas ocasiones por los estudiosos del Derecho del Trabajo peruano. La reconstrucción de la actuación o autonomía colectiva y de la intervención estatal a partir de la libertad constitucional de asociación, de la cláusula del Estado Social de Derecho y de los "derechos fundamentales de corte social" desembocan también en la afirmación de la libertad en el contrato de trabajo y su contenido interno entre las partes que los suscriben y la manera como lo ejecutan o llevan a cabo.

La construcción conceptual del Derecho del Trabajo sobre la base de la Constitución ha contado con diferentes intentos a lo largo de la historia a partir de la historia misma de la constitucionalización de los Derechos Laborales –que marco un profundo corte en el Derecho del Trabajo–, comenzando por lo tempranamente protagonizado en su momento por los laboristas europeos. El fenómeno, por tanto, no es nuevo. Sin embargo, en las últimas décadas y en los últimos años se ha iniciado en el Perú a raíz de una primavera democrática un movimiento de invocación de los derechos fundamentales y libertades públicas para cumplir esa misma finalidad de salvaguarda de los valores de libertad e igualdad en las relaciones laborales y de protección de los trabajadores que presentan unas connotaciones nuevas.

En esta renovación constitucional de los "derechos laborales" no se trata ya de hacer compatibles los derechos fundamentales con el contrato de trabajo, sino de afirmar la condición de aquellos elementos básicos y estructurales de dicha relación contractual que expresan la superación de la lógica del intrínseca y intercambio patrimonial a que sirve el contrato de trabajo en su caracterización dogmática. La consecuencia teórica de esta posición doctrinal, superada la "legislación promocional" de los Derechos Fundamentales y el "positivismo constitucional", envuelve una cierta vuelta o la recuperación del contrato de trabajo con una individualización de nuevo enfoque, diferente a la sostenida por las tesis individualizadoras que se propagaron con la desregulación en las últimas décadas de excesivo liberalismo; una nueva función que añade a las "polivalencias" del contrato de trabajo. Pero tampoco se trata únicamente del "descubrimiento del individuo", de afirmar o permitir un espacio de vida individual constitucional y un proceso de individualización de los trabajadores dentro de la regulación estatal y convencional colectiva, sino de extraer del contrato de trabajo, en su caso a través de la jurisprudencia, criterios de regulación del ejercicio básico y cotidiano de los derechos fundamentales que se irradian después al legislador y a la negociación colectiva cuyos alcances incidirán en el ámbito laboral de los trabajadores en un futuro cercano. Es, pues, un "neocontractualismo" diferente. Con toda una serie de dificultades legales y sociales por articular y desarticular.

Es el propio contrato, que podría justificar la desigualdad jurídica y los poderes directivos del empresario para con el trabajador en "un nuevo reto al paradigma de la correlación de fuerzas en pro del equilibrio y la tutela del indubio pro operario" al cual de cierta manera se le limitaba, restringía y se le negaba en la práctica su autonomía respecto a lo conceptualizado en la Constitución

Política peruana, que se erige como instrumento en la medida de lo posible en defensa de la libertad del trabajador y de establecimiento de nuevas reorientaciones al ejercicio de la libertad de empresa, que recrean nuevas formas organizativas productivas complejas que se proyectan sobre la organización del trabajo y el marco de las relaciones laborales con exigencias sobre la libertad personal desconocidas en su momento en el mundo industrial y que se han visto desbordadas por el uso de las tecnologías de la información y de la producción en el proceso productivo empresarial. La consecuencia no deja de reforzar la paradoja esencial, que anida en la esencia del contrato de trabajo: el mismo contrato que instala la subordinación del trabajo e incluso la amplía y sofisticada por la acción de la irrupción de las nuevas tecnologías de la información sirve para limitarla, insertando la Constitución en su seno y en la empresa los derechos fundamentales con cierta capacidad de proyección hacia su regulación.

En esta "precomposición constitucional del contrato de trabajo" para el Catedrático en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pompeu Fabra Salvador Del Rey Guanter la subordinación no desaparece; cambia su justificación jurídica, su campo de actuación y la posición de los trabajadores subordinados o dependientes en la empresa, a los que a través de los derechos fundamentales se les reconoce una esfera de libertad, autonomía personal y de trabajo que se corresponde mas y mejor con las nuevas necesidades empresariales y del mercado a los que el Derecho no puede mantenerse relegados, las nuevas formas de organización del trabajo y la flexibilización normativa, aunque en ocasiones puede entrar en contradicción con los intereses empresariales desde una óptica juseconómica.

El modelo tradicional de trabajo subordinado va dejando paso al trabajador con iniciativa propia con poder de empoderamiento, al marco de la autonomía decisional, a la calificación y responsabilidad inescindible de la libertad, a la valoración del "capital humano" como pieza clave de los "Derechos Laborales, Derechos Pensionarios a través de la Justicia Constitucional y del Derecho del Trabajo y el Derecho Previsional" exigidos por la boyante tecnología del conocimiento y de la comunicación, a las empresas flexibles, golondrinas y deslocalizadas y, como vía preferente de regulación, al desarrollo y revitalización de un instrumento por naturaleza dinámico y flexible como es el derecho a la negociación colectiva muy dejado de lado en el Perú en las últimas décadas.

Este análisis del contrato de trabajo desde el punto de vista de los derechos fundamentales y libertades públicas proporciona cambios insospechados en el entendimiento de su regulación jurídica de corte tradicional. La relativa a la

movilidad geográfica, a los pactos de no concurrencia o al tiempo de no trabajo y de trabajo, por ejemplo, instituciones concebidas para "alargar la esfera de la subordinación", adquieren nuevas perspectivas desde la libertad de trabajo que pueden ser reconocidas y mejoradas en las Constitución Política peruana e incluso temas no tratados aun legalmente en la futura Ley General de Trabajo como el Teletrabajo. Ante ello surge la situación de la dignidad de la persona humana como trabajador tanto en su fase activa como en su calidad de cesante o jubilado y en su momento como pensionista, la cual es entendida como la capacidad de "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y el libre desarrollo de la personalidad que constituyen límites que ningún poder público o privado podrían vulnerar". La dignidad personal no es posible sin libertad ni la tutela de esta sin la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales. De ahí que, la libertad sea el fundamento de todos los derechos y libertades (claramente recogidos así en los artículos 1º, 10º y 11 de la Constitución Política). Los derechos y libertades de que son titulares los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo, caracterizado por la naturaleza personal de la prestación, limitan los poderes empresariales tanto del empresario y su incidencia en las relaciones con el trabajador o sus trabajadores, el contrato de trabajo, por tanto; se caracteriza también por la subordinación del trabajador a unas reglas de juego por demás "inequitativas y/o injustas", limitando y restringiendo a su vez el ejercicio de sus derechos fundamentales. El contrato, que atrae la aplicación de la Constitución puede pronunciarse y concretar esa aplicación, es la institución que hace la síntesis del juego de limitaciones recíprocas que se corresponden con los intereses enfrentados en las relaciones de trabajo y en esa aplicación, es la institución que hace la síntesis del juego de limitaciones recíprocas que se corresponden con los intereses enfrentados entre las partes.

Pero mas allá del contrato y de la función de la Constitución de legitimación del sistema jurídico, esa constitucionalización "contractual" de los Derechos Laborales alcanza a los diferentes elementos integrantes del Derecho del Trabajo y a la Seguridad Social a través de los Derechos Pensionarios y a su doctrina que desde hace años se cuestiona en que medida la "ascensión" de los derechos fundamentales, la hegemonía del discurso social y constitucional sobre los mismos, modifica su entendimiento tradicional, la comprensión "ideal y típica" del Derecho del Trabajo y del Derecho Previsional.

La problemática que esta nueva constitucionalización plantea y supone una vez mas una profunda renovación del contenido y papel de la ley, afectada por

los cambios continuos a los que el Derecho del Trabajo y el Derecho Pensionario deben adaptarse. La intervención legal, que sigue siendo necesaria e indispensable, es, sin embargo, provisional ante las transformaciones económicas y tecnológicas, y ante los propios defectos de la elaboración legislativa –la calidad de la ley repercute en su número y modificaciones: si las leyes son mejores se harán menos leyes–, que convierten aquella en “un proceso continuo y abierto”. Frente al cambio legislativo los derechos fundamentales proporcionan estabilidad al convertirse en las referencias normativas del nuevo mundo de trabajo pese a la incidencia en los mismos de la irrupción de la innovación tecnológica.

En cuanto a los contenidos de la intervención legal, su evolución manifiesta exigencias y líneas contradictorias: de flexibilización de las condiciones de empleo y de favorecimiento de la libertad de organización jurídica y de la competitividad económica de las empresas sean estas nacionales o transnacionales, de un lado, y de incorporación de referencias mas o menos desarrolladas a los derechos fundamentales de los trabajadores y pensionistas, de otro. La retirada de la ley de la organización y regulación de las condiciones de trabajo mediante la conversión de su regulación en dispositiva (o mediante su desaparición sin mas o la inclinación decidida hacia los valores de permanencia y competitividad de la empresa en la economía productiva) se corresponde con su apertura a los derechos fundamentales hacia un doble papel de establecimiento de limitaciones justificadas y proporcionales a su ejercicio (existencia y “calidad” del marco de la ley) y de apoyo a la efectividad de ese ejercicio por los trabajadores en condiciones de dignidad e igualdad (el preconizado trabajo decente de la OIT) para un grupo crecientemente heterogéneo de destinatarios (mujeres, jóvenes, adultos y los excluidos sociales). La ley laboral imperativa mínima se va sustituyendo por la ley reguladora de los derechos fundamentales (no discriminación de ningún tipo, igualdad de oportunidades), operación que mientras para cierta doctrina constituye una de las vías de renovación natural de la función tutelar del Derecho del Trabajo ante las transformaciones de nuestro tiempo, para otra no dejaría de encubrir una reformulación empobrecida bien de un orden publico social en declive, bien de los propios derechos fundamentales al caer en la sentencia de que “si todo es fundamental, nada es fundamental”.

Lo cierto es que, así concebida, la tutela legal imperativa se destina a los comportamientos sustanciados en el ejercicio de los derechos fundamentales, con la dificultad de calificar y definir algunos de ellos, típicamente los referidos a

las condiciones de existencia o de hechos “sociales” y, entre ellos, típicamente los referidos el derecho al trabajo y de la seguridad social y de regular otros en las condiciones de accesibilidad general e inteligibilidad (regulación identificable y transparente) que reclama la seguridad jurídica entre las partes. Si, además, la ley sobre derechos fundamentales opta por incorporar una “versión minimalista” de esos derechos su efecto se traducirá en acentuar el desplazamiento y movilización de la regulación de las relaciones de trabajo hacia su contractualización, hacia uno de los instrumentos mas valiosos e imaginativos que es la negociación colectiva y el contrato individual suscrito entre el trabajador y el empleador y, al final, hacia este último, convertido en “fuente real de la relación de trabajo” e instrumento “optimo” de gestión del capital humano en todas las esferas productivas en el “Mercado de Trabajo”.

Diferentes son también las relaciones entre la ley como expresión de la soberanía nacional y la acción de derechos supranacionales (consecuencia de la apertura de las fronteras del comercio y de la internacionalización de la economía), como la Comunidad Andina de Naciones, el Derecho Comunitario de la Unión Europea que, han ido alimentando las culturas jurídicas nacionales, y entre ellas la peruana las cuales deben responder a las amenazas de la interactividad prestacional y a la búsqueda de una respuesta a la desestabilización de los derechos nacionales (producto de las deslocalizaciones de trabajo, la movilidad empresarial y la fuga de empresas en los espacios económicos). La internacionalización de la respuesta ha sido siempre el reto y un desafío creciente a la actividad normativa de la OIT y en ese mismo fin se sitúa la Constitución peruana para dar respuesta a los apremios de la evolución de los procesos productivos y su afectación al Derecho del Trabajo y al Derecho Previsional.

En este contexto se renueva también, y decisivamente, el papel de la jurisprudencia. Corresponde a las decisiones judiciales la aplicación en cada caso del contenido de esos derechos y la fijación de sus limitaciones por el contrato de trabajo, compatibilizando las lógicas antagónicas de las relaciones de trabajo dentro de la amplitud e indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales, en el marco de su regulación legal, convencional colectiva o del propio contrato, si existe. Tan delicada tarea, que se instrumenta a través de juicios de meritada ponderación, convierte a la jurisprudencia en elemento crucial y central del sistema, en el que, frente a la reforma legislativa incesante, la jurisprudencia de los derechos fundamentales aporta continuidad, especialmente si los diferentes Tribunales peruanos llamados a realizar esta tarea –en el plano de la legalidad y de la constitucionalidad– atizan criterios coincidentes y seguros.

La dimensión colectiva de las relaciones laborales, uno de los rasgos más originales según muchos laboristas, se desarrolla a partir del reconocimiento del derecho de libertad sindical y de sus medios típicos de acción, conjunta o separadamente, como derechos fundamentales intrínsecos. Con la finalidad inicial de favorecer el ejercicio de la actividad sindical en la empresa, ese reconocimiento constitucional ha servido después para extender el derecho a la negociación colectiva como instrumento comercial, expandido también por la influencia del Derecho Laboral Internacional, Transnacional o Transfronterizo en el que se configura como un decisivo instrumento de gobierno político del mercado de trabajo en el marco de las relaciones laborales, pasando por la etapa de las construcciones doctrinales sobre el concepto de ciudadanía en la empresa, de trabajador como pieza fundamental en el proceso de desarrollo de la actividad de trabajo o sobre la construcción de la democracia empresarial o social en la que intervienen tanto los empresarios como los trabajadores e incluso los trabajadores en edad de jubilación o cese.

El cambio del alcance y significación del derecho a la negociación colectiva como derecho fundamental tan venido a menos en los últimos años en el ordenamiento jurídico peruano no solo tiene que ver con su diferente actuación en la realidad en relación con la ley promovida en el ordenamiento laboral peruano mediante una elaboración "refundacional" de la negociación colectiva y su más directa y más flexible vinculación a los derechos fundamentales.

Los convenios colectivos están sujetos a la Constitución y a la ley. Pero al ser la autonomía colectiva expresión de la autonomía privada, según la jurisprudencia nacional, las "exigencias indeclinables" de los derechos fundamentales "no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos". Su aplicación en el ámbito de los convenios colectivos ha de ser "matizada", "racional" y "real" para ser "compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad", esto es, con el conjunto equilibrado de prestaciones y contraprestaciones en que el convenio consiste, cuya función no tiene por que ser la de responder al cumplimiento de los mandatos que la Constitución impone a todos y cada uno de los poderes políticos, sino la de satisfacer los intereses de los contratantes única y exclusivamente entre las partes. Cosa distinta es que los convenios colectivos puedan responder también a esos mandatos constitucionales y a los derechos constitucionales y que sea normal que lo hagan, pues en la medida en que participan de la condición de fuentes del derecho y la ley se sirve de esa condición para que a través de los convenios colectivos se incorporen normas que escapen a los intereses de

quienes las negocian para realizar objetivos y políticas de interés general (de empleo, de formación y calificación profesional, de igualdad de género entre hombres y mujeres, la implantación de cláusulas de descuelgue salarial, de la dinámica de bolsas de horas, la participación en los cambios estructurales en la empresa, etc). Los negociadores no pueden sustraerse a las exigencias de los derechos fundamentales de cada una de las partes y, desde luego, a la prohibición constitucional de discriminación como postulado base, pero han de poder atender a las circunstancias concurrentes en la negociación colectiva, a la lógica de compromisos y contrapartidas a la que responde su naturaleza consensual y comercial que les proporciona unidad y coherencia, y a las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y acuerdos, claro "siempre que resulten constitucionalmente admisibles a todas y cada una de las partes involucradas en la relación laboral.

Puede también el contrato de trabajo fijar los modos y medidas de aplicación de los derechos fundamentales en su respectivo momento. La Constitución no solo no debe quedarse a las puertas de las fábricas o de los centros de trabajo, sino que entra y debe entrar en la empresa a través del contrato de trabajo ordenado sin suspicacias ni cartas libres o bajo la manga que atan a una de las partes, siempre por lo tanto serán muy bienvenidos los pactos que estos incorporen y que resulten, como los colectivos, constitucionalmente admisibles.

La influencia de los derechos fundamentales en la actual dinámica económica y del trabajo es así destacada y en sus proyecciones las relaciones entre privados cobra tanta importancia, sin embargo, no expresa de modo constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva y enfoque de los derechos fundamentales sustantivos en juego, las razones justificativas de la decisión adoptada. El examen constitucional se efectúa entonces atendiendo al contenido básico y constitucional del derecho, sin que sea necesario utilizar los mismos criterios aplicados por los órganos judiciales para esa definición, ya que, "sus razones no vinculan" al Tribunal Constitucional "ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales".

El Tribunal Constitucional no se limita, por tanto, a examinar la razonabilidad de la motivación de la sentencia o sentencias objeto de impugnación aunque en algunos casos la motivación sea también irrazonable o deficiente. Verifica si los órganos judiciales han hecho una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales puestos en conflicto, lo que solo puede hacer ponderando por sí mismo dichos derechos para comprobar si la restricción

impuesta por los órganos judiciales a uno u otro esta constitucionalmente justificada como de derecho.

En el terreno de los conflictos ínterprivados se ha producido una ampliación material del campo de la constitucionalidad y de la significación normativa de la Constitución que aleja la situación actual de la que estuvo presidida por la problemática de la eficacia horizontal, directa o indirecta a través de la ley, de los derechos fundamentales dirigida a abrirles camino en el contrato de trabajo y en la empresa de los conflictos ínterprivados se ha producido una ampliación material del campo de la constitucionalidad y de la significación normativa de la Constitución que aleja la situación actual de la que estuvo presidida por la problemática de la eficacia horizontal, directa o indirecta a través de la ley, de los derechos fundamentales dirigida a abrirles camino en el contrato de trabajo y en la empresa. Los derechos fundamentales en el Derecho Laboral actúan en la "zona contractual" de la condición de trabajador y de la condición de empresario, delimitada por un contrato de intercambio económico, y se hayan limitadas o restringidas por esta. Las jurisprudencias constitucionales han jugado un papel decisivo en este proceso. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la propia regulación nacional, han ayudado también a esa ampliación material, trasladando un lenguaje que empieza a ser común en las disposiciones legales, decisiones judiciales y en la práctica de las relaciones laborales en el ordenamiento jurídico peruano.

La "relevancia constitucional" que ha ido dictando el Tribunal Constitucional empezó predicando de las organizaciones empresariales y sindicales se ha extendido por la fuerza de irradiación de los derechos constitucionales a los diferentes sectores de la vida laboral tanto en aspectos sustantivos (libertad y dignidad personales versus la subordinación del trabajador) como procesales (indefensión). Las transformaciones sociales han producido un innegable fenómeno de "movilización" de los recursos ofrecidos por la Constitución, que sin duda han contribuido a la penetración de los valores democráticos en las relaciones de trabajo, pero también con los riesgos señalados de la reducción del impacto de los derechos fundamentales y de sustitución por estos de las técnicas de tutela clásicas del Derecho del Trabajo y su vinculación a la dimensión contractual de la situación del trabajador.

El juicio de ponderación trata de preservar el necesario equilibrio entre los derechos del trabajador y las obligaciones por el asumidas como consecuencia del contrato y, consiguientemente, el correcto y ordenado desenvolvimiento y satisfacción de los intereses empresariales; entre "las necesidades de eficacia y la

competitividad de las empresas" y "los valores personales de que es portador el factor trabajo por expreso reconocimiento de las prescripciones constitucionales", entre "lo que se justifica en la lógica de un contrato de intercambio y lo que no se puede exigir porque existen derechos fundamentales que pertenecen al trabajador y en el futuro como pensionista en cuanto a persona y como ciudadano".

II. LA PROBLEMÁTICA PENSIONARIA EN EL PERÚ Y LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA DE LA PERSONA PENSIONARIA EN EL PERÚ

En su momento el Sistema Pensionario nació en el Perú con "la Ley del 22 de Enero de 1850 concernientes a la cesantía y jubilación, el mismo que se amplió el 04 de noviembre de 1851 a la prestación de montepío, que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes. Desde entonces, existió en el Perú la denominada Ley de Goces o Ley de Cesantía, Jubilación y Montepío, elaborada por el Régimen de Gobierno de don Ramón Castilla."¹ Y con el D.S. de 31 de Agosto de 1934 para los obreros.²

Continuando con la presente ponencia buscare analizar, cuestionar y proponer nuevas alternativas al sistema pensionario desde el aspecto legal, administrativo, político, técnico y financiero.

- La problemática pensionaria de las leyes 19990 y 20530 en el Perú se sustentan y se sustentaban en lo siguiente:

- a) En la contienda interpretativa entre la Teoría de los Derechos Adquiridos y la Teoría de los Hechos Cumplidos "felizmente ya superada".

La primera buscaba defender y conservar los derechos ganados en el tiempo, mientras la segunda "optaba por defender la obligatoriedad de la norma reciente y la atribución que el Estado peruano tiene de alterar los mandatos".

Es decir, establecida la contienda teórica y los criterios aplicativos de cada una de ellas en su momento, nos adherimos a la tesis de sustento constitucional,

1 CAMPOS BALAREZO, Juan Manuel (2004) Cuestionamientos a las medidas dictadas por el gobierno respecto al régimen pensionario del Decreto Ley 20530 : leyes y modificación de la Constitución. Lima, Ed. Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Humanos, pág. 79.
2 ROMERO MONTES, Francisco Javier (2005) Algunas consideraciones acerca de la enmienda constitucional en materia pensionaria. Vox Juris, Torno 12, págs. 390.

proteger al trabajador y sus aportes sociales y en su momento a la defensa de la titularidad de su persona como: "persona pensionaria". No se trata del dinero de la población, sino de los recursos de los propios servidores y/o trabajadores públicos o privados aportantes. De tal modo que no se trata tampoco de una recompensa del Estado o del empleador como mal podría interpretarse. Por el contrario, estamos frente a una obligación que el Estado debe y tiene que asumir por haberse apropiado indebidamente e injustificadamente de los recursos a lo largo de los años que no le correspondían por ningún motivo a través del Sistema Público de Pensiones.

III. LAS DECISIONES POLÍTICAS Y SUS CONSECUENCIAS SOCIALES Y ECONOMICAS

Las posiciones políticas en materia pensionaria han sido encuadradas en cuanto a mantener, regular, fusionar o desaparecer, eliminar, extinguir, cerrar o abrogar los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530:

- (a) Los que deseaban mantenerlas, argumentan en su momento la "Teoría de los Derechos Adquiridos", el respeto a la seguridad jurídica, la defensa del trabajador y sus aportes sociales en una especie de prehistorización del Derecho Pensionario cada vez venida a menos hasta que fue definitivamente modificada;
- (b) Los que desean regularlas, argumentan una adecuada política remunerativa que no perjudicara la economía del país, un argumento econométrico fundado en una política social que evitase la quiebra financiera y económica del Estado.
- (c) Los que deseaban fusionarla, argumentan la administración unitaria de los regímenes pensionarios a cargo del Estado sabiendo de antemano la pésima experiencia gubernamental en el manejo de los aportes pensionarios de los trabajadores cometiendo manejos inadecuados en la inversión y rentabilidad de esos cuantiosos recursos económicos sin una visión de futuro y entregándolos por completo a la administración privada.
- (d) Los que desean desaparecerla, argumentan la necesidad de disminuir el gasto público para invertirlo en necesidades urgentes la posición más absurda, pues, siempre hay en todo Estado y el peruano no es la excepción a la regla una carga social. Por lo tanto, la única solución viable era la privatización de los sistemas pensionarios acordes con los tiempos y la realidad económica del país.

IV. INICIATIVA Y DECISIÓN LEGISLATIVA

En su momento, el día 13 de abril del año 2004, el Poder Ejecutivo en forma histórica envió un Proyecto de Ley que planteaba la modificación de los artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 para reducir el monto de las pensiones del Decreto Ley 20530 con el convencimiento de que la eliminación del régimen pensionario del D. Ley N° 20530 abriría las puertas para la tan ansiada reforma del Estado peruano, tan venida a menos con funestos resultados y que favoreciera a los menos desfavorecidos. Por lo que, el Congreso de la Republica sancionó su cierre definitivo al abolir la nivelación de los pensionistas amparados en dicha normativa con los sueldos de los servidores en actividad y cerrar constitucionalmente tan irreal régimen pensionario. "Con la Ley N° 28389 se modificaron los artículos 11°, 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, estableciendo principalmente: Con ellos vías para importantes reformas constitucionales, como el cierre del Decreto Ley N° 20530 (cedula viva), que puso fin a un sistema obsoleto, inequitativo y sumamente oneroso para el Estado. Esto se produjo el 12 de noviembre del 2004 en que el Congreso de la Republica aprobó, en un acto considerado histórico, la segunda y definitiva votación de la reforma constitucional que cerro el régimen de la cédula viva.

Por otro lado:

- i) La administración unitaria de los regímenes pensionarios a cargo del Estado como viabilidad seria por demás absurdo sabiendo de antemano la inexperiencia y el mal manejo por parte del Estado de los recursos pensionarios de los aportantes que se habían convertido en la caja chica del Estado para cualquier otro fin menos para mejorar la calidad de los sistemas de pensiones sujetos a su cargo;
- ii) El principio jurídico que prima es la aplicación inmediata de las leyes sin más discusión que su inmediata aplicación anteponiendo los intereses de la sociedad y del Estado en pro del bienestar y en principio de las pensionistas que menos perciben al amparo de la Protección Constitucional de los Derechos Pensionarios;
- iii) El cierre definitivo del régimen de pensiones del D. Ley N° 20530 del sistema pensionario peruano como una limitación que en su propia esencia

amenazaba con atentar contra la propia naturaleza del sistema de pensiones en el Perú,

- iv) Las nuevas reglas han ajustado el régimen del D. Ley N° 20530 con el fin de hacerlo equitativo económico y financieramente viable; habiéndose eliminado la nivelación – efecto espejo – de las pensiones con las remuneraciones de los servidores en actividad.

"La iniciativa histórica y la decisión política adoptada busco en forma madura reestructurar el sistema nacional de pensiones, racionalizar el gasto público y del Estado peruano y limitando los derechos pensionarios, nos preguntamos y nos cuestionamos entonces: ¿Y el compromiso gubernativo y legislativo de Protección a los Derechos Humanos y Constitucionales de la Seguridad Social en torno a la persona consagrados en la Constitución y en cada una de las leyes de corte pensionario en el Perú?

Cuál es el fin que se ha perseguido a lo largo de los años, de los gobiernos, de las administraciones de los sistemas de pensiones, ya sean públicos y/o privados. Podemos concluir previamente que han sido quebrantados en su momento en cada instancia administrativa y en su momento en cada instancia jurisdiccional.

V. LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU PROTECCIÓN TRIDIMENSIONAL

La Seguridad Social en cuanto a sus fondos y reservas han sido mal administrados, sin observar las reglas de previsionalidad, sostenibilidad y legalidad en cada momento. De acuerdo a la Constitución Política del Perú, en el Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos, en su artículo 11 se expresa el Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones:

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

Asimismo en el artículo 12 de la misma carta magna expresa que "Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley."

La defensa del Estado en su momento se fundamenta en el reajuste periódico y la adecuada previsión presupuestaria, olvidando que este dinero no le pertenece al Estado sino a los pensionistas, jubilados y cesantes únicos y verdaderos aportantes a sus sistemas pensionarios.

VI. LOS PROBLEMAS DEL SISTEMA DE REPARTO

El reparto tiene como finalidad proporcionar a cada quien lo que le corresponde por derecho sea fijado por ley, en proporción directa a sus aportes, por la entidad empleadora pública, privada o mixta o por el juez en caso de inequidades o injusticias. En un sistema previsional se sustenta en la liquidez de las entidades administradoras, en su capacidad de pago y de reserva, en la inversión que busca para generar mayor riqueza, en el orden y simplificación administrativa que debe brindar etc. Digamos que los beneficios fluctúan entre los 20, 30 ó 40 años de servicios al Estado, según el ordenamiento jurídico, la entidad a la que perteneces y el trabajo que desempeñan. La mecánica pensionaria sería entonces la de aportar, ahorrar, invertir y devolver habiéndose multiplicado el dinero inicial en principio. En la cual el pensionista se acoge al postulado de "APORTO PARA QUE DES" y "APORTO PARA QUE HAGAS", el Estado tiene el deber de generar un efecto multiplicador en el dinero que recibe.

Los problemas generados por el sistema de reparto han sido y lo son actualmente:

- a) Falsificación y adulteración de documentos con carácter sustentatorio para obtener una pensión. Generalmente se da en el aumento de años, falsos títulos profesionales, diplomas, certificados de trabajo y estudio, partida de matrimonio, certificado médico de invalidez etc.
- b) Descuido, olvido o dejadez en el pago de los aportes tanto del empleador como del trabajador.
- c) La mala distribución de los Gobiernos en cuanto al dinero pensionario, en programas de salud, educación, vivienda, agricultura, deuda externa etc.
- d) Falta de información en cuanto a los cálculos pensionarios
- e) Deficiencia y falta de capacitación en el personal estatal.
- f) Los altos costos administrativos y la excesiva documentación requerida. Somos un país con una cultura paquidérmica y lenta tanto en la esfera pública como en la privada.
- g) La inadecuada gestión y lealtad en la administración de los fondos y cajas de empleados y sus programas por el Estado "muy mal administrador" y los particulares para quienes una Administradora de Fondo de Pensiones no es una beneficencia sino un "negocio" pensionario.

- h) El aumento de la esperanza de vida y el bajo rendimiento económico hasta la fecha de la sociedad peruana lo cual se esta revirtiendo poco a poco.
- i) La alternativa para lograr estabilidad financiera, económica y presupuestal seria:
- (1) Lograr un control sobre los actos finales de inversión,
 - (2) Lograr un acuerdo entre lo que se aporta y lo que se da, reduciendo los gastos de administración y comisiones, evaluando los acuerdos aprobados por las ONP, AFPs y el MEF y
 - (3) Lograr una capacitación del personal en temas de cálculos actuariales, contables, matriciales, algoritmos y de computo, asimismo para evitar discordancias en los pronunciamientos y evitar la impugnación en cada una de ellas, seria recomendable crear una sola entidad pensionaria completamente independiente y solidamente técnica, económica y no solo administrativa como la Ex Superintendencia Administradora de Fondos de Pensiones.

VII. LOS PROBLEMAS ESTATALES, GUBERNAMENTALES Y POLÍTICOS

Si bien es cierto, que cuando aparecieron las AFPs, el Estado se comprometió con los trabajadores que se desplazaran a esta nueva alternativa, a reconocerle un bono de reconocimiento por el periodo que hubieran estado en el régimen anterior. Habiéndose emitido el bono, este era entregado a la AFP para su administración y reinversión.

La solución esta en mantener el respaldo obligacional de las pensiones, el manejo y la decisión política en cuanto a los ingresos y egresos presupuestales, la viabilidad de los proyecto de inversión, la distribución de los recursos y su intangibilidad, la simplificación de costos administrativos, la concertación política de los partidos en cuanto a la defensa de los derechos pensionarios, la creación de nuevos mecanismos de pago e incentivos, la reducción de los impuestos a los aportes pensionarios.

La reducción de los plazos en cuanto a los cronogramas de pagos, la fiscalización efectiva y la celeridad de la defensoría del pueblo, la contraloría general de la república, el poder judicial, las ONGs y los mismos pensionista mediante el sistema de quejas, sugerencias y reclamos ante INDECOPI por atender contra los derechos del consumidor y usuario de un servicio

administrativo deficiente, tardío y defectuoso³ conforme a la Constitución y al amparo y a la protección de los Derechos Pensionarios.

VIII. CUESTIONAMIENTOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

- Existe una triple perspectiva sobre la reforma constitucional: Ha sido necesaria e inmediata, porque todo es relativo nada es absoluto, el mundo esta sujeto a cambios y estos cambios deben reflejarse en un cambio constitucional inmediato.
- "La revisión regular de la Constitución no es mas que un medio para evitar la ruptura y no debe emplearse más que en último extremo, cuando una grave crisis política demuestra la urgencia de la enmienda".

IX. CONCLUSIONES

- 1) Mi posición se sustenta en un control de los actos finales de la reforma laboral y pensionaria, el cual debe encontrarse custodiado por el fin lícito acorde con el derecho, la ley, la moral y las buenas costumbres, no importa que estos actos se han accesorios, subordinados o dependientes. Debemos ser vigilantes, protectores y cuidadosos del fin lícito.
- 2) Todo cambio legal laboral y previsional debemos interpretarlo de acuerdo al bloque de legalidad y como un conjunto normativo.
- 3) En el caso concreto, esta reforma no busco perjudicar a los pensionistas, siendo ésta una reforma de carácter constitucional porque se busco con ella preservar el principio de bienestar social, conforme al articulo primero de la Constitución Política del Perú que expresa lo siguiente: "Artículo 1.- Defensa de la persona humana: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."
- 4) Una vez mas los sustentos del Estado peruano para limitar los Derechos Pensionarios han oscilado, girado y basado en el argumento del gobierno para la reforma constitucional sustentado en:
 - a) El Estado deficitario, no tiene dinero suficiente para cubrir las obligaciones pensionarias.
 - b) La justicia social y el interés público.

3 VILLANUEVA HARO, Benito. La problemática pensionaria en el Perú y la defensa de la persona pensionaria. Doctrina. Revista Análisis Jurídico Editora Normas Legales de Trujillo. Diciembre 2005

- c) Modernización del Sector Público.
- d) Los sistemas pensionarios generan un gasto público, comprometiendo a futuras generaciones de aportantes; y por último,
- e) Los intereses estatales están directamente ligados con las AFPs por requerir nuevos afiliados estos últimos se encuentran en constante pugna.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOS BALAREZO, Juan Manuel (2004) Cuestionamientos a las medidas dictadas por el gobierno respecto al régimen pensionario del Decreto Ley 20530: leyes y modificación de la Constitución. Lima, Ed. Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Humanos, pág. 79.
- ROMERO MONTES, Francisco Javier (2005) Algunas consideraciones acerca de la enmienda constitucional en materia pensionaria. Vox Juris, Tomo 12, pág. 390.
- VILLANUEVA HARO, Berito. La problemática pensionaria en el Perú y la defensa de la persona pensionaria. Doctrina. Revista Análisis Jurídico Editora Normas Legales de Trujillo. Diciembre 2005, pág. 161

SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

ALVARO VIDAL BERMÚDEZ
CHRISTIAN SÁNCHEZ REYES*

"Los sistemas de seguridad social primariamente pueden invocar los derechos sociales fundamentales, que en la mayoría de Estados están regulados constitucionalmente o son reconocidos en su fundamento en forma de un principio determinante de los fines del Estado. Si falta tal vinculación constitucional del Estado social, entonces existe el peligro que la seguridad social queda totalmente a disposición del legislador (...)"

"Los derechos humanos deben asegurar a nivel internacional un estándar mínimo común para todos los Estados, que se comprometen al cumplimiento de tales estándares. Se trata en consecuencia de una armonización. Los estándares se dirigen regularmente a los Estados, los que son obligados por la aceptación, a adaptar su sistema a los estándares internacionales"

Bernd Baron Von Maydell¹

Sumario

I. Introducción. II. Surgimiento de la seguridad social y su relación con la previsión privada. III. El derecho a la seguridad social. 3.1.

* Alvaro Vidal Bermúdez es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente del curso de Seguridad Social de la misma universidad, asimismo es asesor técnico de la Comisión de Seguridad Social del Consejo Nacional del Trabajo. Christian Sánchez Reyes es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asesor Técnico de la Alta Dirección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

¹ Director del Instituto Max Planck para el Derecho Social Extranjero e Internacional. Munich. Texto tomado de "Derechos Humanos y Seguridad Social". En XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias Oficiales. Buenos Aires. Argentina. Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Septiembre de 1997. pp. 198 y 201.