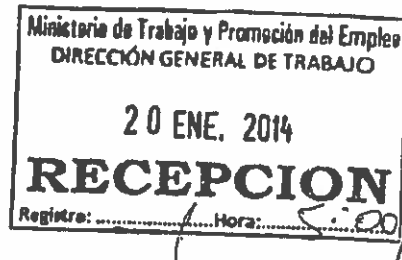




"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

INFORME N° 07 -2014-MTPE/2/14.1



Para: Gastón Remy Llacsá
Director General de Trabajo

De: Renato Sarzo Tamayo
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

Fecha: 14 de enero de 2014

Asunto: Opinión técnica sobre el carácter fundamental del derecho a la seguridad social.

Referencia: H.R. 814-2014-INT

I. ANTECEDENTES:

Mediante el Oficio N° 001-2014-MTPE/1/23 de fecha 7 de enero de 2014, la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, CNTPE) indica que en el seno de la Comisión Técnica de Seguridad Social del CNTPE los actores sociales y diversas instituciones vinculadas a la materia, vienen discutiendo los alcances del proyecto de Política Nacional de Seguridad Social (en adelante, la PNSS).

Al respecto, anotan que el Sector Empleador ha observado el Lineamiento N° 01 de la PNSS que reconoce a la seguridad social como un derecho fundamental, esencialmente debido a lo siguiente: i) ni la Constitución Política del Perú, ni la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en Ginebra el 18 de junio de 1998, le reconocen el carácter de fundamental a la seguridad social; ii) El Perú ha ratificado una serie de convenios internacionales en materia de seguridad social, sin embargo, los convenios sobre dicha materia no han sido clasificados dentro de los Convenios denominados por el Consejo de Administración de la OIT como "prioritarios".

En tal sentido, la Secretaría Técnica del CNTPE solicita se emita opinión respecto a la condición de derecho fundamental de la seguridad social, lo que se considera importante en el proceso de estudio y elaboración de la PNSS.

II. ANÁLISIS:

- 1. La Seguridad Social: su carácter fundamental a la luz del ordenamiento jurídico peruano**



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Como señala la doctrina, "[l]a seguridad social es el más reciente y perfecto de los mecanismos de superación de las necesidades sociales que ha creado la humanidad".¹ Así, la seguridad social ha sido definida como aquel "conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables"², agregándose la idea de que tales medidas "se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas"³.

La seguridad social ha sido reconocida como derecho de toda persona en diversos instrumentos internacionales del ámbito universal y americano. A modo de ejemplo, puede citarse, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶ y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).⁷

En el Perú, la Constitución Política reconoce a toda persona el derecho a la seguridad social como un derecho universal y progresivo orientado a la protección de las contingencias que precise la ley, así como a la elevación de la calidad de vida (artículo 10°). Asimismo, la norma suprema señala que el Estado es el encargado de garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento (artículo 11°).

Si bien el derecho a la seguridad social no figura en el listado de derechos fundamentales establecido por el artículo 2° de la Constitución, es preciso indicar que dicho listado no es taxativo, pues el artículo 3 de la Constitución establece que "[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo [básicamente, los incluidos en la lista del artículo 2] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de

¹ NEVES MUJICA, Javier. *La seguridad en la Constitución*. Ponencia presentada en el Quinto Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: UNMSM. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1988.

² ALONSO OLEA, Manuel y José Luis TORTUERO PLAZA. *Instituciones de la Seguridad Social*. Madrid: Civitas, 1995, p. 38.

³ Ibid.

⁴ Artículo 12.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

⁵ "Artículo 9.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social."

⁶ "Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

⁷ "Artículo 9.- Derecho a la seguridad social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes".



*"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". Entonces, si aquel listado es enunciativo, los derechos constitucionales no contenidos en él (como el derecho a la seguridad social) son también fundamentales. Sobre el particular, Abad Yupanqui sostiene lo siguiente:

"El artículo 3 de la Constitución contiene una cláusula abierta al señalar que los derechos fundamentales son todos los derechos reconocidos por la Constitución y, además, aquellos que derivan de la dignidad del ser humano y del Estado democrático de Derecho. Ello permite el reconocimiento de derechos fundamentales implícitos, tal como lo ha precisado el propio Tribunal Constitucional. En el ordenamiento jurídico peruano no existen diferencias entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales".⁸



Asimismo, la condición de "fundamental" del derecho a la seguridad social deriva de su estrecha relación con la dignidad humana. Tal como afirma Toyama Miyagusuku, "debe tenerse en cuenta que el criterio de 'fundamentalidad' de los derechos no reside en la 'etiqueta' que le asignen los Estados o [en] el nivel de protección institucional o procesal existente en un ordenamiento. El verdadero fundamento está en la relación de un derecho cuestionado, determinado ideológica, teórica e históricamente con la dignidad y la libertad de la persona humana"⁹. Al respecto, debe recordarse que el derecho a la seguridad social se justifica en la necesidad de garantizar la dignidad de toda persona cuando se encuentra en circunstancias difíciles de afrontar y que le privan de la capacidad de ejercer plenamente sus derechos y capacidades.¹⁰

En la misma línea, la Defensoría del Pueblo ha señalado en documentos de trabajo que "[l]a relevancia de considerar a los derechos a la seguridad social y a la salud en la Constitución, implica un reconocimiento del carácter fundamental de ambos, además de reafirmar el papel que cumplen en el actual Estado Social de Derecho, mediante el cual se generan obligaciones estatales que promuevan políticas, programas y acciones orientadas a buscar su realización".¹¹

2. El derecho a la seguridad social y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

En consonancia con lo expuesto en el punto anterior, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado en reiterada jurisprudencia que los derechos fundamentales ostentan tal condición en razón a su estrecha relación con la dignidad de la persona humana, cuya defensa y respeto constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado. En efecto,

⁸ ABAD YUPANQUI, Samuel B. El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 683.

⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p.31.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9° del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales), 39° período de sesiones, 2007, E/C.12/GC/19 del 4 de febrero de 2008.

¹¹ Informe Defensorial N° 161: "Camino al Aseguramiento Universal en Salud (AUS). Resultados de la supervisión nacional a hospitales". Lima: Defensoría del Pueblo, 2013, p. 25.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

estos derechos preexisten al orden estatal y expresan tanto una "moralidad básica" como una "juridicidad básica".

En ese sentido, y atendiendo a que no existe una lista cerrada de derechos fundamentales según la Constitución, el referido Tribunal ha dejado claramente establecido que la seguridad social constituye un derecho de las personas que tiene carácter fundamental.

Sobre el particular, a título ilustrativo, presentamos los siguientes extractos de sentencias:

- Sentencia recaída en el Expediente N° 01569-2011-PA/TC, de fecha 13 de julio de 2011:

"5. El Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 10 de la Constitución Política reconoce la seguridad social como un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le 'asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos', de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado (STC 008-1996-PI/TC, fundamento 10).

6. Para este Colegiado - conforme a lo establecido en la STC 0050-2004-AI/TC - dicho contenido se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: en primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social; en segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación; finalmente, y en tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado como portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social." (énfasis agregado)

- Sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, de fecha 8 de julio de 2005:

"2. El concepto de derechos fundamentales comprende

"tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica." (Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado "Derechos Fundamentales de la Persona", además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III),

"ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".



4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales."

"31. Tal como se ha precisado, los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Fundamental, no se agotan en aquellos enumerados en su artículo 2º, pues además de los derechos implícitos, dicha condición es atribuible a otros derechos reconocidos en la propia Constitución. Tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión, contemplados en el artículo 11º, y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10º".(subrayado agregado)

- **Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2006, recaída en el Expediente N° 09600-2005-PA/TC:**

"7. El artículo 10 de la Constitución reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social y los objetivos que se busca alcanzar con su consagración constitucional, esto es, brindar protección frente a las contingencias previstas legalmente y la elevación de la calidad de vida. De otro lado, el artículo 11 de la Carta Política precisa la forma en que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a las pensiones en la seguridad social, poniendo en relieve que éste se logra a través de la participación de entidades públicas, privadas y mixtas y rescatando su función supervisora en el caso de que las prestaciones sean brindadas por estas últimas.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

8. Por su parte, el artículo 1 de la Ley 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece, en concordancia con los preceptos constitucionales, que uno de los fundamentos de la seguridad social en salud es la garantía de libre acceso a prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas y mixtas. Igual tratamiento está previsto en el artículo 1 del Decreto Supremo 009-97-SA, que aprueba el reglamento de la Ley 26790. A partir de tal estipulación se crean las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), que son definidas por el artículo 13 de la ley indicada como aquellas empresas e instituciones públicas o privadas distintas del Instituto Peruano de Seguridad Social -IPSS- (ahora EsSalud), cuyo único fin es el de prestar servicios de atención para la salud. Así, partiendo de tal posibilidad, en el artículo 15 del texto legal en comentario se establece que las entidades empleadoras que otorgan coberturas de salud a sus trabajadores en actividad, pueden hacerlo a través de los planes de salud que contraten con una EPS o mediante servicios propios. En este último caso, se deberá acreditarse los establecimientos ante el Ministerio de Salud y luego presentar a EsSalud el plan de salud y el certificado de acreditación pertinente, según precisa el artículo 43 del reglamento.

9. En atención a ello cuando la ley delega en un empleador (particular o público) la prestación de servicios de salud, la garantía estatal de libre acceso a la seguridad social se pone de manifiesto, debiendo la entidad privada brindar las prestaciones en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud, propios de la seguridad social. Sin embargo, en este supuesto la seguridad social no solo opera como garantía institucional, sino que el empleador se convierte en destinatario del derecho fundamental a la seguridad social. Esta faz de la seguridad social supone un derecho que '(...) asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos', de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado'.

10. En correlato con ello este Tribunal ha precisado que el contenido de la seguridad social está conformado por tres aspectos. En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social; en segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho subjetivo a determinada prestación; y, en tercer lugar, por el principio de solidaridad que subyace a todo sistema de seguridad social.

18. Con relación al pedido de supresión de atención médica formulado por el codemandado, que eximiría de toda responsabilidad a Southern Perú, debe precisarse que, en virtud a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la entidad empleadora se erige como destinataria del derecho a la seguridad social, por lo que no es posible dejar al arbitrio del trabajador el retiro de sus dependientes aduciendo el respeto al contrato de trabajo. En este caso la relación laboral no es un presupuesto que pueda franquear al trabajador disponer del derecho fundamental cuya titularidad, desde la óptica constitucional, también reposa en otra persona; así, '(...) la cobertura que ofrezca la Entidad Empleadora con cargo al crédito, sea a través de servicios propios o de planes contratados con una EPS, deberá contemplar los mismos beneficios para todos los trabajadores



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

 Trabajo
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

cubiertos y sus derechohabientes, independientemente de su nivel remunerativo', de lo que se desprende que debe respetarse el principio de igualdad entre los asegurados sin que el monto de las aportaciones genere un trato inequitativo en el servicio ni en la cobertura". (el subrayado es nuestro)

III. CONCLUSIONES:

Conforme lo señalado en los puntos precedentes, somos de la opinión que el derecho a la seguridad social califica como un derecho fundamental en razón a su evidente conexión con el principio-valor de la dignidad humana, cuya defensa y respeto constituye el fin supremo del Estado, de acuerdo a la Constitución Política del Perú. Muestra de lo anterior es su consagración en los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En la misma línea, es relevante considerar que el Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecido en su jurisprudencia que la seguridad social constituye un derecho de carácter fundamental.

Sin otro particular.

Atentamente,

.....
F. VATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo