

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA CREACIÓN DEL SISTEMA
PREVISIONAL MIXTO, PARA LOS TRABAJADORES
PLURIPLEADOS EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

Presentada por:

Bachiller: MIRNA OFELIA ASIÚ SAAVEDRA

Asesor:

M.Cs. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 by
MIRNA OFELIA ASIÚ SAAVEDRA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA CREACIÓN DEL SISTEMA
PREVISIONAL MIXTO, PARA LOS TRABAJADORES
PLURIEMPLEADOS EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

Presentada por:

Bachiller: MIRNA OFELIA ASIÚ SAAVEDRA

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las diecisiete horas con veinte minutos del día 04 de junio de Dos mil veintiuno, reunidos a través de meet.google.com/awy-gowc-cdr, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, y en calidad de Asesor el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA CREACIÓN DEL SISTEMA PREVISIONAL MIXTO, PARA LOS TRABAJADORES PLURIEMPLEADOS EN EL PERÚ**, presentada por la **Bach. en Derecho y Ciencia Política MIRNA OFELIA ASIÚ SAAVEDRA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de **CATORCE** la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho y Ciencia Política MIRNA OFELIA ASIÚ SAAVEDRA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Siendo las dieciocho y treinta horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

M.Cs. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Jorge Luis Salazar Soplápuco
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre

Rodolfo Asió García

A mi esposo e hijos, por su apoyo incondicional, paciencia y sacrificio para la culminación de la presente.

AGRADECIMIENTO

A Dios por darme vida, salud y fortaleza, para
seguir luchando por un mejor futuro profesional.

A mi guía y orientador **Domingo Alvarado Luis**,
por ser ejemplo de sacrificio y perseverancia.

A mi asesor el Dr. Nixon Castillo Montoya,
por compartir sus conocimientos y su tiempo,
para el logro de la presente investigación.

“Reconocer a otro individuo como libre e igual implica reconocerlo como autónomo, lo cual a su vez implica reconocerlo como persona. Reconocerlo como persona es atribuirle dignidad, lo cual significa reconocer sus derechos humanos”.

Robert Alexy

TABLA DE CONTENIDOS

	Pág.
Dedicatoria.....	v
Agradecimiento	vi
Epígrafe	vii
Tabla de contenidos.....	viii
Resumen	xii
Abstract.....	xiii
Introducción.....	xiv
CAPÍTULO I: Aspectos metodológicos.....	01
1.1 Planteamiento del problema	01
1.2 Formulación del problema	03
1.3 Justificación	04
1.4. Delimitación	05
1.4.1 Ámbito temático	05
1.4.2 Ámbito espacial	05
1.4.3 Ámbito temporal.....	05
1.5 Limitación.....	05
1.6 Objetivos	06
1.6.1 Objetivo general	06
1.6.2 Objetivos específicos.....	06
1.7 Formulación de la hipótesis.....	07
1.8 Variables.....	07
1.9 Diseño de investigación	07
1.10 Tipo de investigación	08

1.10.1 De acuerdo al fin que persigue	08
1.10.2 Según el nivel de conocimiento	08
1.11 Métodos de investigación	09
1.11.1 Generales	10
1.11.2 Propios de la investigación	11
1.12 Técnica e instrumentos de recolección de datos.....	13
1.12.1 Técnicas	13
1.12.2 Instrumentos	14
1.13 Técnica para la contrastación de hipótesis	15
1.14 Estado de la cuestión	15
 CAPÍTULO II: Marco teórico	
2.1 La Seguridad social	16
2.2 Marco normativo	21
2.3 Principios de la seguridad social	24
2.4 Sistemas previsionales en el Perú	25
2.4.1 Sistema Nacional de Pensiones – Decreto Ley 19990	26
2.4.2 Sistema Nacional de Pensiones – Decreto Ley 20530	28
2.4.3 Problemática del Sistema Nacional de Pensiones	30
2.4.4 El Sistema Privado de Pensiones	32
2.4.5 Problemática del Sistema Privado de Pensiones	33
2.5 El sistema previsional mixto.....	34
2.5.1 Definición	34
2.5.2 El sistema mixto en el derecho comparado.	35

CAPÍTULO III: El derecho fundamental a la pensión en el Estado Constitucional

de Derecho

3.1 La constitucionalización del Derecho	39
3.2 Teoría constitucional de los derechos fundamentales	41
3.2.1 Concepto de derechos fundamentales	41
3.2.2 Estructura de los derechos fundamentales.....	43
3.2.3 Doble naturaleza de los derechos fundamentales.....	44
3.2.4 Sustento constitucional directo de los derechos fundamentales	45
3.2.5 Derechos fundamentales de configuración legal	46
3.2.6 Teoría del estado social.....	47
3.3 El derecho fundamental a la pensión.....	48
3.3.1 Contenido esencial del derecho a la pensión.....	49
3.3.2 Principios que rigen el derecho fundamental a la pensión	50
3.4 El derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	55

CAPÍTULO IV: El pluriempleo en el Perú

4.1 Concepto de pluriempleo.....	57
4.2 El pluriempleo en el Perú	58
4.3 El pluriempleo en el Derecho comparado.	60
4.3.1 Tratamiento legislativo en España	60
4.3.2 Tratamiento legislativo en Cuba.....	61
4.3.3 Tratamiento legislativo en Argentina	61
4.3.4 Tratamiento legislativo en Colombia	62

CAPÍTULO V: Contrastación de hipótesis	
5.1 La ampliación de la cobertura personal de protección frente a la contingencia de su vejez.....	63
5.2 La mayor optimización de sus derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de su personalidad	76
CAPÍTULO VI: Propuesta legislativa	
PROYECTO DE LEY	93
CONCLUSIONES	104
RECOMENDACIONES	107
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109
ANEXOS	116

RESUMEN

Como consecuencia de la prestación laboral por cuenta ajena a dos o más empleadores, el trabajador pluriempleado y que se encuentra registrado en planillas, realiza doble aporte a la seguridad social en pensiones, específicamente al Sistema Nacional de Pensiones (ONP), sin obtener un beneficio mayor que le permita elevar su calidad de vida al momento de su jubilación, así mismo compensar el esfuerzo realizado con la finalidad de hacer frente a los problemas económicos o mejorar la economía familiar.

Por lo que, atendiendo a ello la presente investigación de tipo básica, se trazó como objetivo general, establecer los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú, buscando ampliar su cobertura personal de protección durante la contingencia de la vejez y la optimización de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de estos trabajadores.

La contrastación de las hipótesis, se logró realizando un estudio descriptivo, explicativo – causal y propositivo, haciendo uso de los métodos generales de investigación y los propios del Derecho; que permitieron el análisis e interpretación, teniendo en cuenta el aspecto teórico, normativo, doctrinal y jurisprudencial; a efectos de argumentar las razones que sustentaron las hipótesis planteadas. Así también se consideró necesario para lograr la finalidad de la investigación, realizar un estudio de la legislación comparada a efectos de determinar normatividad alguna que regula la seguridad social en pensiones para los trabajadores pluriempleados y que permita argumentar su viabilidad en nuestro país.

Palabras Claves: Optimización, derechos fundamentales a la dignidad humana, derecho al libre desarrollo de la personalidad, sistema mixto de pensiones, jubilación, pluriempleo. Estado Constitucional de Derecho, derechos sociales, derecho a la pensión, seguridad social en pensiones.

ABSTRACT

As a consequence of the employment benefit paid to two or more employers, the multi-employed worker who is registered in payroll, makes a double contribution to social security in pensions, specifically to the National Pension System (ONP), without obtaining a benefit greater that allows him to raise his quality of life at the time of his retirement, likewise to compensate the effort made in order to face economic problems or improve the family economy.

Therefore, in response to this basic research, the general objective was to establish the legal foundations that justify the implementation of a mixed pension system for workers who perform moonlighting in Peru, seeking to expand their personal protection coverage. during the contingency of old age and the optimization of the fundamental rights to human dignity and the free development of the personality of these workers.

The contrasting of the proposed hypotheses was achieved by carrying out a descriptive, explanatory - causal and purposeful study, making use of general research methods and those of Law; that allowed the normative, doctrinal and jurisprudential analysis; as well as the interpretation in order to argue the reasons that supported the hypotheses raised. Thus, it was also considered necessary to achieve the purpose of the investigation, to carry out a study of the comparative legislation in order to determine any regulations that regulate social security in pensions for moonlighting workers and that allow to argue its viability in our country.

KEYWORDS: *Optimization, fundamental rights to human dignity, right to the free development of the personality, mixed system of pensions, retirement, moonlighting. Constitutional State of Law, social rights, right to pension, social security in pensions*

INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional, que le asiste a toda persona, a efectos de que pueda acceder a un sistema tanto de salud como de pensiones, para obtener una protección integral y suficiente durante las contingencias que precisa la ley, entre ellas, la contingencia de la vejez durante la jubilación, teniendo por finalidad que el beneficiario durante el goce de su derecho fundamental a la pensión, reciba prestaciones dinerarias que le permita elevar su calidad de vida.

Este derecho reconocido por el Estado, se garantiza mediante el libre acceso a prestaciones de pensiones, las mismas que deben ser garantizadas por el Estado a través de entidades tanto públicas como privadas o mixtas.

Actualmente en nuestro país existen dos sistemas previsionales mutuamente excluyentes que garantizan el acceso a pensiones, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado por la Oficina de Normalización Previsional, el cual se define como un sistema solidario donde todos aportan a un solo fondo, del cual se hace luego el reparto de las pensiones, estas aportaciones varían de acuerdo a la remuneración percibida y años de aportación. Por otro lado, tenemos al Sistema Nacional de Pensiones (SPP), gestionado a través de las Administradoras de Fondos de Pensiones, entendido como un sistema de capitalización, donde cada afiliado aporta personalmente los recursos que servirán para el pago de su pensión, los mismos que se destinarán a una cuenta personal.

Para obtener el derecho a una pensión, el trabajador que se encuentra en situación de dependencia frente a un empleador deberá inscribirse a un régimen previsional sea público o privado y aportar al primero de ellos de manera obligatoria el 13% de la remuneración pensionable, o caso contrario, al segundo un 10%; más el aporte a

contribuciones medias dependiendo de la Administradora de Fondo de Pensiones en la que se encuentre asegurado, para las comisiones de administración y el seguro de supervivencia e invalidez, respectivamente.

En el caso del trabajador pluriempleado que labora por cuenta ajena para dos o más empleadores diferentes, registrado en planillas, afiliado al Sistema Nacional de Pensiones, se realizara una doble aportación (26%) a este sistema, sin que se pueda obtener un beneficio adicional que le permita compensar el esfuerzo realizado producto de su doble contribución al sistema. No existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que resuelva la forma como los trabajadores que realizan pluriempleo deberían aportar a la seguridad social, generándose con este vacío legislativo una afectación en el total de los ingresos del trabajador, los cuales tuvieron como finalidad cubrir sus necesidades económicas y mejorar su calidad de vida.

En este sentido, el objetivo de la presente investigación estuvo orientado a establecer los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo, buscando ampliar su cobertura persona de protección durante la contingencia de la vejez y optimizar sus derechos a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

La dispersión temática consta de 6 capítulos, estructurados de la siguiente manera: Capítulo I: Referido a los aspectos metodológicos de la investigación; Capítulo II: Se aborda el marco teórico, en el que se analizan las distintas posiciones doctrinales, jurisprudenciales y normativas nacionales e internacionales respecto a la institución jurídica de la seguridad social y una descripción de cómo está regulado el sistema previsional de pensiones en nuestro país; Capítulo III: Se sitúa al derecho fundamental a la pensión en el contexto del Estado Constitucional de Derecho; Capítulo IV: Se hace una descripción del pluriempleo en el Perú; Capítulo V: Se contrasta la hipótesis planteada,

haciendo uso del método argumentativo, para sustentar los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema previsional mixto, para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú y que están afiliados al Sistema Nacional de Pensiones (ONP); para terminar en el Capítulo VI, plasmando la propuesta legislativa de creación del sistema previsional propuesto.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Planteamiento del problema

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 10 reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precisa la ley y para la elevación de su calidad de vida.

De la norma constitucional, se desprende el Derecho a la seguridad social considerada como una garantía constitucional al Derecho fundamental a la pensión, que le permite al trabajador jubilado un mínimo de bienestar cuando ya no pueda trabajar.

Por otro lado, el artículo 11, primer párrafo, establece el mecanismo de libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, las mismas que deben ser garantizadas por el Estado a través de entidades tanto públicas como privadas o mixtas.

Actualmente en nuestro país existen dos sistemas previsionales mutuamente excluyentes que garantizan el acceso a pensiones, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado por la Oficina de Normalización Previsional, el cual se define como un sistema solidario donde todos aportan a un solo fondo, del cual se hace luego el reparto de las pensiones, estas aportaciones varían de acuerdo a la remuneración percibida y años de aportación. Por otro lado, tenemos al Sistema Privado de Pensiones (SPP), gestionado a través de las administradoras de fondos de pensiones, entendido como un sistema de capitalización, donde cada afiliado aporta personalmente los recursos que servirán para el pago de su pensión, los mismos que se destinarán a una cuenta personal.

Para obtener el derecho a una pensión, el trabajador que se encuentra en situación de dependencia frente a un empleador deberá inscribirse a un régimen previsional sea público o privado y aportar al primero de ellos de manera obligatoria el 13% de la remuneración pensionable, o caso contrario, al segundo un 10%; más el aporte a contribuciones medias, dependiendo de la Administradora de Fondo de Pensiones a la que está afiliado, para las comisiones de administración y el seguro de supervivencia e invalidez, respectivamente.

Es aquí donde radica el problema, dado que cuando un trabajador que realiza labores adicionales de manera dependiente¹, es decir labora para dos o más empleadores diferentes y está registrado en planillas de tal manera que percibe más de una remuneración, cada uno de sus empleadores estará en la obligación de hacerle el respectivo descuento por aportes a la seguridad social en pensiones, cuyos aportes irán si así lo ha decidido, al fondo solidario del Sistema Nacional de Pensiones, existiendo por ello, una duplicidad de aportaciones que en ningún caso beneficiará al trabajador cuando se jubile.

Por consiguiente, cuando solicite su pensión en el Sistema Nacional de Pensiones, el monto pensionable estará en función de un mínimo y un máximo², más no en función del monto total de aportaciones hechas durante el período establecido por ley. Caso contrario, sucede si ese doble aporte se hace en una Administradora de Fondo de Pensiones, todo lo que se le descuenta al trabajador va a una cuenta individual de capitalización, beneficiándose al momento de solicitar su jubilación, por cuanto el doble aporte realizado, incrementa su fondo pensionable³.

¹ Según La Encuesta Nacional de Hogares – 2012, realizada por el Instituto nacional de estadística e informática (INEI), El 24,2% de los ocupados tienen adicionalmente a su actividad principal una actividad secundaria que les genera ingresos.

² Pensión Mínima: S/ 450.00 y máxima S/. 893.00

³ Según cifras de la Asociación de La Administradora de Fondo de Pensiones a junio del 2014, la pensión promedio de jubilación en el Sistema Privado de Pensiones es de S/. 984.00

Esta doble aportación de un 26% en total, afecta los ingresos del trabajador, los cuales tuvieron como finalidad cubrir sus necesidades económicas y mejorar su calidad de vida.

Ante el problema expuesto, no existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que resuelva la forma como los trabajadores que realizan pluriempleo deberían aportar a la seguridad social, así como no existe un sistema previsional mixto, que permita brindar, luego de una vida laboral, una pensión digna a aquel trabajador pluriemplado una vez que se encuentre jubilado.

Este vacío legislativo requiere ser tratado oportunamente, a efectos de lograr la mayor optimización de los derechos fundamentales de los mencionados trabajadores, como son el derecho a dignidad humana y al libre desarrollo de su personalidad.

En este sentido, el objetivo de la presente investigación está en establecer los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo, realizando para ello un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial; así como un estudio de la legislación comparada a efectos de analizar cuál es el tratamiento normativo que se le da a la situación de pluriempleo en relación con la seguridad social en pensiones.

1.2 Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú?

1.3 Justificación e importancia

Como consecuencia de la prestación laboral por cuenta ajena a dos o más empleadores, el trabajador pluriempleado y que se encuentra registrado en planillas, realiza doble aporte a un mismo régimen previsional, sin obtener un beneficio mayor que le permita elevar su calidad de vida al momento de su jubilación, así mismo compensar el esfuerzo realizado con la finalidad de hacer frente a los problemas económicos o mejorar la economía familiar. Por lo que, atendiendo a ello resulta importante y de actualidad establecer los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.

Este tema justifica su investigación, porque hoy en día ante la ausencia de norma que regularice la cotización y las prestaciones a la situación de pluriempleo, se viene propiciando agravios al trabajador y hasta pagos indebidos al Sistema Nacional de Pensiones; en tanto que se sustrae del patrimonio subjetivo de este trabajador una cantidad de recursos que se obtuvieron para hacer frente a sus necesidades básicas y exigencias sociales, sin que exista un criterio objetivo y razonable para la realización de dicho aporte.

De ahí que la justificación científica radica en el hecho que, a través del resultado de la investigación, se podrá cubrir un vacío en el tratamiento legal frente a la problemática del trabajador pluriempleado que realiza doble aporte al Sistema Nacional de Pensiones, con la propuesta legislativa de creación del Sistema Previsional Mixto, que le permita acceder a más de una pensión de jubilación en el futuro.

El objeto de estudio aporta nuevos conocimientos a la comunidad científica nacional e internacional, al ubicar el problema local, la institución y la norma creada en el contexto más amplio de problemas doctrinarios universales.

1.4 Delimitación de la investigación

1.4.1 Ámbito temático

La presente investigación se ha circunscrito a establecer los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema mixto de naturaleza complementaria, para los trabajadores que están en situación de dependencia y en calidad de pluriempleados afiliados al Sistema Nacional de Pensiones.

Asimismo, la ampliación de la cobertura se ajusta al momento de su jubilación.

1.4.2 Ámbito espacial

Por el tipo de investigación no cuenta con límite espacial, sin embargo, podemos señalar que se encuadra dentro del territorio peruano.

1.4.3 Ámbito temporal

No aplica para el correspondiente tipo de investigación.

1.5 Limitaciones

Limitaciones bibliográficas, no se encontró bibliografía de primera fuente relacionada con el problema materia de investigación.

Limitaciones de tesis semejantes. Revisada las bibliotecas de la ciudad de Cajamarca o los repositorios digitales a nivel nacional, no se han encontrado tesis relacionados directamente con el problema materia de investigación.

1.6 Objetivos de la Investigación

1.6.1 Objetivo General

Establecer los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.

1.6.2 Objetivos Específicos

- a. Analizar si la ampliación de la cobertura personal de protección frente a la contingencia de la vejez, justifican la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.
- b. Explicar el mecanismo jurídico para obtener la mayor optimización de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.
- c. Establecer el tratamiento jurídico que se le da a la implementación del sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el derecho comparado.
- d. Diseñar una propuesta legislativa de implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.

1.7 Formulación de la hipótesis

Los fundamentos jurídicos que justifican la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú son:

- a. La ampliación de la cobertura personal de protección frente a la contingencia de la vejez; y,
- b. La mayor optimización de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

1.8 Variables

Se entiende que “variable es un símbolo al que se le asignan valores o números. Por ejemplo, X es una variable: es un símbolo al que se le asignan valores numéricos y puede tomar cualquier conjunto justificable de valores” (Kerlinger y Lee, 2002, p. 36).

La presente investigación carece de variables por ser un estudio dogmático.

1.9 Diseño de la investigación

El diseño de la investigación es cualitativo no experimental, es decir, una investigación sistemática y formal, en la cual no existe la posibilidad de manipular deliberadamente objetos o variables; lo cual implica que no se va a construir ninguna situación, sino que se van a estudiar situaciones jurídicas existentes, no provocadas intencionalmente, a partir de las cuales asumimos la tarea de detectar, en el cuerpo de la legislación en materia previsional un vacío normativo, que a nuestro criterio conformaría un obstáculo al ejercicio efectivo de un régimen previsional mixto de naturaleza complementaria y de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

1.10 Tipo de investigación

1.10.1 De acuerdo al fin que persigue

La presente investigación es básica, puesto que está orientada a la búsqueda de conocimientos teóricos sin un fin práctico inmediato. La finalidad de la presente investigación fue establecer las razones que permitieron justificar la creación de un sistema mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú, teniendo en cuenta fundamentos teóricos, doctrinales y jurisprudenciales.

1.10.2 Según el nivel de conocimiento

A. Nivel descriptivo

La presente investigación partió de un nivel descriptivo, por cuanto con la información obtenida se describió el objeto de estudio jurídico teniendo en cuenta los conceptos como: Estado Constitucional de Derecho, derechos fundamentales, seguridad social, sistema previsional, pluriempleo, dignidad humana, libre desarrollo, entre otros; con la finalidad de especificar sus propiedades y características, descomponerlas y analizarlas a efectos de articularlas con las instituciones jurídicas dentro de un marco constitucional de Derecho y así poder construir las razones que sirvan de fundamento para la implementación del sistema previsional mixto para los trabajadores pluriempleados.

B. Nivel causal - explicativo

Considerando que el objetivo de este tipo de investigaciones es encontrar las razones o causas que provocan ciertos eventos, sucesos o fenómenos; se buscó explicar las razones que permitirían justificar la implementación del sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.

C. Nivel propositivo

Dado que como consecuencia de la investigación se determinó que existe un vacío legal, se diseñó una propuesta legislativa de implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.

1.11 Métodos de investigación

El método de investigación científica es el procedimiento lógico que debe seguir el pensamiento en la búsqueda de nuevos conocimientos, sobre algún objeto o fenómeno concreto desde el planteamiento del problema de conocimiento hasta la elaboración del informe de investigación. En el campo de las ciencias jurídicas, el método es el medio de cognición de las situaciones y relaciones jurídico – sociales, para la formulación de nuevos sistemas jurídicos (Zelayarán, 1997).

En tal sentido, en la presente investigación se hizo uso de los siguientes métodos:

1.11.1 Generales

A. Método analítico – sintético

Haciendo uso del método analítico - sintético, lo que se va a lograr es estudiar los hechos, partiendo de la descomposición del objeto de estudio en cada una de sus partes para estudiarlas en forma individual; y, luego integrar dichas partes para estudiarlas de manera holística.

Este método nos sirvió para estudiar de manera individual las distintas instituciones jurídicas relacionadas con la presente investigación como: seguridad social, sistemas previsionales, el derecho a la pensión en el Estado Constitucional de Derecho, derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, pluriempleo, relacionándolas con las disposiciones normativas, la doctrina y la jurisprudencia, que permitieron establecer las razones justificativas para la implementación de un sistema previsional mixto, para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.

B. Hipotético – deductivo

Según este método una investigación comienza con el planteamiento de un problema, lo que da lugar a la creación de hipótesis que están inmersas en un modelo teórico, las mismas que dan solución a un problema de conocimiento.

Para este método las hipótesis pueden ser científicas si pueden ser contrastadas, las mismas que se realizan a través de un proceso deductivo.

En la presente investigación se planteó el problema basado en la implementación de un sistema previsional para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú, formulándose dos hipótesis, las mismas que fueron sometidas a contrastación, con fundamento en las teorías, doctrina y jurisprudencia estipuladas en el marco teórico.

1.11.2 Propios de la investigación

A. Método dogmático- jurídico

A través del método dogmático se busca conocer, estudiar y analizar e interpretar el ordenamiento jurídico en el que se enmarca el objeto de estudio, teniendo en cuenta el aspecto normativa, doctrinaria y jurisprudencial; con la finalidad de argumentar las razones que sustentan las hipótesis formuladas.

Fue necesario recurrir al método dogmático, a efectos de realizar el análisis lógico de los conceptos jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales relacionados con las instituciones jurídicas estudiadas en la presente investigación y reconducirlos a la construcción de la contrastación de las hipótesis planteadas.

B. Método hermenéutico

La hermenéutica es una actividad interpretativa que permite abordar el texto ya sea oral o escrito, con la finalidad de captar con precisión su sentido, favoreciendo su adecuada función normativa (Arráez, Calles, y Moreno de Tovar, 2006).

El proceso interpretativo consiste en desentrañar el mandato, la prohibición o lo permitido por la norma que atañe a la cuestión jurídica planteada y aplicar la interpretación a las concretas circunstancias que definen la cuestión jurídica concreta (Castillo Córdova, 2005).

Mediante este método se buscó desentrañar, interpretar y aplicar de manera sistematizada las previsiones normativas en materia previsional y de la seguridad social, a fin de establecer los fundamentos jurídicos de la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú.

C. Método comparativo

Permite establecer las semejanzas y diferencias existentes entre las legislaciones nacionales y extranjeras, con el objeto de sacar conclusiones que definan el problema o permitan establecer mejoras al conocimiento de este.

Este método se utilizó con la finalidad ubicar y estudiar en el derecho comparado, la institución jurídica del sistema mixto complementario y su aplicación a los trabajadores que realizan pluriempleo, a fin de poder analizar si era factible también su legislación en nuestro ordenamiento jurídico.

D. Método argumentativo

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o

refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Asumir la tarea de llevar a cabo una tarea argumentativa, significa que el problema que da lugar a la argumentación debe justificarse en razones que lo afirmen, evitando su invalidación (Atienza Rodríguez, 2011).

En la presente investigación se ha hecho uso de aspectos básicos de la lingüística, la razonabilidad, para describir, explicar e interpretar los conceptos, posiciones doctrinales y jurisprudenciales; que han permitido elaborar el discurso jurídico a efectos de establecer los fundamentos jurídicos que justificaron la implementación de un sistema previsional mixto para los trabajadores pluriempleados con claridad, consistencia y coherencia.

1.12 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

1.12.1 Técnicas

En la presente investigación las técnicas que nos permitieron obtener la información de carácter relevante para la planificación de la investigación, así como para la recopilación, y selección de los datos, fueron las siguientes:

A. Recopilación documental

Esta técnica de investigación se usó con la finalidad de obtener el material documental adecuado, acorde con la finalidad de nuestro estudio.

B. Análisis comparativo de sistemas jurídicos extranjeros

Esta técnica nos permitió establecer el tratamiento jurídico que se le da a la implementación del sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo. La misma que hizo posible hacer un análisis y comparación con los mismos, a fin de determinar la forma como se regula el presente tema materia de investigación, a fin de sustentar la propuesta legislativa al respecto.

C. Análisis de Contenido

Es una técnica para describir sistemáticamente la forma y el fondo del material escrito o hablado. A través de esta técnica se obtuvo la información relevante respecto al contenido previsto en la normatividad vigente, la jurisprudencia y la doctrina; relacionada con los fundamentos jurídicos que justificarían la implementación de un sistema mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo.

1.12.2 Instrumento

Como instrumento, se recurrió a la libreta de anotaciones.

1.13 Técnica para la contrastación de la hipótesis

En la presente investigación se usó como técnica de contrastación, la argumentación con el objeto de elaborar el discurso jurídico bajo los cuales se construyó la teoría que sustenta la hipótesis planteada.

1.14 Estado de la cuestión

Con la finalidad de encontrar investigaciones vinculadas directamente con el objeto de estudio, se realizó una búsqueda exhaustiva en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria – SUNEDU, verificando que no existe ninguna publicación que sirva de antecedente a la investigación planteada.

Por lo tanto, consideramos que el presente estudio constituye un enfoque nuevo en el ámbito académico nacional.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 La seguridad social

La seguridad social surge en el siglo XX, como un concepto confuso con el de seguro social; siendo Alemania el primer país en el mundo en generar un programa de seguro social, con la finalidad de cubrir ciertos riesgos y contingencias sociales. (Pérez y Calderón, 2012). Este seguro social fue diseñado por el canciller alemán Otto Von Bismarck, a través de una propuesta legislativa, con la que se buscaba la protección al trabajador frente a cualquier enfermedad y las contingencias de la maternidad.

Al respecto la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2009), considera que este seguro dio a los alemanes un completo sistema de seguridad de los ingresos basado en los principios de la seguridad social, al combinarse el programa de indemnización a los trabajadores de 1884 con el seguro de enfermedad promulgado un año antes.

Alemania fue la fuente inspiradora del seguro social, que luego fue surgiendo en diversos países. Así en el año 1938, Nueva Zelandia promulga la ley de la seguridad social, superando el concepto tradicional de seguro social.

En el año de 1941, en la “Carta del Atlántico”, los países firmantes se comprometieron a mejorar la distribución de la renta global con la finalidad de elevar la calidad de vida de sus habitantes, especialmente los de bajos recursos económicos. Es así que, en el año de 1942 durante la Primera Guerra Mundial el Gobierno del Reino Unido hizo público el “Plan Beveridge”, llamado así en honor a su autor Lord Beveridge, quién tomando el modelo neozelandés, combina tres modelos básicos como: a) el seguro social para hacer frente a las necesidades básicas, b) asistencia nacional para casos especiales; y, c) seguro voluntario para las adiciones a las provisiones básicas.

En 1944, en la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo, se convoca a los Estados miembros a ampliar las medidas de seguridad social, para lograr la mayor protección posible de los riesgos. Especialmente, en aquellas situaciones que involucre a la infancia, la maternidad, así como mejorar los niveles adecuados de alimentación, vivienda, recreación y cultura.

En 1946, Pierre Laroque, funcionario francés, mediante su “Plan de seguridad social”, extiende la protección social por parte del Estado a toda la población.

En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagrando en su artículo 22, el derecho de toda persona a la seguridad social y el deber del Estado de garantizarla; a fin de satisfacer los derechos sociales, económicos y culturales que permitan el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de su personalidad.

Históricamente en nuestro país encontramos indicios de regulación gradual de la seguridad social en pensiones en la ley del 6 de mayo de 1830, denominada “Reglamento previsional de retiros, de inválidos y premios para el Ejército y la Armada Nacional”, que fue dada en el gobierno del mariscal Agustín Gamarra, la cual otorgó pensiones de retiro y pensiones de invalidez para los incapacitados, que participaron en la Guerra de la Independencia.

El 16 de enero de 1850, se dio la “Ley del Montepío Militar”, la cual otorgaba una pensión económica de sobrevivencia para los familiares del personal del Ejército y la Marina de Guerra, el 22 de enero del mismo año, se da la Ley general de jubilación, cesantía y montepío, conocida como “Ley de Goces”, que brindó protección a los funcionarios públicos en general incluyendo a los miembros de las Fuerzas armadas.

Hacia el año de 1910, el presidente Leguía promulga el Reglamento de Pensiones Militares, el mismo que regulaba prestaciones de retiro, invalidez y montepío.

La Ley N.º 6183, dictada el 23 de abril de 1928, reconoce el derecho a pensiones de retiro, invalidez y montepío, del personal de la Guardia civil, Seguridad y Vigilancia.

En la Constitución Política del año 1933, en su artículo 48, se regula la creación de un régimen previsional a efectos de hacer frente a las consecuencias económicas producidas por la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte.

En el año de 1935, la Ley N.º 8154, otorga derechos de pensiones, invalidez y montepío a los miembros del cuerpo de investigaciones de la Guardia Civil.

Mediante la Ley N.º 8435 del 24 de diciembre de 1936, se amplían los beneficios de jubilación, cesantía y montepío a todos los funcionarios, los profesionales y los empleados que hubieren prestado o que presten servicios al Estado, en los diversos sectores de la administración pública, Tribunal Marítimo y de todas las demás dependencias fiscales.

En el año de 1946 mediante la Ley N.º 10624, se establece la obligatoriedad de las entidades bancarias, comerciales, industriales, agrícolas y mineras que contaran con determinado capital de jubilar a sus empleados.

La Ley N.º 17262 crea el “Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares”, que rige para los beneficios de jubilación de los empleados comprendidos en la Ley N.º 10624.

Mediante Ley N.º 13724 “Ley del Seguro Social del Empleado” promulgada el 18 de noviembre de 1971, se unifica el régimen pensionario de los empleados particulares y públicos y se crea la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado.

El 24 de abril del año 1973, se promulga el Decreto Ley N.º 19990, a través del cual se crea el Sistema Nacional de Pensiones, como un régimen público, de reparto, buscando consolidar las pensiones de los trabajadores públicos y particulares, dependientes e independientes, en un solo cuerpo normativo (Abanto Revilla, 2015)

El 24 de febrero de 1974, se da el Decreto Ley N.º 20530, con el objeto de otorgar pensiones a aquellos servidores públicos que no estuvieran comprendidos en el Decreto Ley N.º 19990, que regula el régimen del Sistema Nacional de Pensiones.

En la Constitución Política del Perú del año 1979, se regula en su artículo 12 y 13 el derecho a la seguridad social de naturaleza progresiva, estableciendo la cobertura de riesgos derivados de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidentes, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquier otra contingencia.

En el año de 1992, mediante Ley N.º 25897, se crea el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones (SPP), vigente hasta la actualidad, como un sistema paralelo al Sistema Nacional de Pensiones, a efectos de poder hacer frente al pago de pensiones; toda vez, que el Sistema Nacional de Pensiones atravesaba por problemas de financiación. Ese mismo año, mediante Ley N.º 25967 se crea la Oficina de Normalización Previsional (ONP), encargada de velar por las prestaciones pensionarias.

Como se puede analizar, la seguridad social en países a nivel mundial, así como en el nuestro se ha ido desarrollando gradualmente, brindando una protección prioritaria a las prestaciones de salud y pensiones, esta protección en sus inicios se dio a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, para luego ir ampliándose a los funcionarios públicos y a los obreros. Actualmente el sistema previsional brinda cobertura a trabajadores del ámbito privado e incluso a trabajadores independientes que de manera voluntaria deciden afiliarse.

El gobierno de Ollanta Humala, en el año 2011 amplió la protección de la seguridad social, a efectos de proteger a aquellos adultos mayores de 65 años y que viven en extrema pobreza, con la finalidad de atenuar la vulnerabilidad de sus ingresos, a través del programa “Pensión 65”, el cual se define como un régimen no contributivo.

Las primeras leyes que se dieron sobre seguridad social, tuvieron que ver con el aseguramiento de la salud, las cuales protegían aquellas contingencias o riesgos más urgentes que tenían que ver con la maternidad, la enfermedad, lesiones generadas durante el trabajo, entre otras.

Luego de ello, las normas se fueron perfeccionando con la finalidad de dotar de un verdadero sistema de seguridad social, ampliándose las prestaciones a la maternidad, enfermedad, accidentes de trabajo, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones familiares, prestaciones de invalidez y hasta prestaciones de sobrevivencia.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1991), definió a la seguridad social como:

La protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.

Monereo Pérez (2001), considera que “Es la seguridad social, la síntesis de múltiples esfuerzos en vistas de corregir las consecuencias de los mecanismos económicos para adoptar los recursos de los individuos y de sus familias a sus necesidades teniendo en cuenta las circunstancias cambiantes de todo tipo” (González Hunt, 2009), la misma que “(...) se manifiesta a través de diversas prestaciones (sanitarias, pensiones, subsidios, entre otras.)” (Abanto Revilla, 2014, p.19).

El Tribunal Constitucional peruano, ha expresado que la seguridad social aparece como “la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado, y que posibilita la existencia de este derecho”⁴, “(.) que comprende un

⁴ Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente 2945-2003-AA/TC, fundamento 11

sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, cuyo propósito es de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad” (...)⁵.

Olea y Plaza (2001 citado por Gonzáles Hunt, 2009), establece que:

La seguridad social cubre las contingencias y sobre todo trata de necesidades cambiantes, pues cada período histórico tiene un ideal de cobertura al que se aproxima el sistema de cada país, habiendo sido tendencia moderna- cuando menor desde comienzos del siglo XX – la ampliación de los riesgos cubiertos. (p. 584)

2.2 Marco normativo

El derecho a la seguridad social encuentra su reconocimiento en los tratados internacionales de Derechos Humanos; así en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce a la seguridad social como un derecho inherente al ser humano y la obligación que tienen los Estados para adoptar medidas necesarias e incluso legislativas, a efectos de adoptar mecanismos que permitan maximizar los recursos necesarios para lograr de manera progresiva la plena efectividad y satisfacción de los derechos, económicos, sociales y culturales; que les garantice el pleno goce de sus derechos a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Por otro lado, en los Convenios y Recomendaciones de la OIT, específicamente en la conferencia de junio del 2001 sobre temas de seguridad social, se tuvo por objeto la definición de una concepción de seguridad social, basada en el respeto a los derechos fundamentales.

⁵ Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N° 001-2002-AI/TC, fundamento 14

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional, el derecho a la seguridad social se encuentra prevista en los artículos 10 y 11, estableciéndose como un derecho universal y progresivo inherente a toda persona, la misma que tiene como finalidad no solo otorgar a la persona un monto en dinero a fin de hacer frente a alguna contingencia que se presente durante la vida laboral, sino también está destinada a un fin mayor como es velar por el bienestar general; es decir, es el medio fundamental que permita elevar la calidad de vida de las personas.

Se reconoce el derecho que posee cada trabajador de gozar de la seguridad social durante su actividad laboral y aún después de su jubilación, permitiendo que el mismo se haga efectivo; a través de sistemas previsionales públicos, privados o mixtos.

Y a nivel legal, se han dado las siguientes disposiciones normativas:

Decreto Legislativo N.º 19846 Ley de régimen de pensiones del personal Militar y Policial.

Decreto Ley N.º 19990 Ley de creación del Sistema Nacional de Pensiones.

Decreto Ley N.º 20530 Ley de creación del régimen de pensiones a cargo del Estado.

Decreto Supremo N.º 054-97-EF. Texto único ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración del Fondo de Pensiones.

Ley N.º 26835 Establece que la Oficina de Normalización Previsional (ONP), es la entidad competente para reconocer y declarar pensiones derivadas de derechos pensionarios, legalmente obtenidos al amparo de Decreto Ley N.º 20530.

Decreto Supremo N.º 004-98-EF. Reglamento texto único ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

Decreto Supremo N.º 004-98-EF. Reglamento texto único ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

Ley N.º 27252. Establece derecho de jubilación anticipada para afiliados al Sistema Nacional de Pensiones que realizan labores de riesgo para la vida o la salud.

Decreto Supremo N.º 003-2000-EF Disposiciones tributarias sobre pago, recaudación y control de contribuciones administradas por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y ESSALUD.

Decreto N.º Ley 25897 Ley del Sistema Nacional de Pensiones.

Decreto Supremo N.º 018-2000-EF. Modifica el Reglamento Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

Resolución Jefatural N.º 047-2000-Jefatura-ONP. Procedimiento de Inscripción al Régimen facultativo del Sistema Nacional de Pensiones.

Decreto de Urgencia N.º 029-2000. Modifica artículo del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Ley N.º 27617. Ley que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N.º 19990 y modifica el Decreto Ley N.º 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Ley N.º 27719. Ley de reconocimiento, declaración y calificación de los derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del Decreto Ley N.º 20530 y sus normas modificatorias y complementarias.

Ley N.º 28449. Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 20530.

Ley N.º 30082. Ley que modifica la Ley N.º 29903, Ley de reforma del Sistema Nacional de Pensiones, y el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Ley N.º 30003. Ley que regula el régimen especial para los trabajadores y pensionistas pesqueros.

Decreto Supremo N.º 009-2019-EF, del 19 de enero de 2019, que dispone el reajuste de pensiones del régimen del Decreto Ley N.º 20530 y autorizan transferencia de partidas.

Decreto Supremo N.º 139-2019-EF, del 2 de mayo de 2019, que dispone el reajuste del monto de las pensiones establecidas en el régimen del Decreto Ley N.º 19990.

Ley N.º 30939, que establece El régimen especial de jubilación anticipada para desempleados en el Sistema Nacional de Pensiones.

2.3 Principios de la seguridad social

Los principios de la seguridad social vinculan al poder político del Estado, a efectos de dotar a la población de manera universal y progresiva de un sistema de pensiones (público, privado o mixto), que sea justo, equilibrado y solidario.

Principio de universalidad: La seguridad social se convierte en un derecho fundamental y universal que incorpora a todas las personas, frente a todos los riesgos o contingencias, independientemente de su condición personal y social.

Principio de solidaridad y redistribución del ingreso: Se basa en la contribución económica que debe hacer toda persona de acuerdo a sus posibilidades para el financiamiento del sistema de protección, recibiendo de acuerdo a sus necesidades. La redistribución que se hace del ingreso se da a través de la transferencia entre generaciones.

Suficiencia de las prestaciones: Las prestaciones que presta la seguridad social, según Beveridge (1942) “deben ofrecer seguridad en materia de ingresos y permitir que los asegurados atiendan sus necesidades básicas” (citado por Arenas de Meza, 2019, p. 34).

Principio de unidad: Busca que exista congruencia en la gestión de las entidades económicas, administrativas, jurídicas que velan por la administración del sistema de seguridad social, a efectos de garantizar eficiencia en las mismas.

Principio de internacionalidad: Este principio protege al trabajador que se traslada de un país a otro, a efectos que los derechos ganados durante su vida laboral, sean reconocidos donde se encuentre. Busca igualar los derechos entre nacionales y extranjeros.

Principio de pluralismo: Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2011), se refiere a que existen distintos medios, instrumentos y prestaciones para alcanzar los objetivos de la seguridad social.

Participación en la gestión: Busca que los distintos grupos beneficiarios de las prestaciones de la seguridad social se encuentren inmersos en la gestión del sistema.

Debe tomarse en cuenta que Beveridge (1942) agregó a la clasificación de principios que hace la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el principio de clasificación, según el cual las prestaciones debían ajustarse conforme a las distintas circunstancias (citado por Arenas de Meza, 2019).

2.4 Sistemas previsionales en el Perú

El Instituto Peruano de Economía (IPE, 2004) sostiene que, el sistema previsional es el conjunto de mecanismos que un gobierno dispone con el fin de que la población ahorre de manera forzosa para su vejez, cuando su capacidad de generar ingresos disminuye.

Un sistema previsional debe ser equitativo y eficiente para garantizar la seguridad financiera y el bienestar del adulto mayor, tal como lo establece la Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, acordada por los países miembros de las Naciones Unidas en 2002 (Cruz-Saco, Mendoza y Seminario, 2014).

En la actualidad nuestro país cuenta con dos sistemas de pensiones mutuamente excluyentes o paralelos, tales como: El Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones.

2.4.1 Sistema Nacional de Pensiones Decreto Ley N.º 19990

Fue promulgado el 24 de abril de 1973, durante el gobierno de Juan Velasco Alvarado y rigió desde el 01 de mayo de 1973, luego fue modificado por la Ley N.º 20604; como un sistema de reparto a cargo del Estado con un fondo común, de carácter solidario, administrado inicialmente por el Seguro Social del Perú, luego asumió la administración de las prestaciones de salud y pensiones el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), actualmente se encuentra administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

En sus inicios estuvo conformado por la Caja Nacional del Seguro Social Obrero (Ley N.º 13640) y la Caja del Seguro Social del Empleado (Ley N.º 13724), este sistema unió a obreros y empleados.

Actualmente beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada a empleadores privados (Ley N.º 4916, Ley que modifica el artículo 293 del Código de Comercio, Decreto Legislativo N.º 728 (Ley de Productividad y Competitividad Laboral), a los obreros (Ley N.º 8433) y a los funcionarios y servidores públicos bajo el régimen de la actividad pública

(Decreto Legislativo N.º 276) no incorporados al régimen del Decreto Ley N.º 20530, los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares, los trabajadores al servicio del hogar, los trabajadores artistas; y, de manera facultativa, a las personas que realicen actividad económica independiente y los asegurados obligatorios que cesen de prestar servicios y que opten por la continuidad facultativa.

Según la Defensoría del Pueblo (2004), este sistema se fundamenta bajo el principio de solidaridad, razón por la cual las personas que aportaron más al sistema verán reducidas sus pensiones a favor de quienes aportaron menos.

Para obtener el derecho a una pensión de jubilación por este sistema, se deben cumplir con dos requisitos referidos a período de aporte (20 años mínimo) y edad de jubilación mínima (65 años); pudiéndose jubilar de manera anticipada (50 años las mujeres y 55 los varones), siempre y cuando hayan aportado 25 y 30 años, respectivamente.

El monto máximo que se obtiene de la pensión de jubilación asciende a S/. 893.00 y el monto mínimo de S/. 500.00 soles.

Así también, este sistema cubre las contingencias de: a) Invalidez, cuando el trabajador vea reducida su capacidad para trabajar y generar una remuneración que le permita satisfacer sus necesidades vitales, ante la incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente que le impida desarrollar normalmente sus actividades laborales.; b) Viudez, en el caso de los afiliados hombres beneficiarios de una pensión, la viuda tiene derecho a percibir dicha prestación. En el caso de las afiliadas mujeres, el cónyuge tiene tal derecho sólo cuando presenta condición de invalidez o tiene más de 60 años. Adicionalmente, el cónyuge debe haber dependido económicamente de la

pensionista; c) Orfandad, derecho que le asiste a los hijos menores de 18 años de edad y hasta que culminen sus estudios de nivel básico o superior en forma ininterrumpida, además de los hijos mayores de edad incapacitados para el trabajo; y, por último, d) Pensión de ascendencia, tienen derecho el padre o la madre que a la fecha del cese del asegurado se encuentre en situación de invalidez o tenga 60 años (padre) o 55 años o más de edad (madre), haber dependido económicamente del causante, no percibir rentas superiores al monto de la pensión que le pudiera corresponder; y, exista saldo disponible de la pensión del causante, deducidas las pensiones de viudez y/o orfandad.

2.4.2 Sistema Nacional de Pensiones - Decreto Ley N.º 20530

Este Decreto Ley fue dado el 26 de febrero de 1974, con la finalidad de establecer un régimen aplicable a los pensionistas a cargo del Estado en favores de los trabajadores civiles del Sector Público Nacional “no comprendidos en el Decreto Ley N.º 19990. Regula exclusivamente a los servidores y funcionarios que hubieran ingresado a prestar servicios al Estado antes del 11 de Julio de 1962, constituyendo un régimen cerrado para estos trabajadores.

Luego de la entrada en vigencia de la octava disposición general y transitoria de la Constitución Política de 1979, la cual establecía la nivelación progresiva de las pensiones sujetas al régimen del Decreto Ley N.º 20530, en el entendido de que se trataba de un régimen cerrado; se reapertura el régimen, permitiendo nuevas reincorporaciones, las mismas que dieron lugar a nulidades posteriores por contravenir las disposiciones del mismo decreto.

Actualmente se encuentran en la calidad de pensionistas, los pensionistas que cumplieron con todos los requisitos de las leyes vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente, los trabajadores sujetos al Decreto Ley N.º 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación constitucional, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión, los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en ley en el momento del fallecimiento del causante; y, los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos que ya habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.

Bajo este régimen, se establece el tope pensionario de 2 unidades impositivas tributarias, reduciéndose progresivamente las pensiones mayores, a razón de 18% al año hasta alcanzar el tope.

Las pensiones que otorga son: a) Pensión de cesantía: Esta pensión es otorgada cuando el trabajador alcanza 15 años de servicio (hombres) y 12 ½ (mujeres) y que hayan laborado un ciclo máximo, de 30 años (hombres) y 25 años (mujeres), b) Pensión de invalidez: Se otorga al trabajador que como consecuencia de sus funciones o en cumplimiento de órdenes recibidas se invalida, obteniendo una pensión igual al monto de las remuneraciones pensionables que percibiría al invalidarse, cualquiera que fuera el tiempo de servicios prestados, c) Pensión de sobrevivientes, esta pensión contiene la pensión de viudez, orfandad y descendientes. La pensión de ascendientes se otorga cuando no exista titular con derecho a pensión u orfandad.

2.4.3 Problemática del Sistema Nacional de Pensiones

Según el Informe defensorial N.º 85 de la Defensoría del Pueblo (2004) respecto a la situación que atraviesan los sistemas pensionarios públicos de los Decretos Ley N.º 19990 y N.º 20530, señala que, en cuanto a su financiamiento los recursos provenientes de las aportaciones de los afiliados que tienen que ver con el rendimiento del fondo previsional, con el tiempo hacen insostenible el sistema, al ser cada vez más insuficientes para cubrir el costo de las prestaciones otorgadas por éstos.

Asimismo, refiere que este desequilibrio financiero del sistema, se debe a la ausencia de estudios actuariales adecuados que consideren las variaciones demográficas, los altos índices de morosidad en las aportaciones, así como al uso indebido por parte del Estado de los recursos de la seguridad social. Destinándose por ello, mayores recursos del tesoro público para financiar el equilibrio del sistema.

En este mismo sentido se ha pronunciado El Instituto Peruano de Economía (IPE, 2019), al declarar que uno de los principales problemas del sistema público de pensiones, es la insostenibilidad debido a que, los aportes de los afiliados son insuficientes para cubrir las pensiones de los jubilados, por lo que son necesarios subsidios por parte del Estado. Considera que este problema se llegue a agravar con el transcurso del tiempo, debido a la disminución del número de nacimientos y la mayor esperanza de vida que acompaña al desarrollo del país.

Este problema se ha venido agravando debido a que, desde que se creó el Sistema Privado de Pensiones, una enorme proporción de afiliados al este

sistema se trasladó a aquél, reduciéndose no el número de jubilados sino el número de aportantes que permitían la sostenibilidad del sistema de pensiones. Otro de los problemas por los que atraviesa el Sistema Nacional de Pensiones, según un diagnóstico realizado en el año 2018, es referente a un sinnúmero de procesos judiciales por los que atraviesa actualmente la Oficina de Normalización Previsional, los mismos que vienen generando gastos en estudio de abogados ascendente a 16,7 millones de soles, los motivos de esas demandas, son por: negativa de pensión (por no cumplir con los veinte años de aporte) e incremento de montos pensionables.

Según Diego Macera, gerente general de Instituto Peruano de Economía (IPE, 2018), En la última década, los aportes de los afiliados a la Oficina de Normalización Previsional, aumentaron 186%, mientras que el número de afiliados se duplicó y la pensión promedio sólo creció 10, 5%.

Las declaraciones vertidas por el presidente de la asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones, así como el ministro de Economía y Finanzas y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), refieren que el Sistema Nacional de Pensiones (ONP), sólo podrá cubrir al 40% de los trabajadores y menos del 20% de la población mayor de 65 años podrá acceder a una pensión (Abanto Revilla, 2014).

Por otro lado, una de las grandes críticas que se le hace al sistema previsional de pensiones a través de la Oficina Nacional de Previsiones (ONP), es el requisito obligatorio de aportar por lo menos veinte años para recibir una pensión, generando una gran desprotección a aquellas personas que por razones diversas no llegar a completar el período requerido.

2.4.4 Sistema Privado de Pensiones

El Sistema Privado de Pensiones se creó como alternativa a los regímenes de pensiones administrados por el Estado (Sistema Nacional de Pensiones), el 6 de diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley N.º 25897.

Es un régimen administrado por entidades privadas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales velan por los fondos de los afiliados a través de las cuentas individuales de capitalización (CIC), el que servirá para el pago de su pensión de jubilación cuando cumplan los 65 años.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), son supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

Pueden afiliarse a este sistema, tanto trabajadores independientes como dependientes, peruanos que laboren en el extranjero definitiva o temporalmente, los mismos que se deberán afiliar como independientes; extranjeros que laboran en el Perú; socios trabajadores de cooperativas de trabajadores.

Realizando un aporte obligatorio de 10% de su remuneración asegurable, destinado a la cuenta individual de capitalización de propiedad del afiliado, más una prima por seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, así como un porcentaje por comisión (por flujo y mixta) por administración del fondo.

Obteniendo por ello prestaciones como: a) Pensión de jubilación, que la obtendrá a partir de los 65 años. También se puede solicitar después de cumplir los 65 años. Pudiendo también acceder a una pensión de jubilación anticipada,

en caso de desempleo, cuando se ha cumplido con los siguientes requisitos: i) Edad: 50 años en caso de mujeres y 55 de valores, ii) Que la situación de desempleo sea por 12 meses consecutivos o más, iii) Que la persona demuestre haber percibir ingresos anuales menores o igual al valor equivalente a 4 unidades impositivas tributarias (UIT 29,400), en los últimos doce meses.

Asimismo, mediante este sistema se cubren las siguientes contingencias: a) Invalidez: Tienen derecho los trabajadores afiliados que queden en condición de invalidez, total o parcial, no originada por accidente de trabajo, por acto voluntario, enfermedad profesional, por el uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes o por pre existencias, siempre que no estén gozando de pensión de jubilación; b) Sobrevivencia: Se otorga a los beneficiarios del afiliado no jubilado siempre que su muerte no haya sido causada por accidente de trabajo, enfermedad profesional, por el uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes o por pre- existencias; y, c) Gastos de sepelio: Se genera exclusivamente para los trabajadores afiliados comprendidos en las condiciones de la cobertura del seguro al momento del fallecimiento.

2.4.5 Problemática del Sistema Nacional de Pensiones

Este sistema no ha logrado una cobertura amplia, al depender del trabajador laboral formal que no se expandió a la mayoría de la población, sin poder atraer a los sectores informales de la economía.

Carece de solidaridad intergeneracional, las comisiones que se cobran resultan siendo muy altas en relación con otros países de Sudamérica.

Existe problemas por parte de los empleadores, los mismos que a pesar de hacer el respectivo descuento a los trabajadores a través de planillas, éstas no hicieron las transferencias, por lo que, según la presidenta de la Asociación de AFP, Giovanna Priale, dos millones doscientos mil afiliados a la AFP y ONP, tendrán problemas para acceder a una pensión.

Según la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la pensión promedio de jubilación es de S/1.037 Soles, porque a pesar del alto número de aportantes, el correspondiente a cotizantes es mucho menor, es decir, los trabajadores que efectivamente aportan mes a mes no superan los 3 millones, con lo cual su pensión de jubilación tiende a ser baja, el número de cotizantes apenas alcanza el 18,1% de la Población Económicamente Activa (PEA).

Asimismo, la entrada en vigencia de la ley que permite el retiro de hasta el 95,5% del fondo de pensiones, llevó a que muchas personas se acojan al Régimen de jubilación anticipada (REJA) al encontrarse desempleados por un año y con ello disminuyeron la edad efectiva de jubilación a 59 años. (Peñaranda Castañeda, 2019)

2.5 El sistema previsional mixto

2.5.1 Definición

El modelo mixto combina el pilar uno y dos según el modelo multipilar propuesto por el Banco Mundial en 1994. En este modelo subsisten los sistemas de administración pública, funcionando para brindar una pensión básica; mientras que el régimen de capitalización individual ofrece una pensión complementaria.

En el caso de América Latina, las pensiones de estos sistemas previsionales provienen principalmente del sistema público de reparto y se complementan con el sistema de capitalización individual. La característica básica es que la administración del sistema es múltiple, es decir, que puede ser público o privado. (Arenas de Meza, 2019)

2.5.2 El sistema mixto en el Derecho comparado

A. Tratamiento legislativo del sistema mixto en Uruguay

El sistema previsional vigente en el Uruguay fue creado mediante la Ley N.º 16.713 del 3 de setiembre de 1995. Es un sistema mixto conformado por las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional y el Banco de Previsión Social.

El actual sistema mixto del tipo multipilar en Uruguay, está conformado por un sistema público contributivo de prestaciones definidas; un sistema de ahorro individual obligatorio de contribuciones definidas y prestaciones derivadas en el cual se integran el régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional (público de reparto) con el régimen de ahorro individual (privado), las personas además pueden realizar aportes voluntarios al régimen de ahorro voluntario.

El monto de aportes que el trabajador destina a cada régimen (público o de capitalización) depende del tramo de renta donde se ubique y de la opción escogida: El trabajador que se afilia a una Administradora de Fondo Previsional (AFAP), no deja de pertenecer al Banco de Previsión Social. Las prestaciones (jubilaciones, pensiones, subsidios, etc.) que brinda la AFAP

complementa a las que se reciban por el régimen de solidaridad intergeneracional administrado por el BPS.

Para pertenecer al sistema público de reparto se debe tomó en cuenta la edad, así los mayores de 40 años permanecen en el sistema de reparto y los menores de 40 ingresan al sistema mixto. La forma como cotizan se hace en función de los ingresos de los asegurados, los trabajadores de bajos ingresos cotizan al sistema de reparto, optando en algunos casos por cotizar una parte de sus remuneraciones en el esquema de capitalización individual. Y los trabajadores de ingresos altos deben aportar tanto al sistema de reparto como al de capitalización. (Arenas de Meza, 2019)

Al ser un sistema mixto complementario, los afiliados al régimen de capitalización individual tienen derecho, tanto a las prestaciones financiadas por el régimen de reparto, como a las prestaciones financiadas con el saldo de su cuenta de capitalización individual: la pensión por jubilación común, la pensión de jubilación por edad avanzada, la pensión por invalidez y la pensión por supervivencia.

El Estado garantiza a los afiliados al régimen de capitalización individual la rentabilidad mínima, si la administradora no la pudiera cubrir y el pago de las prestaciones previstas por el sistema de reparto.

B. Tratamiento legislativo del sistema mixto en Costa Rica

Desde el año 2000 por “Ley de Protección al Trabajador” Ley N.º 7983, se modifica el sistema nacional de pensiones creándose un sistema denominado multipilar.

Los asegurados participan obligatoriamente en el sistema público de reparto (o de capitalización parcial colectiva) y en el sistema de capitalización

individual, que entrega una pensión complementaria y es administrado por entidades públicas y privada. (Arenas de Meza, 2019)

En el pilar complementario, el financiamiento está en función del aporte en 1% que hace el trabajador y el 3,25% por parte del empleador del salario del afiliado. En este caso, la población neta es la gente asalariada y la prestación está en función de la calidad o la cantidad de aportes y el esfuerzo de ahorro que cada uno hace al sistema; es decir, cuanto mayor sea el aporte del afiliado y mayor sea la cantidad de tiempo dentro del sistema cotizando activamente, mayor será la prestación que recibirá al momento del retiro.

C. Tratamiento legislativo del sistema mixto en Nueva Zelanda

El modelo mixto de pensiones en Nueva Zelanda, rige desde el año 2007 y se basa en un sistema de carácter universal, que incluye a todas las personas en edad de jubilar, que financia con impuestos generales y mediante un sistema de ahorro voluntario subsidiado por el Estado de carácter complementario (*KiwiSaver*) que se financia con aportes del empleador y de los trabajadores, e incluye incentivos estatales, como el aporte por parte del Estado de \$1.000 dólares neozelandeses, en el momento que el trabajador ingresa al sistema.

El trabajador elige un proveedor denominado *KiwiSaver*, realizando contribuciones mensuales, que van desde el 3%, 4% u 8% del salario, sumándose el aporte obligatorio por parte del empleador del 2% del salario bruto cada mes.

Una vez que el trabajador cumple 65 años, si su estado civil es soltero, al año 2013, recibía una pensión ascendente a la suma de U\$18,954 brutos anuales y si es casado US\$ 14.228 brutos.

D. Tratamiento legislativo del sistema mixto en Holanda

Es uno de los sistemas previsionales mejor evaluados y se basa en dos pilares: El primero corresponde a una pensión pública básica con una cuantía similar al salario mínimo interprofesional del país (cerca de \$1.400 euros mensuales).

Es accesible para todos los trabajadores, pero nunca antes de los 65 años (67 años desde 2021). El segundo pilar es de carácter voluntario y de naturaleza privada, a través de entidades financieras que ofrecen planes de pensiones.

E. Tratamiento legislativo del sistema mixto en Suecia

El modelo de pensiones en Suecia es también de carácter mixto, se estructura en base a una cuenta virtual que recoge los aportes de cada cotizante y los rendimientos "ficticios" que genera. A ella se destina el 16% de los ingresos mensuales de los trabajadores. Además, un 2,5% adicional se entrega a un fondo de capitalización elegido por el trabajador y que es gestionado por entidades privadas. Hombres y mujeres pueden jubilarse a los 65 años.

CAPITULO III

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN EN EL ESTADO

CONSTITUCIONAL DE DERECHO

3.1 La constitucionalización del Derecho

“El actual proceso de constitucionalización del derecho hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del Estado de derecho, basado en el principio de legalidad y del rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico” (Landa Arroyo, 2018, p. 27).

Lo novedoso de la fórmula del Estado constitucional es que la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. (Zagrebelsky, 2008)

El Estado se encuentra constitucionalizado cuando está impregnado por las normas constitucionales, la Constitución es extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar la legislación, jurisprudencia, actores políticos y relaciones sociales. (Guastini, 2003). Y dentro de su configuración se dan las siguientes condiciones de constitucionalización: a) Rigidez constitucional, si es escrita y rígida, supra ordenada a la legislación ordinaria; b) La garantía jurisdiccional de la Constitución, exige algún tipo de control sobre la conformidad de las leyes a la Constitución; c) la fuerza vinculante de la Constitución, toda norma constitucional, es una norma jurídica genuina, vinculante y jurídicamente eficaces para producir efectos jurídicos; d) La sobre interpretación de la Constitución, permite obtener del texto constitucional normas idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política cuando

existan vacíos constitucionales; e) La aplicación directa de las normas constitucionales, las normas constitucionales son de aplicación directa en sede jurisdiccional, cuando se suscitan controversias entre los individuos y el poder político y también entre particulares; f) La interpretación conforme de las leyes, es aquella que armoniza la ley a la constitución; g) La influencia de la constitucionalización en las relaciones políticas, depende de diferentes elementos como: el contenido de la constitución, la actitud de los jueces, de los órganos jurisdiccionales y los actores políticos.(Guastini, 2018)

Dentro de esta concepción de Estado Constitucional de Derecho se pueden establecer las siguientes características: 1) Aceptación de la Constitución como norma jurídica suprema y fuente principal de derecho y de los derechos, nuestro Tribunal Constitucional considera que “la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en dos vertientes: una objetiva, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, prevaleciendo sobre toda norma legal; y una subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos ni la de la colectividad en general puede desvincularse de los contenidos de la Constitución⁶. Asimismo, La fuerza normativa de la Constitución implica a su vez: i) una fuerza activa, entendida como aquella capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, derogando expresa o implícitamente aquellas normas jurídicas infraconstitucionales que resulten incompatibles con ella; y ii) una fuerza pasiva, entendida como aquella capacidad de resistencia frente a normas infraconstitucionales que pretendan contravenir sus contenidos⁷; 2) La existencia de una jurisdicción constitucional, alude al órgano o conjunto de órganos estatales encargados de administrar justicia

⁶ Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N.º 0005 – 2007 - PI/TC.

⁷ Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N.º 00047-2004-AI.

vinculante, en materia constitucional; y, 3) El reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, el reconocimiento de los principios y valores y la sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución, la Constitución tiene a través de los principios, valores y normas que declara un proyecto de vida comunitaria que se debe asegurar en su proclamación y goce teniendo los derechos fundamentales de la persona, en ese contexto, particular importancia; 4) la relación entre gobernantes y gobernados y todo el funcionamiento de la organización estatal se rige por la Constitución (...). (García Toma, s.f., párr.1)

3.2 Teoría constitucional de los derechos fundamentales

3.2.1 Concepto de derechos fundamentales

Cuando queremos definir el término “derechos fundamentales”, encontramos que las diversas posiciones doctrinarias, utiliza indistintas expresiones, asimilándolas a denominaciones como: derechos humanos, derechos del hombre, libertades públicas, derechos naturales, derechos morales, derechos públicos subjetivos, entre otras.

Estos términos no son expresión de una construcción lingüística, sino que son producto de manifestaciones culturales, históricas o que han surgido de intereses, ideologías, posiciones científicas o filosóficas (Peces-Barba, De Asis Roig y Barranco Avilés, 2004)

El concepto de derechos humanos “supone un conjunto de bienes humanos que le son debido a la persona, cuyo goce y/o adquisición le permite lograr grados de realización en la medida que con ellos logra satisfacer necesidades esenciales (Castillo Córdova, 2013, p. 4)

Entonces, derechos humanos y derechos fundamentales son dos conceptos distintos, así cuando se habla de derechos humanos se hace referencia a aquellos derechos de las personas que han sido recogidos en instrumentos internacionales sobre derechos (Castillo Córdova, 2005). En tanto que el concepto de derechos fundamentales alude a aquellos derechos humanos que han sido recogidos en el ordenamiento interno a través de sus constituciones, y que gozan de tutela reforzada (Pérez Luño, 2005).

Los derechos fundamentales también se conceptualizan como derechos subjetivos, entendido esto como expectativas positivas (de prestaciones) o negativas de (no sufrir lesiones), que corresponden universalmente a todos los seres humanos en razón de su condición de tal, por habersele reconocido su titularidad en un ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 2001).

Los derechos fundamentales son para Alexy (1998) desde el punto de vista formal, todo el catálogo de derechos reconocidos en la norma constitucional, desde el punto de vista material, solo son derechos fundamentales los que le corresponden al individuo como titular (sujeto activo), teniendo el Estado (sujeto pasivo) obligación abstenerse de intervenir en la esfera privada de los individuos (objeto); y, desde el punto de vista del procedimiento, determinan quién es competente y cuál es el procedimiento a seguir para decidir sobre un derecho fundamental.

Por otro lado, este mismo autor considera que los derechos fundamentales como normas principio, actúan como mandatos de optimización, las cuales deben ser cumplidos en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas que se dan en la realidad; que a diferencia de las normas reglas, contienen determinaciones en el ámbito de los fáctico y jurídicamente

posible. Este mandato de optimización no es definitivo, sino prima facie, es decir que, adquieren el carácter de definitivo, cuando analizadas todas las circunstancias, se establece la medida o el grado de su satisfacción, pero para ello, debe recurrirse a la aplicación del test de proporcionalidad.

Los derechos fundamentales, son derechos humanos positivizados, que encuentran su base y fundamento en el principio – derecho a la dignidad humana y en los principios de igualdad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, los mismos que se encuentran consagrados en la norma constitucional. Se puede decir que un comportamiento contrario a los derechos supone tratar al titular como un mero medio.

3.2.2 Estructura de los derechos fundamentales

La expresión “derecho fundamental”, puede hacerse bajo tres acepciones: a) disposición de derecho fundamental, b) normas de derecho fundamental y, c) posiciones de derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional en el caso Anicama Hernandez⁸, siguiendo la teoría de los derechos y posiciones de derechos, formulada en la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, distingue entre disposiciones, normas y posiciones.

En cuanto a las disposiciones, éstas se configuran como enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona.

Por otro lado, las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones; y, por último, las posiciones, se

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 1417-2005-A/TC fundamento 23

definen como exigencias concretas al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, que se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

En la misma sentencia⁹ citando a Bernal Pulido, el Tribunal Constitucional refiere que las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que presentan una estructura tríadica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto.

El objeto está referido a una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo.

También considera que, las posiciones de derechos fundamentales son los derechos fundamentales en sentido estricto.

3.2.3 Doble naturaleza de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, poseen una dimensión subjetiva, referida a las facultades que el derecho le atribuye a todo ser humano y que exige la no intervención del Estado, a efectos de no restringirlos de manera arbitraria, permitiendo su ejercicio legítimo y goce pleno.

Permitiendo que la persona pueda ejercer derechos de defensa, reclamando su protección, en caso sean vulnerados o violentados, ya sea por el poder público o un particular.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 1417-2005-A/TC fundamento 25

Por otro lado, los derechos fundamentales gozan de una dimensión objetiva, es decir, se constituyen en normas objetivas de principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico y que le imponen al Estado el deber de protegerlos y de llevar a cabo medidas positivas a fin de tutelarlos. El Estado se convierte en un ente protector de los principios de la dignidad humana y garante de la libertad.

Según el Tribunal Constitucional español¹⁰, los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito de significación, en cuanto son derechos subjetivos, porque reconocen y garantizan al ciudadano un status jurídico o la libertad; asimismo, al ser elementos esenciales de un ordenamiento jurídico, permiten a los ciudadanos vivir en comunidad y de forma justa y pacífica, dentro de un Estado social y democrático de Derecho, garantizando su eficacia. Por otro lado, son derechos objetivos, porque dan contenido al Estado social y democrático de Derecho, actúan como fundamento de un ordenamiento jurídico y establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado.

3.2.4 Sustento constitucional directo de los derechos fundamentales

Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita e implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección.

La idea de derechos de sustento constitucional directo hacen referencia no sólo a aquellos formalmente consagrados en el texto constitucional, sino además de aquellos derivados de una protección material de los derechos, lo que implica

¹⁰ Sentencia del Tribunal Español STC 25/1981, del 14 de julio, fundamento 15

la inclusión de derechos consagrados en tratados internacionales como a aquellos integrados por vía interpretativa, conforme a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución y los contenidos esenciales de algunos derechos desarrollados por la vía legislativa”¹¹.

Cuando se habla del sustento constitucional directo de un derecho fundamental, no se hace referencia a aquellos derechos reconocidos en la Constitución, sino a aquellos derechos no enumerados (Los reconocidos en el artículo 3 de la Constitución), los cuales no cuentan con una disposición a la que puedan atribuírsele directamente contenido de derecho fundamental.

“Para el caso de los derechos implícitos, el sustento constitucional directo de un derecho no se refiere a la existencia de un enunciado textual que respalde la existencia del derecho, sino a la existencia de normas iusfundamentales con directo arraigo constitucional” (Sosa Sacio, 2009, p. 115).

3.2.5 Derechos fundamentales de configuración legal

La doctrina divide a los derechos fundamentales en “autoaplicativos” o también denominados derechos de configuración constitucional que se entiende como aquellos derechos cuya “configuración está agotada por las normas constitucionales, por lo que no se admite la intervención del legislador.

Estas normas deben ser aplicadas directamente y desplazan el ordenamiento jurídico a otras que pretenden limitarlas o sean contrarias a ellas” (Nogueira Alcalá, 2005, p. 61), estos derechos están relacionados con las libertades más naturales del hombre; y, derechos de configuración legal, los relacionados

¹¹ Sentencia del Tribunal constitucional, expediente N.º 1417-2005-A/TC fundamento 09

generalmente con los derechos fundamentales sociales y de participación política.

Se denominan de configuración legal, porque en su condición de derecho fundamental la habilitación para configurarlo sólo puede recaer en el legislador, es decir el legislador configurará la dimensión subjetiva del derecho fundamental, de forma que éste sólo podrá ejercerse en los términos de la norma legal que la configura, y la lesión de esa legalidad implica también la lesión del derecho fundamental que configura, por ello la mediación del legislador se constituye en el instrumento óptimo para articular los derechos fundamentales; a diferencia de los derechos de configuración constitucional.

3.2.6 Teoría del Estado social

“La teoría del Estado social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone esta vez no de un conjunto de facultades, sino de necesidades básicas. (Bernal Pulido, 2013, p. 391)

Que el Estado sea social, implica el reconocimiento y garantía de los derechos sociales, esto a su vez, dan lugar a reconocer la existencia del hombre en circunstancias concretas, las mismas que pueden ser un obstáculo para su desarrollo pleno; o, en otras palabras, impedir el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. Asimismo, significa la intervención del Estado con el fin de lograr la superación de esos obstáculos para conseguir su pleno desarrollo como persona (Castillo Córdoba, 2020).

En este sentido se pronuncia Peces-Barba Martínez (1978), cuando expresa que (...) no se puede pensar ya en los derechos como triunfos del individualismo, sino que deben concebirse teniendo en cuenta su función de realización del

desarrollo integral de la persona, debiendo los poderes públicos intervenir, para satisfacer las necesidades radicales que son un obstáculo para su desarrollo (...). (citado por De Asís Roig, 2001)

En esta dimensión, los derechos sociales se consideran verdaderos derechos de la persona, que se encuentran en igual categoría con los derechos de libertad y que son necesarios para que los individuos puedan existir y desarrollarse dignamente. Ya que, los derechos sociales representan los fines del Estado a través de los cuales los individuos pueden lograr su plena autodeterminación. Se materializa la libertad cuando su establecimiento y garantías se acompañan de condiciones existenciales mínimas que hagan viable su ejercicio. (Castillo Córdova, 2020)

3.3 Derecho fundamental a la pensión

Dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, no cabe duda que la pensión posee la naturaleza de ser un derecho social de contenido económico¹².

El derecho a la pensión aparece como un derecho fundamental por conexidad. Son derechos fundamentales por conexidad, aquellos que, si bien no hacen parte del capítulo de los derechos fundamentales, adquieren esta condición, cuando su vulneración afecta la vida o la posibilidad de subsistencia.

El derecho fundamental a la pensión, encuentra su desarrollo en la garantía institucional de la seguridad social, consistente en una fórmula constitucional que hace posible la salvaguarda de este derecho, es un “instituto constitucionalmente protegido”, que impide que el legislador pueda desconocerla o vaciarla de contenido.¹³

¹² Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros, fundamento 74.

¹³ Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N.º 0010-2001-AI/TC, fundamento 4

En la sentencia N.º 1417-2005-AA/TC, Caso Anicama Hernández, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la pensión tiene el rango de derecho fundamental, lo que le otorga una posición preferente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual el operador constitucional estará en la obligación de preferir aquella interpretación más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, rechazando aquellas que restrinjan sus alcances o no garantice su eficacia”¹⁴.

3.3.1 Contenido esencial del derecho a la pensión

Los derechos fundamentales no son absolutos, sino que existe un grado de relatividad; es decir que, se encuentran sujetos a determinados límites, los cuales deben estar debidamente justificados, cuando son limitados o restringidos.

Esta restricción o limitación, se da cuando se ejerce la potestad legislativa, por ello, las constituciones europeas, especialmente la alemana, con la Ley de Bonn, en el año 1949, fue quien introdujo la garantía del “contenido esencial de los derechos fundamentales”, con la finalidad de prohibir expresamente al legislador, realizar cualquier afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales.

El contenido constitucional de un derecho fundamental, debe ser definido desde el texto constitucional, teniendo en cuenta el principio de unidad y sistematización de la Constitución, por el cual se exige que todos los preceptos constitucionales sean interpretados de modo armónico, en la consideración que la Constitución es una unidad, coherente y sistemática, de la que es ajena cualquier tipo de contradicción interna (Castillo Córdova, 2008).

¹⁴ Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N.º 1201-2005

El Tribunal Constitucional¹⁵, estableció que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está compuesto por tres elementos, los cuales constituyen el núcleo duro de este derecho, los mismos que impide cualquier injerencia que pueda tener el legislador a efectos de restringirlo. Estos elementos son: a) El derecho de acceso a la pensión, consiste en el derecho que posee toda persona de acceder a una pensión que le garantice una vida en condiciones de dignidad; b) El derecho a no ser privado arbitrariamente del derecho a la pensión, el concepto de arbitrario prevé tres acepciones proscritas por el derecho: a) Desde una perspectiva jurídica, es entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada; b) Entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) Entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.¹⁶; y, c) El derecho a una pensión mínima vital.

3.3.2 Principios que rigen el derecho fundamental a la pensión

El Tribunal Constitucional¹⁷ establece los principios que rigen el derecho fundamental a la pensión. Asimismo¹⁸, considera que el análisis sistemático de las disposiciones constitucionales que reconoce el derecho fundamental a la pensión (fundamento 11) con los principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 050-2004-AI/TC, fundamento 107

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0090-2004-AA/TC

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0050-2004-AI, 03/06/2005, fundamento 46

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, fundamento 35 a 37

a) Principio – derecho de la dignidad humana

La dignidad humana, puede definirse desde su triple dimensión:

Como valor, se habla de dignidad de la persona, cuando se respetan las condiciones intrínsecas a cada ser humano, como son: a) su identidad como ser único e irrepetible; que la dignidad emana de lo común de la naturaleza o condición humana, la persona es tratada con referencia a una realidad como un concepto universal, merecedora de un trato digno, b) su integridad, reconocer al hombre como persona, como categoría superior, es reconocer que posee cuerpo y espíritu, que lo hace diferente a los animales, c) racionalidad, como elemento propio, diferenciador y específico, que le permite a la persona adoptar las decisiones necesarias para dar sentido a su existencia y desarrollar su personalidad, d) autonomía, en términos de la teoría Kantiana, supone el reconocimiento del hombre como un fin en sí mismo y nunca solo como un medio, para permitirse darle sentido a su existencia, desarrollar su personalidad y determinar acciones sin coacciones ajenas, siempre que sus leyes sean compatibles con las de los otros; y, e) Los derechos fundamentales, existe un relación directa entre dignidad humana y derechos fundamentales, por cuanto la dignidad humana constituye un presupuesto esencial, base y fundamento de protección de los demás derechos fundamentales; y por otro lado, los derechos fundamentales, se constituyen en ámbitos de protección y defensa de la dignidad humana, ante actos de violación u omisión por parte de los poderes públicos y los particulares, son condiciones mínimas para la vida digna del ser humano.

Por otro lado, la dignidad humana ha sido reconocida como valor jurídico, por la Constitución Política del Perú, el artículo 1 establece lo siguiente: “La

defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Por su parte, el artículo 3 lo menciona como principio del que pueden derivarse derechos fundamentales innominados.

Bleckman (1997) considera a la dignidad humana como el valor superior de la Constitución que orienta la actividad estatal, teniendo en cuenta que la persona siempre será la finalidad del comportamiento estatal y nunca un medio, es el Estado para la persona y no la persona para el Estado (citado por Castillo Córdova, 2008).

Como principio, en el entendido que un principio, es un elemento que desempeña una función normativa, una prescripción jurídica de carácter general, por cuanto las normas constitucionales que están referidas a derechos, se van a expresar mediante principios, los mismos que sirve como pauta de interpretación, la dignidad humana, es un principio que a decir de Alexy (1997, p. 81), debe ser realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

b) El principio-derecho de igualdad respecto a la pensión

El derecho a la igualdad, está previsto en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución, dicha disposición establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

Según nuestro Tribunal Constitucional la igualdad se consagrada constitucionalmente, como principio y derecho subjetivo constitucional. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo

que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado, por motivos previstos en la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otro motivo de cualquier otra índole) que jurídicamente resulten relevantes¹⁹.

c) El principio de solidaridad respecto a la pensión

Se define en cuanto cada quien aporta al sistema de la seguridad social según su capacidad contributiva y recibe prestaciones de acuerdo a sus necesidades; permitiendo que se cumpla el objetivo esencial de la seguridad social.

Se da de manera intergeneracional horizontal (ejemplo: del joven al anciano) o intergeneracional vertical (del que más tiene al que menos tiene).

La solidaridad constituye uno de los pilares básicos de toda seguridad social en pensiones, entendiéndose como el deber que se le impone a toda persona como miembro de una determinada comunidad, de realizar esfuerzos o actividades en beneficio de un interés colectivo.

d) Principio de progresividad respecto a la pensión

Según este principio, dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular el ejercicio de dichos derechos, los poderes políticos tienen en

¹⁹ Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N.º 0045-2004-AA/TC, fundamento 20

principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales culturales vigentes”.

Se entiende que toda medida que se tome con el objeto de satisfacer el derecho a la pensión, debe tener el carácter de progresiva y no regresiva que desmejore la protección alcanzada por el derecho a la seguridad social en pensiones.

e) Principio de equilibrio presupuestal respecto a la pensión

Según este principio, todo presupuesto del Estado debe contar con un equilibrio financiero que le permita la aplicación del principio de progresividad a efectos de garantizar el derecho fundamental a la pensión.

Este principio obliga al Estado a crear mecanismos que permitan la maximización de los recursos disponibles, a efectos de lograr de forma progresiva la efectividad del derecho a la pensión; teniendo en cuenta para ello, la disponibilidad de recursos financieros y materiales adecuados.

f) El principio de equidad en las pensiones

La construcción del Estado social de Derecho, se encuentra en estrecha relación con la idea de justicia a través de la profundización del principio de igualdad, incorporando junto a la dimensión de la equiparación la dimensión de la diferenciación.

Según la resolución de la 89° Conferencia Internacional de OIT de 2001, estableció que puede hablarse de equidad en sentido individual, esta supone una equivalencia entre el monto esperado de las prestaciones y el monto

esperado de las contribuciones al financiamiento realizadas por el mismo individuo; y, en sentido colectivo, se produce cuando la proporción entre prestaciones y contribuciones esperadas, es la misma para todos los individuos cubiertos. Se trata a todos los individuos por igual en términos de la relación entre prestaciones y contribuciones.

3.4 Derecho al libre desarrollo de la personalidad

El derecho subjetivo fundamental de libre desarrollo de la personalidad, se reconoce como un derecho de libertad individual, cuyo contenido implica que el individuo es dueño de su propio proyecto vital y según el cual todo lo que la Constitución no prohíbe se encuentra constitucionalmente autorizado y protegido, en consecuencia, el legislador solo puede limitarlo de manera razonable y proporcional.

En cuanto a este derecho, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señala en su artículo 1 que: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. (...)”. Asimismo, expresa que: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos”, “La ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad” (artículo 4). “Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene” (artículo 5)

El libre desarrollo de la personalidad constituye un derecho fundamental, cuyo reconocimiento en nuestra Constitución puede ser fundamentado como un derecho implícito, derivado del principio de dignidad de la persona (artículo 3), o en el

reconocimiento expreso por la Constitución del derecho de la persona a su “libre desarrollo” (artículo 2, inciso 1).

El Tribunal Constitucional²⁰ ha afirmado que:

En el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú), subyace a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano (...) se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar su autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales”²¹

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad, que no alude a las diferentes libertades y derechos reconocidos expresamente en el ordenamiento constitucional, sino que, hace refiere a todo ámbito de libertad humana.

Según el Tribunal Constitucional español²², el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas para definir en forma autónoma, las opciones vitales que habrá que guiar el curso de su existencia.

Este derecho no protege cualquier conducta, facultad o potestad reconocidas por el legislador, sino solo aquellas que sean consustanciales a la vida privada y social de una persona y que no tengan reconocimiento en concretas disposiciones constitucionales.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 2868-2004-AA/TC, fundamento 14, cuarto párrafo.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0032-2010-AI/TC, fundamento 23

²² Sentencia Corte Constitucional Española, Sala Plena. SU-642 de 1998

CAPÍTULO IV

EL PLURIEMPLEO EN EL PERÚ

4.1 Concepto de pluriempleo

Según la Real Academia de la Lengua, se define como pluriempleo a la “situación caracterizada por el desempeño de varios cargos, empleos, oficios, etc., por la misma persona”.

En informes de la Organización Internacional del Trabajo (Dupré, s.f, p. 69), sobre la medición de los ingresos procedentes del empleo se concluye que, tanto en los países industrializados como en los países en desarrollo, las economías urbanas y los mercados de trabajo, en particular, han experimentado importantes cambios estructurales.

Entre estos cambios, se observa que el empleo regular asalariado ya no es tan frecuente y estable como antes, y muchos trabajadores han tenido que recurrir a otros tipos de actividades remuneradas, tales como el empleo asalariado ocasional o temporal, el empleo independiente a tiempo completo o a tiempo parcial, y sobre todo al pluriempleo, acumulando varios contratos a tiempo parcial.

Se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador que se halle incluido en el campo de aplicación de un régimen de seguridad social que prevea esta situación y trabaje por cuenta de dos o más empresarios obligados a darle de alta en el mismo²³.

A tenor de este precepto la situación de pluriempleo se reserva tan sólo a los supuestos de trabajadores por cuenta ajena, de modo que la situación de pluriempleo no será posible en el caso de trabajo autónomo; en aquellos casos en que el autónomo

²³ Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Artículo 7.4 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero de 1996.

desarrolle prestaciones de servicios para diferentes regímenes de autónomos, no estaremos hablando de pluriempleo, sino de pluriactividad.

El pluriempleo puede ser entendido como una estrategia para contar con un ingreso más o menos estable. En este sentido, el pluriempleo adquiere un valor positivo en tanto fuente de ingresos que permite vivir en un clima más seguro.

La situación de pluriempleo plantea problemas en dos ámbitos fundamentales: de un lado en materia de cotización, por el establecimiento de un tope máximo, y en materia de prestaciones, el cálculo de la cuantía de las prestaciones a las que tendrá derecho este sujeto; también en este caso el problema es la limitación de las bases máximas de cotización.

4.2 El pluriempleo en el Perú

Nuestro ordenamiento jurídico no regula en forma expresa ni sistemática el pluriempleo. Sin perjuicio de ello, es posible encontrar diversas normas que se refieren a la posibilidad de prestar servicios para dos o más empleadores, o bien que, sin referirse expresamente a esta circunstancia, la permiten o la restringen, según veremos en cada caso.

El pluriempleo encuentra su fundamento legal en el derecho a la libertad de trabajo, reconocido en nuestra Constitución en el artículo 2 numeral 15, la misma que establece: “Toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley”.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MINTRA, 2007) considera que, al ejercitarse la libertad de trabajo durante la relación laboral, se está configurando la libertad de pluriempleo que posee toda persona y específicamente el trabajador que labora por cuenta ajena, teniendo facultad para decidir si va a trabajar o no en un

empleo adicional y en que modalidad; pudiendo ejercer acciones legales ante su impedimento o si se encuentra obligado a ejercer más de un empleo.

En nuestro país, el pluriempleo podemos señalar que se encuentra plasmado, en el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú, cuando establece que: “Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.

Así también en la Ley Marco del Empleo Público - Ley N.º 28175, vigente desde el 01 de enero de 2005, cuyo artículo 3 extiende la prohibición constitucional a otros supuestos distintos a la remuneración.

En efecto el artículo 3 de la Ley N.º 28175 establece la prohibición de doble percepción, cuando prescribe lo siguiente: “Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso”.

Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas.

Un documento de Bárbara Hunt, especialista que visitó más de doscientas escuelas primarias entre 1993 y 2001, afirma que” (...) los profesores solían tener uno o más trabajos aparte. Por lo general, salían inmediatamente de la escuela para ir a otro trabajo (...)” (Hunt, 2004, p. 19).

Asimismo, se detectó que el 71% del personal médico tiene dos o más relaciones laborales, estando la situación de pluriempleo ligada a una serie de causas, una de ellas es la flexibilidad laboral a través de la contratación a tiempo parcial.

Según la encuesta Pulso Perú de setiembre del año 2019, revela que el 70% de la población al no obtener un ingreso mensual que le permita satisfacer sus necesidades básicas, tiene que buscar trabajos adicionales, en la misma el Dr. Javier Mujica, manifiesta que el empleo que tiene la mayoría de los peruanos, es un empleo que no alcanza para satisfacer adecuadamente la canasta básica familiar, por la cual se recurre al llamado pluriempleo (Diario Uno, 2019).

4.3 El pluriempleo en el derecho comparado

A diferencia de nuestro país, podemos ver que en otras legislaciones el pluriempleo ha sido incorporado en sus ordenamientos jurídicos, específicamente los referidos a la seguridad social.

4.3.1 Tratamiento legal en España

El pluriempleo es definido como “la situación del trabajador por cuenta ajena que presta servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en actividades que dan lugar a su incorporación en un mismo régimen de la seguridad social”²⁴

Las empresas que conozcan la situación de pluriempleo de sus trabajadores están obligadas a comunicar dicha situación a la tesorería general de la seguridad social, así como a declarar las retribuciones del trabajador.

²⁴ Reglamento General de Cotización. Artículo 9.1.4 del Real Decreto 2064/1995.

Igual obligación incumbe a los trabajadores respecto a sus empresarios y a la dirección provincial de la tesorería general de la seguridad social, que llevará a cabo las operaciones de cálculo precedentes.

Para la pensión de jubilación en los casos de pluriempleo se sumarán todas las bases de cotización de todos los empleos, aunque siempre con la aplicación de un tope máximo de base de cotización y solo se tendrán en cuenta todas las cotizaciones acreditadas en todos los empleos siempre que el jubilado haya estado en la misma situación de pluriempleo durante los diez años anteriores, sino el cálculo de la pensión de jubilación se efectuará de manera proporcional.

4.3.2 Tratamiento legal en Cuba

La dualidad laboral o el pluriempleo, ha sido reconocido desde el año 2009 con el Decreto Ley N.º 268, el mismo que consigna un número de 10 artículos referidos al pluriempleo. En su artículo 1 establece que los trabajadores pueden después de cumplir los deberes del cargo, ocupación o empleo que realizan, pueden convenir más de un contrato de trabajo y percibir los salarios que le corresponden por los resultados de la labor realizada.

4.3.3 Tratamiento legal en Argentina

La situación del trabajador que tiene más de un empleo, es regulada en diversas normas, específicamente en aquellas referidas a derechos laborales y seguridad social, tales como:

La resolución general de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) 2252, artículo 5, reglamenta el artículo 9 de la Ley N.º 24.241 respecto

al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), establece que si el total de las remuneraciones devengadas en los distintos empleos durante el periodo mensual, exceden en conjunto el tope de la remuneración máxima imponible sujeta a aportes jubilatorios, el trabajador deberá informar mensualmente a uno o algunos de los empleadores el importe de remuneración bruta sobre el cual deberá abstenerse de retener los aportes con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP).

4.3.4. Tratamiento legal en Colombia

A través de la Ley N.º 26 de 1990 denominada “Ley de la Seguridad Social”, para el caso del cálculo de la pensión de jubilación de los pluriempleados, cuando el trabajador hubiera desempeñado su actividad simultáneamente en dos o más empresas distintas, para el cálculo de la base reguladora se computarán el total de las bases de cotización por las que se haya computado a dichas empresas, teniendo en cuenta que no se puede superar el tope máximo de cotización.

Por otro lado, la Ley N.º 797 del 2003, que modifica el artículo 5 de la Ley N.º 100 de 1993, regula el régimen pensionario para los trabajadores pluriempleados, en ella se establece la forma de aportación y de reparto, prescribe que en aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario devengado de cada uno de ellos, y dichos salarios se acumularán para todos los efectos de esta ley.

CAPÍTULO V

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE JUSTIFICAN LA CREACION DE UN SISTEMA PREVISIONAL MIXTO PARA LOS TRABAJADORES QUE REALIZAN PLURIEMPLEO EN EL PERÚ

Para elaborar el discurso jurídico, a efectos de establecer los fundamentos jurídicos que justifican la creación de un sistema previsional mixto, para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú, se ha hecho uso de los métodos generales (inductivo, hipotético-deductivo, analítico – sintético) y los propios del derecho como el método dogmático – jurídico, hermenéutico, comparativo. A efectos de realizar el correspondiente análisis e interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, así como las fuentes doctrinarias y el Derecho comparado, con la finalidad de sustentar las razones que respaldan la hipótesis planteada, mediante el uso del método argumentativo.

5.1 La ampliación de la cobertura personal de protección frente a la contingencia de su vejez

La seguridad social es un derecho inherente al ser humano, que goza de protección jurídica tanto en el ámbito internacional como en el nacional, siendo reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 10 reconoce a la seguridad social, como un derecho universal y progresivo del que goza toda persona, para su protección frente a las contingencias que precise la ley, en el caso materia de investigación, la contingencia de la vejez y teniendo como finalidad elevar su calidad de vida.

En nuestro país se protege la contingencia de la vejez, durante la jubilación a través del otorgamiento de prestaciones dinerarias (pensiones). En este sentido, el artículo 11 de nuestra Constitución Política de 1993, establece que es obligación del Estado garantizar y supervisar eficazmente el libre acceso a prestaciones de pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Si bien, este artículo no reconoce de manera expresa el derecho a la pensión, el máximo intérprete de la Constitución, establece jurisprudencialmente que éste es un derecho fundamental implícito contemplado en el artículo 11 y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10.

Por ser una concreción del derecho a la vida, en su sentido material y en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, por el cual los derechos económicos, sociales y culturales deben ser respetados, protegidos y realizados en las mismas condiciones que los derechos civiles y políticos; teniendo en cuenta que el fin que tiene toda Constitución, es la protección de la dignidad de la persona humana, que se consagra en el artículo 1 de la Constitución Política.

Asimismo, este Tribunal considera que el referido derecho fundamental tiene la naturaleza de derecho social de contenido económico, destinado a la atención de sus necesidades básicas de alimentación, vestido y salud; que impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los “estándares de la procura existencial”.

Por lo cual, se debe entender que el derecho a la pensión no supone solo atender la contingencia de la vejez, sino la necesidad económica que ella produce a fin de satisfacer las necesidades básicas; siendo obligación del Estado proporcionar a las personas los bienes y prestaciones necesarios, para que puedan llevar una vida adecuada y digna.

Debemos entender que, con la pensión de jubilación se busca suplir la remuneración que el trabajador ha obtenido a lo largo de su vida laboral y facilitar un beneficio que le permita mantener su esquema de vida como si aún estuviera en actividad.

Por ello, las prestaciones dinerarias que otorga la seguridad social en pensiones, en función a los principios de universalidad objetiva e integralidad o también llamado principio de suficiencia de la seguridad social, deben cubrir las diferentes contingencias o estados de necesidad provocados por el surgimiento de un riesgo social como la vejez, de manera suficiente, oportuna y eficaz; a fin de que los trabajadores pluriempleados puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes para hacer frente a la contingencia de la vejez cuando se jubile.

En las recomendaciones que estipula el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a fin de garantizar la protección y promoción del derecho a la seguridad social, considera que los Estados deben adoptar mecanismos de protección que permitan asegurar un nivel suficiente de las prestaciones, estando en la obligación de revisar de forma periódica los criterios de suficiencia, de tal manera que exista una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones y la cuantía de la prestación, que les permita a los beneficiarios hacer frente a los bienes y servicios que necesitan para ejercitar sus derechos reconocidos en el Pacto.

Por lo tanto, para cumplir con esta finalidad se requiere de un esquema de pensiones acorde a las necesidades que surgen durante la contingencia de la vejez. Del análisis de la problemática por la que atraviesa el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), régimen en que se ha delimitado la investigación en cuanto a cobertura, cuantía, gestión y financiamiento; debido a los malos manejos de política fiscal, este sistema no estaría contribuyendo a proporcionar ni a garantizar una pensión digna, adecuada y suficiente para el mantenimiento de la etapa de la vejez, a todos los trabajadores afiliados a este sistema, así como, a los que lo serán en el futuro.

Cabe mencionar también, que en nuestro país los jubilados pluriempleados a través del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), adscritos al Decreto Ley N.º 19990 (Ver cuadro 01), llegan a cobrar un monto pensionable entre 380 a 700 soles como máximo, dinero que no alcanza para cubrir la canasta familiar y otras necesidades básicas²⁵; generando un claro impacto en la calidad de vida de los jubilados ya que, para la mayoría, la pensión es su única fuente de ingreso.

Asimismo, se debe tener en cuenta que debido a la crisis económica por la que atraviesa este sistema de pensiones, existe el riesgo que se puedan presentar incertidumbres en el futuro respecto a los beneficios que recibirán los aportantes, al punto que hoy ante la insuficiencia de las aportaciones reguladas, se necesita de transferencias del Estado para cubrir el pago de los beneficios, como lo afirma el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

Esta realidad problemática que se sustenta en factores como los riesgos demográficos (aumento en la esperanza de vida, precariedad laboral y escasez de empleo para adultos

²⁵ Según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG – 2019), la canasta básica familiar (o canasta mínima total) se valorizó en S/ 352.00 soles mensuales por persona, es decir, el costo de la canasta familiar para una familia de cuatro miembros es de S/ 1,408 soles; por lo cual, las personas (y familias) con un gasto menor se consideran pobres. En caso el gasto se reduzca a menos de S/ 187 mensuales por persona (S/ 748 para una familia de cuatro personas) se considerará pobre extremo.

mayores), conlleva a una disminución de la cuantía de las pensiones, con la finalidad de hacer sostenible el esquema, generando un problema de insuficiencia de las prestaciones y por tanto un fuerte riesgo de empobrecimiento de los jubilados pluriempleados; tal como lo advierte el Banco Interamericano de Desarrollo (BID, 2015), quien manifiesta que al año 2050 menos del 20% de la población mayor de 65 años, afiliada a un sistema de reparto, no podrá acceder a una pensión.

Es evidente que, el monto pensionario que recibirá el trabajador pluriempleado al momento de su jubilación por parte del Sistema Nacional de Pensiones es insuficiente para protegerse de los riesgos que genera la vejez, imposibilitando un envejecimiento activo y saludable, tal como lo establece la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²⁶, que se sustenta en oportunidades de bienestar físico, mental y social, así como de participación en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida y permitirles así seguir contribuyendo a su familia y comunidad.

En este orden de ideas, si tomamos en cuenta que el derecho a la seguridad social en pensiones, es un derecho orientado a la protección de las necesidades e intereses vitales de las personas; un sistema previsional mixto de naturaleza complementaria para los trabajadores pluriempleados, resulta fundamental para que estos trabajadores puedan gozar de una vida saludable y de calidad.

En el entendido que, dentro del marco de un Estado social y democrático de Derecho según lo expresado por el Tribunal Constitucional, un sistema de seguridad social debe constituirse en un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basadas

²⁶ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, artículo 2 que define el envejecimiento activo y saludable de las personas adultas mayores.

en la prevención del riesgo y la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar a la calidad y el proyecto de vida de la persona en comunidad, tal como lo establece el artículo 10 de nuestra Constitución.

Este régimen previsional a implementarse, encuentra sustento constitucional directo en el artículo 11, al reconocerse el libre acceso a pensiones a través de sistemas públicos, privados o mixtos; así como en las normas de derecho internacional de protección de los derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 23 establece que toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social, el artículo explicita claramente que la integridad de una persona junto a su núcleo familiar, deben ser asumidas, de ser necesario, por otros mecanismos que complementen los ingresos económicos.

Del mismo modo, la Organización Internacional del Trabajo, refiere que la revisión normativa de un sistema de pensiones debería tomar en consideración el otorgamiento de un monto pensionable teniendo en cuenta los ingresos perdidos, así como el desarrollo de mecanismos voluntarios, adicionales de ingresos que lo complementen.

En este tenor, este sistema se plantea como un sistema previsional compuesto por contribuciones donde el trabajador pluriempleado aportan un quantum de su remuneración a un fondo común; y, otro, a un sistema previsional particular, constituido por una cuenta de capitalización individual. Permitiendo que se genere eficacia económica, ya que este sistema se asienta sobre la base de un sistema de reparto de tipo colectivo, y la seguridad individual, que se integra por planes privados de pensiones personalizados.

En otras palabras, el modelo propuesto que también es denominado modelo multipilar por el Banco Mundial, considera un primer pilar que expresa a través del otorgamiento de una pensión mínima digna, la realización del principio de igualdad subyacente en todo sistema de Seguridad Social, complementado por un pilar privado que permite una mejor tasa de reemplazo,²⁷ para los trabajadores pluriempleados quienes al obtener doble percepción remunerativa pueden hacer sostenible el sistema.

Se conjugan e integran las ventajas de ambos pilares, ya que el monto pensionable que otorgaría el sistema público permitiría como lo advierte el Informe Defensorial N.º 99 (Defensoría, 2005), hacer frente a la pobreza durante la contingencia de la vejez. Reduciéndose con este mecanismo la problemática que genera el sistema público, respecto a la baja tasa de reemplazo que otorga a aquellos trabajadores que perciben ingresos medios y altos y los desincentivos para que estos aporten, en tanto verán que la mayor parte de su cotización es redistribuida solidariamente y poco de su aporte se transforma en ingresos pensionarios. Por otro lado, el pilar privado permitiría que los trabajadores aporten para aumentar su tasa de reemplazo y obtener un monto adicional a su pensión en relación con lo que han aportado. (Defensoría del Pueblo, 2005).

En relación a lo antes referido, este régimen se constituiría en una forma de introducir de manera gradual el principio de equivalencia entre aportes y beneficios, el cual supone una equivalencia entre el monto esperado de las prestaciones y el monto esperado de las contribuciones al financiamiento realizadas por el mismo individuo; siendo el legislador quien defina sobre la base de la importancia relativa que se dé al componente de reparto, cuanta solidaridad desea mantener en el sistema y cuanto riesgo se traspa al trabajador, aportando a una cuenta individual de capitalización.

²⁷ La tasa de reemplazo hace referencia a la relación entre el nivel de la pensión y el nivel de ingresos con que se realizaron las aportaciones a lo largo del ciclo laboral de las personas.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), al considerar que implementar un sistemas multipilares, basados en un pilar complementario, hace posible combinar un conjunto de instrumentos de protección social, cada uno de los cuales desempeña una o más funciones, para garantizar toda la gama de objetivos de un sistema de pensiones, tales como el aseguramiento de la sostenibilidad de los sistemas de pensiones contributivos, sin que se afecte la suficiencia y aumentar la cobertura de la población adulta mayor.

También refiere que este organismo que, “al asegurar la sostenibilidad de estos sistemas se garantiza que los principios de la seguridad social como universalidad, progresividad y no regresividad sean respetados y la solidaridad intergeneracional siga siendo la principal fuente de justicia social. (Guillón, Collin y otros, 2006).

Se debe entender que la esencia del régimen de pensiones mixto de naturaleza complementaria, radica en que sus prestaciones añadan algo nuevo a las prestaciones existentes, al estar relacionados con el principio de integralidad o suficiencia, lo que, trasladado al campo de la jubilación, implica que la pensión debe ser suficiente para que el beneficiario viva adecuadamente. (Romero citado por Abanto Revilla, 2015).

En tal sentido, si el objetivo de estos regímenes es asegurar pensiones más altas, se entiende que el trabajador debe pagar aportaciones complementarias adicionales, de ahí la razón por la cual en países subdesarrollados prevalecen los regímenes públicos, mientras que en países industrializados se promueven los regímenes privados junto con los complementarios (Abanto Revilla, 2015, p. 75)

Tal es así que, las legislaciones sobre seguridad social en los países como Uruguay, Panamá, Costa Rica, Suecia, Nueva Zelandia, Holanda, han logrado avances significativos en cuanto a la extensión de la cobertura de los sistemas de pensiones, a partir de la década del 90, teniendo en cuenta los bajos montos pensionables que recibe

el adulto mayor durante la contingencia de su vejez, implementando el sistema mixto de naturaleza complementaria, conformado por un sistema público contributivo de prestaciones definidas; un sistema de ahorro individual obligatorio de contribuciones definidas (que se financia a partir de las aportaciones de los trabajadores), en el cual se integran el régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional (público de reparto) con el régimen de ahorro individual (privado), que complementa las pensiones, concentrando a los grupos de mayores ingresos (en el caso de Uruguay), teniendo en cuenta el salario percibido (se establece por tramos según edad e ingreso percibido), en cuanto a la prestación percibida está en función de la calidad o la cantidad de aportes y el esfuerzo de ahorro que cada uno hace al sistema; es decir, cuanto mayor sea el aporte del afiliado y mayor sea la cantidad de tiempo dentro del sistema cotizando activamente, mayor será la prestación que recibirá al momento del retiro.

En cuanto al reconocimiento de este derecho a los trabajadores pluriempleados, el Tribunal Constitucional expresa que para que se materialice la garantía institucional de la seguridad social en pensiones y especialmente su contenido constitucionalmente protegido, como es el derecho al libre acceso a pensiones, se requiere de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (vejez) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, acompañada de los principios de progresividad, universalidad y solidaridad y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida.

El pluriempleo como categoría social y progresiva, en el tejido de la sociedad peruana, está conformado por un grupo de personas que surgen en la sociedad, ante la búsqueda de satisfacer sus necesidades humanas elementales o superiores, como son: alimento, salud, educación, seguridad social, cultura, deporte, servicios públicos, transporte y

todo lo que represente mejor calidad de vida. Pero, al mismo tiempo estos trabajadores en calidad de pluriempleo que en su mayoría reciben remuneraciones efímeras, buscan hacer frente a las crecientes exigencias sociales, que el Estado no consigue hacer frente de manera eficiente.

Tal es así que, en nuestro país, como manifiesta el laboralista Villavicencio Ríos (2013, p. 229), un tercio de los trabajadores laboran más de 48 horas, ya sea por pluriempleo o por la necesidad de trabajar en sobretiempo para mejorar ingresos muy deprimidos, el doctor Neves Mujica, también expresa que el empleo que tiene la mayoría de los peruanos, es un empleo que no alcanza para satisfacer adecuadamente la canasta básica familiar, por la cual se recurre al llamado pluriempleo. (Diario Uno, 2019).

El pluriempleo es terriblemente una realidad social con las secuelas físicas, psicológicas, económicas y sociales que trae consigo, para perjuicio de las personas y de la sociedad, así lo manifiesta la Organización Panamericana de la Salud de (OPS, 2012), cuando señala que “la aplicación de políticas neoliberales y sus implicancias, el pluriempleo, afectan negativamente a la salud de los trabajadores”.

Esta realidad no es ajena para otros países, lo que ha conllevado a incluir la condición de trabajador pluriemplado dentro de su normativa en materia de seguridad social, como es el caso de España, Cuba, Argentina y Colombia que han previsto la forma como ésta situación da lugar al alta obligatoria en un mismo régimen de la seguridad social (dependiendo del régimen previsional que regula cada país), teniendo el deber de cotizar en proporción a los salarios obtenidos en cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador pluriemplado, de manera tal, que en forma proporcional a la remuneración o salario que reciba van a cotizar las citadas empresas a la seguridad social hasta un tope base de cotización máxima determinada por ley.

En línea con lo que se viene argumentando, el Informe mundial sobre la protección social de la Organización Internacional del Trabajo (2017 – 2019), especifica que existen problemas fundamentales como las nuevas modalidades de empleo, la limitada seguridad de los ingresos y la protección social insuficiente; que ponen en peligro avances de largo alcance para lograr la efectividad del derecho fundamental a la seguridad social y otros derechos humanos; por lo que se hace necesario adaptar los sistemas de protección social a las nuevas modalidades de trabajo y empleo.

Por cuanto, la suficiencia de las prestaciones de jubilación no depende solamente de la cuantía de las prestaciones monetarias otorgadas, sino también del costo de los servicios esenciales, como la atención de salud, los alimentos y la vivienda, entre otros. Asimismo, considera que debe tenerse en cuenta que la evaluación de la suficiencia de las prestaciones de jubilación es dinámica y por lo tanto evoluciona a lo largo del tiempo, a medida que cambian las condiciones sociales, culturales, demográficas y económicas.

En esa lógica argumental, el Tribunal Constitucional manifiesta que en la moderna concepción de los derechos sociales éstos no solo constituyen obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto. Por lo que, conseguir bienestar y un nivel de vida digno es un deber que vinculada tanto a la sociedad como al propio individuo y al Estado.

Pero, para que se pueda apreciar la validez constitucional del contenido constitucionalmente protegido del libre acceso a pensiones, a través de un sistema mixto de naturaleza complementaria, para los trabajadores pluriempleados que les permita ampliar la protección personal frente a la contingencia de la vejez, se hace necesario la implementación de este mecanismo mediante una ley que delimite el bien jurídico susceptible de protección.

El Tribunal Constitucional ha establecido en sendas sentencias que el derecho fundamental a la pensión, en razón de su propia naturaleza (como derecho social), es un derecho de configuración legal; es decir, que requiere de la asistencia de la ley para su configuración. Ello no se debe entender como así lo ha establecido este Tribunal, que este derecho fundamental carezca de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, por cuanto el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Por tanto, se hace necesario tener en cuenta el principio de libre configuración de la ley por el legislador, para que este derecho tenga eficacia constitucional, el mismo que permite que la ley se convierta en un requisito sine qua non, para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Teniéndose en cuenta que, esta capacidad que se le atribuye al legislador se encuentra limitada por el contenido esencial del derecho a la pensión, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desplegarse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales; por cuanto el derecho fundamental a la pensión, es un derecho de las personas reconocidos por el Estado y no otorgado por éste.

En conclusión, consideramos que el trabajador pluriempleado tiene una posición iusfundamental reconocida en las normas constitucionales y las normas de derecho internacional²⁸, cuando reconocen a la seguridad social como un derecho humano universal y progresivo, que le asiste a toda persona; con independencia de su sexo, edad, origen, condición económica, social o de cualquier otra naturaleza; y que se

²⁸ Las normas internacionales de derechos humanos como el Protocolo Adicional a la Convención Americana de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), La Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, El artículo 7 de la Convención Interamericana sobre la Protección los Derechos Humanos de las Personas Mayores, así como el Reglamento de la Ley N.º 30490

instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, cuyo contenido constitucionalmente protegido de acceso libre a pensiones, impone al Estado en virtud del artículo 44 de la Constitución, el deber de garantizar de manera progresiva en todos sus niveles la promoción, protección y el ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores sin discriminación de ningún tipo, en función a su condición de vulnerabilidad, a través de una normativa jurídica que garantice un trato diferenciado, inclusivo, preferencial y prioritario a la persona adulta mayor dentro de los que comprendería al trabajador pluriempleado; así como, promover acciones que permitan obtener los medios suficientes para lograr ampliar la cobertura personal de protección frente a la contingencia de la vejez, de modo tal que en función al principio de suficiencia de las prestaciones, pueda alcanzar un nivel de vida en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Asimismo, debemos tener en cuenta que el Estado social de Derecho busca de esta forma, la posibilidad de otorgar mayor protección financiera a través de políticas de seguridad social que puedan variar en el tiempo, por exigencias de nuevas necesidades sociales como el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores pluriempleados, teniendo en cuenta la temporalidad y espacialidad; así como la historicidad en torno al derecho que se regula; pues su desconocimiento puede originar su trasgresión y el sometimiento de los trabajadores pluriempleados durante su vejez, a una mayor vulnerabilidad y desigualdad; al otorgarle un monto pensionable que suponga la pérdida de su valor adquisitivo carente de solvencia en el mercado para hacer frente económicamente a sus necesidades básicas, lo que implicaría una actitud lesiva al principio-derecho de dignidad humana.

5.2. La mayor optimización de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de su personalidad

Para lograr la mayor optimización del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo del trabajador pluriempleado durante la jubilación, se debe partir de la tesis formulada por Alexy (1993), “Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (p. 86).

Posibilidades fácticas que permiten la mayor optimización de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad

Del análisis que se hiciera del Decreto Ley N.º 19990 que regula el Sistema Nacional de Pensiones y demás disposiciones normativas que regulan la seguridad social en pensiones en nuestro país, se puede determinar que el legislador no ha previsto dentro del texto legal, ninguna disposición normativa que regule la situación jurídica del trabajador que realiza pluriempleo, respecto a cómo debe aportar y cuáles van a ser sus beneficios, siendo fácticamente posible que éste trabajador pueda disponer de uno de sus ingresos a efectos de aportar al régimen previsional que se pretende implementar.

Lo manifestado se sustenta en la regla constitucional que descansa en el principio de legalidad, el mismo que establece que: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. O como diría Bernal Pulido (Pulido, 2013, p. 251) “(...) todo lo que no está prohibido por la Constitución o por las normas jurídicas de inferior jerarquía está permitido, o sea, representa una posición jurídica de libertad”.

Asimismo, el Estado a través del Sistema Nacional de Pensiones, debe tener en cuenta que en un Estado Constitucional de Derecho todos los funcionarios públicos deben sujetarse y vincular sus decisiones a la Constitución y a la ley, las mismas que no admiten que cualquier poder público pueda restringir arbitrariamente las libertades expresamente protegidas por la Constitución, específicamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad del trabajador pluriempleado, por la sola voluntad del agente o el capricho del funcionario, sin que exista un criterio objetivo, razonable y proporcional en el que se funde la decisión.

Por otro lado, respecto a los montos pensionables, según la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsional, las estadísticas a setiembre del año 2018, la pensión promedio por jubilación de un aportante a la Sistema Nacional de Pensiones es de S/. 692.00 soles a diferencia de la pensión promedio que recibe un trabajador jubilado afiliado al Sistema Privado de Pensiones, cuyo monto asciende a S/. 1,042 soles. Siendo, las pensiones de jubilación del Sistema Privado de Pensiones mayores en un 51% a las del Sistema Nacional de Pensiones. (Ver cuadro 3)

En este sentido, el establecimiento de un régimen de prestación pensionaria mixta de naturaleza complementaria, en beneficio de los trabajadores pluriempleados, constituye un medio adecuado para lograr uno de los objetivos de la seguridad social en pensiones, como es garantizar que la persona pueda obtener un beneficio que le permita tener una vida digna ante la contingencia de su vejez, como fin de la seguridad social en pensiones.

Al ser un mecanismo que permite que se otorgue una pensión en el Sistema Nacional de Pensiones complementada con un monto pensionable en un sistema previsional de naturaleza privada, permitirá incrementar los irrisorios montos pensionables de

jubilación otorgadas por el Sistema Nacional de Pensiones; porque una vez que se jubile según lo establecido por los artículos 1 y 3 del Decreto Supremo N.º 139-2019-EF del 01 de mayo del 2019, recibirá un monto entre S/. 500.00 y S/. 893.00 Soles, sujeta a un descuento de 4% por ESSALUD, igual a lo que recibiría un trabajador que ha realizado solo un aporte.

Monto pensionable que al ser tan exiguo pueden poner en riesgo al trabajador, al no contar con un medio económico suficiente para hacer frente a las necesidades básicas y especiales que se presentan durante la vejez.

En tal sentido, en la medida que éste régimen de previsión pensionario es coherente con el mandato constitucional que permite proteger y promover de manera progresiva el derecho de toda persona sin distinción alguna, de acceder a un sistema de pensiones a través de sistemas públicos, privados o mixtos; el mismo que tiene conexidad con el derecho a la vida, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad de las personas adultas mayores, que se encuentren en situación de pluriempleo; se constituye en un mecanismo adecuado, para garantizar el derecho a la seguridad social en pensiones que permita elevar la calidad de vida del trabajador pluriempleado.

Toda vez que, permite que se mantenga incólume los principios de universalidad y solidaridad al ser uno de los aportes descontados por un empleador (ascendentes a un monto del 14%), destinados al Sistema Nacional de Pensiones y el otro aporte pensionable (12 %) se destina a un régimen pensionable privado.

Posibilidades jurídicas que permiten la mayor optimización de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad

Toda persona nace libre e igual en dignidad y derechos, sin distinción alguna, así lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La dignidad humana aparece como principio que informa el entero ordenamiento constitucional y legal y como un derecho fundamental, como atributo inherente e inviolable que posee todo ser humano y que comporta la necesidad de su respeto y protección por parte del Estado y los particulares.

En nuestro país el artículo 1º de la Constitución establece que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Desde el punto de vista normativo, la dignidad humana se constituye en el valor supremo que irradia todo el ordenamiento jurídico, es el presupuesto y fin de los demás derechos fundamentales de la persona; así mismos se constituye en la barrera insuperable e invulnerable a efectos que los poderes públicos del Estado cumplan con el mandato constitucional de respetar, promover y proteger los derechos fundamentales de la persona.

En otras palabras, que la persona humana sea el fin, significa que los derechos fundamentales como fin del ordenamiento constitucional, se constituyen en presupuesto de exigibilidad limitando el accionar del Estado y de los propios particulares.

En esta línea argumentativa, la dignidad humana se constituye en presupuesto esencial, base y fundamento de protección del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, reconocido constitucionalmente en el artículo 10º de nuestra Constitución Política cuando establece el reconocimiento por parte del Estado del derecho universal y progresivo que posee toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. Asimismo, en su artículo 11 dispone que el Estado garantice el libre acceso a prestaciones de pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Porque, el derecho humano a la seguridad social en pensiones, en el ámbito material para el trabajador pluriempleado, no solo comporta la necesidad de mantenerse con vida durante la contingencia de la vejez, sino que implica hacer frente a una serie de necesidades y exigencias personales y sociales que le permitan tener una mejor calidad de vida. Entendiéndose como calidad de vida, la percepción que tiene el individuo sobre su posición en la vida dentro del contexto cultural y el sistema de valores en el que vive y con respecto a sus metas, expectativas, normas y preocupaciones. Este concepto también incluye aspectos personales como salud, autonomía, independencia, satisfacción con la vida y aspectos ambientales. (Organización Mundial de la Salud, 1994)

En este sentido, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que para lograr la libertad, la justicia y la paz, se debe reconocer la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; estando el Estado en el deber de promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, mediante la implementación de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, que permitan el reconocimiento y aplicación universal y efectivo de los derechos humanos.

Esto en concordancia con el artículo 22, que plantea el derecho que tiene toda persona como miembro, a la seguridad social que le permitan la satisfacción de sus derechos de naturaleza económica, social y cultural, que sean indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. También, establece el derecho a un nivel de vida adecuado que le permita no solo a la persona que obtiene el beneficio, sino también a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido y la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesario.

La misma Declaración, en el artículo 23, inciso 3, prevé que toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en el artículo 22 concordante con el artículo 27 establece que toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social. Para ello, el Estado debe organizarse y generar los recursos necesarios para lograr la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad; que les permita disfrutar de un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

También en el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece que el ser humano no puede realizarse como ser libre al menos que se cree las condiciones que le permitan a cada persona gozar de los derechos sociales, económicos y culturales, por ello en su artículo 9 y 12 reconocen el derecho que tiene toda persona a la seguridad social como al seguro social; debiendo los Estados reconocer a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Igualmente, reconoce el derecho de la persona adulta mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional manifiesta que el derecho fundamental a la pensión como derecho social, es un verdadero derecho de la persona, en la medida

que este derecho es traducción jurídica de las exigencias sociales que trae consigo la naturaleza y consecuente dignidad humana, la cual se erige como legitimadora y limitadora del poder público, permitiendo que la persona puede alcanzar su pleno desarrollo, que es fin supremo de la sociedad y del Estado.

Asimismo, señala que el reconocimiento de este derecho fundamental establece un mandato constitucional que se dirige al Estado, para que éste pueda proporcionar las instituciones y los mecanismos que hagan factible a toda persona obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de tal modo que le permita tener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.²⁹

Estas normas dentro de un Estado Social de Derecho, contienen un mandato al legislador de esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a los trabajadores pluriempleados una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. En este modelo de Estado, el derecho fundamental a la pensión a través de un sistema mixto de naturaleza complementaria para los trabajadores pluriempleados, adquieren una importancia excepcional, por encontrarse en estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal.

Como diría Castillo Córdova (2020) en la medida que la persona vale como fin supremo, los derechos humanos son bienes humanos debidos, entonces, surge la obligación de garantizar la plena realización del trabajador pluriempleado, a través de la mayor protección y realización posible de sus derechos; optimizando su derecho

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 1063-2006-AA, fundamentos 13 a 15

a la libertad humana a través de la implementación de un sistema previsional mixto de naturaleza complementaria.

Teniendo en cuenta que la finalidad del ser humano es satisfacer sus necesidades básicas imprescindibles como salud, vestido, vivienda, recreación, para que pueda subsistir y desarrollarse. “Esto permite a las personas lograr potenciar sus más amplias capacidades en beneficio de su desarrollo individual y como actores en el ámbito productivo y social” (Sen 2000, citado por Picazzo Palencia, Gutiérrez Garza, Infante Bonfiglio y Cantú Martínez, 2010)

Por ello, bajo la concepción del Estado Constitucional de Derecho, la noción jurídica de dignidad humana también comprende en su objeto a la autonomía del individuo, en todo lo que le concierne a la libertad de escoger un “plan de vida” concreto en sociedad, con el fin de gozar de ciertos bienes indispensables para elegir y elaborar sus planes de vida conforme se propone a lo largo de toda su vida, imponiendo a los poderes del Estado su reconocimiento, respeto y promoción.

En relación con lo antes expresado, el Estado Social de Derecho, resalta el rol activo del Estado en la protección integral de la dignidad del trabajador pluriempleado, en el reconocimiento y garantía de su derecho social a la seguridad social en pensiones, sin ser privativo de los derechos de defensa; “es decir de los derechos y libertades individuales, como los derechos de libertad e igualdad, que garantizan una conducta abstencionista por parte del Estado”³⁰; asegurando con ello, un conjunto de prestaciones sociales en la mayor medida posible, como es, la seguridad social en pensiones, a través de un sistema mixto de naturaleza complementaria.

Si bien, no estamos hablando de un derecho absoluto ya que encuentra su límite en el respeto a los derechos de los demás miembros de comunidad, específicamente de

³⁰ Sentencia del Tribunal constitucional, expediente N.º 1417-2005-AA. Caso Anicama Hernández.

los demás aportantes a la seguridad social en pensiones a través del Sistema Nacional de Pensiones. Teniéndose en cuenta que la vida en sociedad exige a las personas ajustar debidamente sus intereses y expectativas en armonía con el respeto de los valores que abogan por una convivencia pacífica, teniendo en cuenta los derechos del otro y de la comunidad en su conjunto. La constitucionalidad de la medida a implementarse depende de una interpretación contextual de todos los principios y derechos constitucionales que giran en torno a ella.

Por ello, se hace necesario analizar si, el hecho que el trabajador pluriempleado pretenda con esa medida optimizar su derecho al libre desarrollo de su personalidad y consecuente dignidad humana, no conlleve a afectar principios de la seguridad social en pensiones como el de universalidad, progresividad, igualdad y principalmente el de solidaridad.

Si entendemos “que el principio de universalidad supone que el Estado peruano despliegue todas las medidas que le sean posibles, en términos objetivos, para lograr que, progresivamente, todos los ciudadanos del país accedan a una pensión digna”³¹. Debemos decir que, la implementación de un nuevo régimen pensionario, no debe considerarse un retroceso en términos de este principio. Por el contrario, la aplicación de dicho régimen, sobre la base de las condiciones materiales (aportes del trabajador sin subsidios de parte del Estado) y ante las graves dificultades económicas que ha presentado a lo largo del tiempo el establecimiento del régimen previsional contemplado en el Decreto Ley N.º 19990 representa una nueva respuesta desde el Estado, que busca atender las exigencias de los principios constitucionales en materia pensionaria, entre los que se encuentran la sostenibilidad financiera, la misma que no se vería afectaba, al contrario permitiría que con el aporte adicional (1%) que haría

³¹ Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N.º 009-2015-AI/TC

el trabajador pluriempleado, permitiría que el fondo solidario se incremente; sin que de tal implementación se desprenda una afectación de los derechos que puedan ser exigidos en el marco de los principios previamente aludidos, que asisten a los pensionistas que forman parte del Sistema Nacional de Pensiones.

En cuanto al principio de progresividad debe agregarse que el Tribunal Constitucional considera que el contenido esencial del derecho a la pensión está afecto a las evoluciones y a los consensos sociales (...) y las transformaciones que se produzcan deben ser siempre orientadas a hacer más eficaz la protección de los derechos de las personas, no solo en lo referido a su consagración normativa, sino en cuanto a la identificación de mejores y más adecuados mecanismos para garantizar su vigencia³².

Asimismo, como garante de los derechos fundamentales estima que se debe procurar un incremento gradual y progresivo de las pensiones mínimas del régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 19990, de modo que se pueda mantener el poder adquisitivo de este sector de la población (adulto mayor), acorde con el costo de vida y las necesidades vitales actuales.

En la actualidad, el Estado después de dieciocho años dispuso el incremento de las pensiones que reciben más de 561,447 jubilados en todo el país, comprendidos en el Decreto Ley N.º 19990, elevando el monto de la pensión mínima a S/. 500.00 y la máxima a S/ 893.00 soles, pero estas medidas no permiten aún que dicho grupo vulnerable superen la inferioridad real en la que se encuentran en relación con los montos pensionables que obtienen un trabajador que aporta a una Administradora de Fondo de Pensiones (AFP). (Ver cuadro 2)

³² Sentencia del Tribunal constitucional. Expediente N.º 050-2004/AI/TC, Caso cierre de la Ley 20530

La decimoprimera disposición final y transitoria de la Constitución, establece que el Estado está en la obligación de garantizar progresivamente el derecho a la pensión, al señala que "(l)as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

Ahora bien, en cuanto a una posible afectación al principio de solidaridad, se debe decir que, si bien este principio derivado directamente de la cláusula del Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado, de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación por priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, así como la de acabar los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario, como lo ha sustentado el Tribunal Constitucional.

Con la implementación de la medida no se afecta dicho principio; por el contrario, consideramos que existe una mayor solidaridad por parte del trabajador pluriempleado, por cuanto estaría destinando un mayor aporte (14%), al fondo de la seguridad social en pensiones (SNP).

Asimismo, no se estaría privilegiando al trabajador pluriempleado, por cuanto pese a que las prestaciones que brinda el Sistema Nacional de Pensiones, no se miden únicamente sobre la base individualista del cálculo de aportes realizados por cada pensionista, como si lo hacen las Administradoras de Fondos de Pensiones; sino, que se toma en cuenta una base redistributiva, con la finalidad de elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad. La realidad demuestra que, el monto pensionario que ofrece el Sistema Nacional de Pensiones, no cumplen con la finalidad propuesta, teniendo el trabajador pluriempleado, que recurrir al Estado en cumplimiento de su deber de promoción y

protección de los derechos fundamentales de todas las personas, en virtud al artículo 44 de la Constitución Política, a efectos de que éste, permita la implementación de un mecanismo que le permita una mayor y plena efectividad de su derecho a la seguridad social en pensiones, para así hacer frente a sus necesidades vitales y conseguir elevar su calidad de vida.

En relación a las razones antes sustentadas, debe tenerse en cuenta que en función al principio de solidaridad no solo las personas están en el deber de contribuir al mantenimiento del sistema al cual están afiliados, sino que también es deber del Estado de contribuir con la implementación de medidas para hacer de la solidaridad una estrategia para el financiamiento de la seguridad y protección social.

Asimismo, en línea con lo argumentado el Estado no puede basándose en el componente solidario, considerar al trabajador pluriempleado como un ser social, sin tomar en cuenta su ser individual, se impediría de este modo la realización de su pleno desarrollo y la concreción de sus planes personales, limitando su autonomía individual; desconociendo que en base al principio dignidad humana, el hombre es un fin en sí mismo, no un medio.

Por último, en el análisis de una posible afectación al principio de igualdad, debo argumentar que en el caso del régimen previsional mixto de naturaleza complementaria para los trabajadores pluriempleados debe demostrarse dos cosas: (i) trato diferente y (ii) que se encuentra en la misma condición que quien recibió dicho trato diferente.

Para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante debe constatarse que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales, o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación, lo

que vendría a constituir una violación del principio de igualdad por indiferenciación.

Con la implementación de este régimen de pensiones, no existiría indiferenciación de trato, por cuanto se trata de un régimen previsional distinto, que tiene como destinatarios a trabajadores pluriempleados, es decir, trabajadores dependientes que laboran para uno o más empleadores diferentes, en tanto que los destinatarios del Decreto Legislativo N.º 19990 son trabajadores dependientes que laboran para un solo empleador, razón por la cual no se trata de un mismo supuesto de hecho que sea normado de manera diferente.

Asimismo, se debe tener en cuenta que los aportes que se harán a este régimen provendrán de los recursos propios del beneficiario, los mismos que serán solventados con el porcentaje del 12% que se le hará proveniente de la remuneración obtenida en el segundo trabajo, sustrayéndose el Estado de actuar subsidiariamente de manera económica en su financiación; caso contrario, si estaríamos hablando de una afectación al derecho- principio a la igualdad por indiferenciación.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta que la norma del artículo 103 de la Constitución dice: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas”, lo que busca el constituyente con esta norma, es que toda ley especial que se expida debe estar fundada en una razonabilidad objetiva, generando que el Estado quede facultado para desvincular la ley de la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad; que se funda en elemento objetivo, a saber, la “naturaleza de las cosas”. (Rubio Correa, 2017)

La “cosa” regulada por los artículos 10 y 11 es la seguridad social en pensiones, a través de sistemas públicos, privados o mixtos; y, su contenido y finalidad es hacer

frente a las contingencias que establece la ley, como la vejez y elevar la calidad de vida de los trabajadores que se encuentran en situación de pluriempleo.

La realidad del irrisorio monto pensionable que otorga el Sistema Nacional de Pensiones, haciendo imposible que los pensionarios pluriempleados tengan una vida de calidad, debe ser compensado en el derecho a través de mecanismos de igualdad de trato como diferenciación entre éstos y los demás aportantes al Sistema Nacional de Pensiones, como fundamento de los derechos humanos, como diría Peces-Barba Martínez (2008), el criterio más relevante, pertinente y aceptable racionalmente es el de las necesidades básicas, teniendo en cuenta que el objetivo de la igualdad material es facilitar que los derechos puedan contribuir a un mejor uso de la libertad y autonomía, para facilitar el dinamismo de los derechos orientados de manera razonable hacia la satisfacción de las necesidades básicas radicales, de mantenimiento o mejora, cuando su carencia dificulta o impide ese objetivo.

Debe tomarse en cuenta que, si la igualdad es observada como una pauta básica destinada a fomentar la implementación de un sistema mixto de naturaleza complementaria para los trabajadores pluriempleados, formalizadas a través de la ley, ésta coadyuvaría a plasmar la denominada igualdad material, tomando en cuenta la posición social real en que se encuentran los mencionados trabajadores, en relación con pensionistas que aportan a una Administradora de Fondo de Pensiones, se logra una equiparación real y efectiva de los mismos.

La igualdad de trato material como diferenciación genera y fundamenta el derecho humano a la pensión a través de un régimen previsional mixto de naturaleza complementaria que, a través de la satisfacción adecuada de sus necesidades humanas, ayuda a cumplir el objetivo de la seguridad social en pensiones,

contribuir a que las personas gocen de una adecuada calidad de vida, con la superación de los impedimentos económicos que afectarían a los trabajadores pluriempleados durante su jubilación y que éstos pueden satisfacer por sí mismos, con un ingreso adicional proveniente de un monto pensionable acumulado en una Administradora de Fondo de Pensiones.

Ello supone un esfuerzo y una atención del Estado a favor de aquellas personas, cuyo monto pensionable otorgando por el Sistema Nacional de Pensiones, durante la contingencia de su vejez, no podrá cubrir sus necesidades mínimas, con lo cual se vería afectada su dignidad y mutilado el desarrollo de su personalidad.

Asimismo, debería tenerse en cuenta que la diferencia en la situación jurídica en la que se encuentran los trabajadores que realizan pluriempleo y otro grupo de individuos que solo realizan una actividad laboral, respecto a la aportación al sistema de pensiones (ONP), es un acto que genera por parte del Estado (poder legislativo), un desconocimiento de la obligación de no discriminar, que contiene el derecho-principio de igualdad.

Que haciendo una interpretación sistemática con el artículo 2 inciso 2 de nuestra carta magna y en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos; así como el principio – derecho a la dignidad humana, se debe entender que, los derechos humanos son universales porque están basados en la dignidad de todo ser humano, con independencia de la raza, el color, el sexo, el origen étnico o social, la religión, el idioma, la nacionalidad, la edad, la orientación sexual, la discapacidad o cualquier otra característica distintiva; se aplican de forma igual e indiscriminada a todas las personas y son los mismos para todas las personas en todos los lugares.

En conclusión, La trascendencia de esta hipótesis radica, en que la persona humana es el inicio y fin de los derechos humanos, todos los derechos fundamentales como el derecho a la pensión son derechos humanos, por lo tanto, se fundamentan en la dignidad humana.

La dignidad humana, como cualidad intrínseca de la persona humana, es un atributo inalienable e inviolable que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida. Constituyendo como afirma Pérez Luño (2005), tanto una garantía negativa de que la persona no será objeto de ofensas o humillaciones, como una garantía positiva, que implica el pleno desarrollo de su personalidad.

En este sentido, el trabajador pluriempleado en cuanto es persona, es titular de un conjunto de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política, entre ellos el derecho a la pensión, pero no cualquier derecho a la pensión, sino uno que constituya una garantía para alcanzar su pleno desarrollo, con la finalidad de la consecución de bienes humanos que le permitan satisfacer sus necesidades humanas, a fin de gozar de una vida con dignidad.

Por lo tanto, el Estado como principal garante de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores, entre ellas, los trabajadores pluriempleados, debe velar porque sus derechos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales, puedan ser efectivamente ejercidos. Ello implica no solo velar por que se respeten su derecho a libre acceso a la seguridad social en pensiones y a los derechos conexos como dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, vida e integridad física y psicológica, sino también cumplir con el deber de implementar políticas públicas tendientes a garantizarles un nivel de vida digno,

durante su jubilación, como un sistema previsional mixto de naturaleza complementaria.

Como diría el doctor Castillo Córdova (2008), si el Derecho es el conjunto de normas buenas y justas elaboradas por los hombres y aplicadas a los hombres y este tiene que ver con la justicia, y la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde; lo primero que le corresponde al trabajador pluriempleado, es su pleno desarrollo como tal.

Y en la medida que este pleno desarrollo lo adquiere alcanzando cuotas de perfeccionamiento humano, es decir, satisfaciendo sus necesidades humanas a través de la consecución de bienes humanos, como su derecho fundamental a la pensión a través del acceso a un sistema previsional mixto de naturaleza complementaria, entonces lo justo a esta persona es la adquisición de tales bienes humanos, la protección jurídica, por parte del Estado.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA LEGISLATIVA

Proyecto de Ley N.º 01 – 2021

SUMILLA: Ley que permite la creación de un Sistema Previsional Mixto, para los trabajadores pluriempleados en el Perú.

A iniciativa de la Congresista que suscribe, ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política, y de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. TÍTULO DE LA DISPOSICIÓN

Ley que autoriza la creación el sistema previsional mixto, para los trabajadores pluriempleados en el Perú.

II. MARCO NORMATIVO

Constitucional Política del Perú, artículo 10 y 11

- Decreto Ley 19990 crea el Sistema Nacional de Pensiones (SNP)

III. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 10 reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precisa la ley y para la elevación de su calidad de vida.

De la norma constitucional, se desprende el derecho a la seguridad social considerada como una garantía constitucional al derecho fundamental a la pensión, que le permite al trabajador jubilado un mínimo de bienestar cuando ya no pueda trabajar.

Por otro lado, el artículo 11, primer párrafo, establece el mecanismo de libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, las mismas que deben ser garantizadas por el Estado a través de entidades tanto públicas como privadas o mixtas.

Actualmente en nuestro país existen dos sistemas previsionales mutuamente excluyentes que garantizan el acceso a pensiones, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado por la Oficina de Normalización Previsional, el cual se define como un sistema solidario donde todos aportan a un solo fondo, del cual se hace luego el reparto de las pensiones, estas aportaciones varían de acuerdo a la remuneración percibida y años de aportación.

Por otro lado, tenemos al Sistema Nacional de Pensiones (SPP), gestionado a través de las Administradoras de Fondos de Pensiones, entendido como un sistema de capitalización, donde cada afiliado aporta personalmente los recursos que servirán para el pago de su pensión, los mismos que se destinarán a una cuenta personal. Como se advierte, no existe un sistema previsional mixto, que permita brindar, luego de una vida laboral, una pensión digna a aquel trabajador que se encuentra jubilado. Para obtener el derecho a una pensión, el trabajador que se encuentra en situación de dependencia frente a un empleador deberá inscribirse a un régimen previsional sea

público o privado y aportar al primero de ellos de manera obligatoria el 13% de la remuneración pensionable, o caso contrario, al segundo un 10%; más el aporte a contribuciones medias de 1,87% y 0,96% para las comisiones de administración y el seguro de supervivencia e invalidez, respectivamente.

Es aquí donde radica el problema, toda vez que, cuando un trabajador que realiza labores adicionales de manera dependiente, es decir labora para dos o más empleadores diferentes y está registrado en planillas, de tal manera que percibe más de una remuneración, cada uno de sus empleadores estará en la obligación de hacerle el respectivo descuento por aportes a la seguridad social en pensiones, cuyos aportes irán, si así lo ha decidido, al fondo solidario del Sistema Nacional de Pensiones. Existiendo por ello una duplicidad de aportaciones que en ningún caso beneficiará al trabajador cuando se jubile. Por cuanto, cuando solicite su pensión en el Sistema Nacional de Pensiones, el monto pensionable estará en función de un mínimo y un máximo, más no en función del monto total de aportaciones hechas durante el período establecido por ley.

Caso contrario, sucede si ese doble aporte se hace en una Administradora de Fondo de Pensiones, todo lo que se le descuenta al trabajador va a una cuenta individual de capitalización, beneficiándose al momento de solicitar su jubilación, por cuanto el doble aporte realizado, incrementa su fondo pensionable.

Esta doble aportación de un 26% en total, afecta los ingresos del trabajador pluriempleado, los cuales tuvieron como finalidad cubrir sus necesidades económicas y mejorar su calidad de vida.

El respeto, promoción y protección del derecho fundamental a la pensión del trabajador pluriempleado, constituyen un interés central del ordenamiento jurídico, porque conlleva a proteger sus derechos fundamentales como la vida, integridad

física y psicológica, así como el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

Por lo tanto, se requiere de una norma que resuelva la forma como los trabajadores que realizan pluriempleo deberían aportar a la seguridad social a efectos de equiparar su monto pensionable en relación a los trabajadores que aportan a una Administradora de Fondo de Pensiones y elevar su calidad de vida durante la jubilación. Vacío legislativo que requiere ser tratado oportunamente, a efectos de lograr la mayor optimización de los derechos fundamentales de los trabajadores como son el derecho a dignidad humana y al libre desarrollo de su personalidad.

IV. PROPUESTA

Con la presente iniciativa legislativa se busca crear un régimen de la seguridad social en pensiones mixta y de naturaleza complementaria, para los trabajadores que realizan labores en la calidad de pluriempleados, en nuestro país.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 1 dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad. Asimismo, en su artículo 10 reconoce a toda persona el derecho a la Seguridad Social, de forma universal y progresiva, para su protección frente a las contingencias que se presenten en su vida, como, accidente o invalidez, fallecimiento, maternidad, vejez, desempleo y para la elevación de su calidad de vida.

Y en su artículo 11 el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

La iniciativa legislativa busca cumplir con un mandato constitucional, que es asegurar pensiones para la vejez de los trabajadores pluriempleados, que aportan al Sistema Nacional de Pensiones, a través del libre acceso a un sistema previsional

mixto, como una opción alternativa al que ofrece el sistema pensionario público, con la finalidad de cumplir con uno de los objetivos de la seguridad social como es elevar su calidad de vida; dado que la pensión que recibirán en un futuro (Entre 500 a 850 nuevos soles) en nada le permitirá cubrir sus necesidades básicas.

¿Por qué un régimen previsional mixto de naturaleza complementaria?

- Abre la posibilidad que los trabajadores pluriempleados puedan optar por una aseguradora de carácter privado, ante la insuficiencia del monto pensionable que obtenga por sus aportes al Sistema Nacional de Pensiones.
- Permite incrementar la cobertura personal de su monto pensionable de jubilación y así elevar su calidad de vida.
- Optimiza el principio – derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de su personalidad, al permitir que el trabajador pluriempleado pueda decidir libremente realizar su plan de vida, teniendo acceso a un sistema previsional mixto de naturaleza complementaria, para que no caiga en situaciones de precariedad durante su vejez.
- Salvaguarda el principio de solidaridad, por cuanto el trabajador contribuye a un fondo de reparto y a su propia cuenta individual de capitalización.

V. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La vigencia de la presente Ley permitirá perfeccionar y complementar la Legislación relacionada con los sistemas de la seguridad social en pensiones.

VI. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La iniciativa legislativa conlleva a los siguientes beneficios y coste de oportunidad:

- Mejorar la cobertura pensionaria de los trabajadores pluriempleados, cumpliendo con el mandato de la Constitución Política sobre el derecho a libre acceso a pensiones, de forma progresiva.
- El afiliado pluriempleado cuyos aportes son destinados al Sistema Nacional de Pensiones, incrementará su cobertura personal, por cuanto sus aportes irán a un fondo y a una cuenta individual de capitalización.
- En el marco del Estado Constitucional de Derecho, contribuye a brindarle mayor eficacia a sus derechos fundamentales como la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, en conexidad con el derecho a la pensión, los derechos a la vida e integridad física y psicológica.
- El Estado se beneficia de la mayor cotización que realiza el trabajador pluriempleado a la seguridad social, recaudando más dinero para el fisco.
- El beneficio para la economía y la sociedad dependen del crecimiento del fondo administrado tanto público (fondo común) como privado (cuenta de capitalización), el cual depende a su vez de los aportes y la rentabilidad y de la forma en que se invierte el fondo privado (y que está en función a los límites y las alternativas de inversión disponibles).
- El Gobierno deberá incluir como obligación de gasto en el presupuesto público del Estado, la prestación económica de la presente iniciativa legislativa, una vez que haya alcanzado su tramitación parlamentaria.

VII. EFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

- 6.1. La vigencia de la presente Ley permitirá perfeccionar y complementar la Legislación respecto a la seguridad social, al reconocer la implicancia del pluriempleo en la seguridad social.

FÓRMULA LEGAL

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

HA DADO LA SIGUIENTE LEY:

LEY QUE CREA EL SISTEMA PREVISIONAL MIXTO, PARA LOS TRABAJADORES PLURIEMPLEADOS EN EL PERÚ

Artículo 1. Creación

Créese el Sistema Previsional Mixto, de naturaleza complementaria para los trabajadores que se encuentren en situación de pluriempleo, en el que se articule un pilar público, bajo el modelo de reparto, que garantice al trabajador una pensión mínima y un pilar privado, bajo el modelo de capitalización, que sirva de suplemento a la prestación básica, de tal manera que les permita obtener un mayor ahorro, a efectos que durante su vejez, puedan obtener una calidad de vida digna, acorde con el principio dignidad humana.

Régimen que debe estar acorde con el principio de suficiencia, que implica que la pensión de los trabajadores pluriempleados, debe ser suficiente para vivir adecuadamente, evitando el deterioro de su calidad de vida.

Artículo 2. Bienes jurídicos tutelados

Son aquellos consagrados en la Constitución Política del Perú en su artículo 2, numeral 1°, Derecho de libre acceso a pensiones, Derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física, 2° Derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación.

TÍTULO I

CAPÍTULO I

DE LOS ASEGURADOS

Artículo 3. Son asegurados obligatorios al sistema mixto complementario, todos los trabajadores que se encuentren en calidad de pluriempleados.

Artículo 4. Son considerados pluriempleados, todo aquel trabajador que realice labores por cuenta ajena, para dos o más empleadores y cuyos aportes a la seguridad social, estén destinados al Sistema Nacional de Pensiones Decreto Ley N.º 19990.

Artículo 5. No están comprendidos en los alcances de la presente ley, los trabajadores que se encuentren en situación de pluriactividad; es decir, que realicen trabajos por cuenta ajena y a su vez de manera autónoma.

CAPÍTULO II

DE LA ORGANIZACIÓN FINANCIERA

Artículo 6. Constituyen fuentes de financiamiento del Sistema Previsional Mixto de naturaleza complementaria:

- a) Las aportaciones de los trabajadores que se encuentren en situación de pluriempleo.

- b) El producto de las multas y recargos por las infracciones a la presente ley y a su reglamento.
- c) El rendimiento de sus inversiones
- d) Los intereses de sus capitales y reservas

Artículo 7. Para los fines del sistema se considera remuneración asegurable, el total de las cantidades percibidas por el trabajador o el ingreso asegurable mensual, por los servicios que presta a cada empleador o empresa, cualquiera que sea la denominación que se le dé; afecto al descuento previsto en cada sistema pensionario, con las excepciones que se consignan en el artículo siguiente.

Artículo 8. Para los fines del sistema no forman parte de la remuneración asegurable, las cantidades que perciba el asegurado por los siguientes conceptos:

- a) Gratificaciones extraordinarias
- b) Participación en las utilidades
- c) Las sumas o bienes entregados al trabajador para la realización de sus labores, exigidos por la naturaleza de éstas, como los destinados a movilidad, viáticos, representación y vestuario.

Artículo 9. La remuneración básica asegurable sobre la que se pagará aportaciones, por cada empleo, será fijada por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de ministros, a propuesta de las comisiones de trabajo y seguridad social y de salud, población y familia del Congreso de la República y previo estudio actuarial.

Artículo 10. Las aportaciones, recargos y multas adeudadas darán lugar a cobranza coactiva. El procedimiento coactivo, bajo responsabilidad de la autoridad competente, se iniciará en el término de treinta días contados a partir de la fecha en que el empleador y las empresas obligados al pago de las aportaciones no cumplan con efectuar dicho abono.

Artículo 11. Con el objeto de mantener el principio de solidaridad, el trabajador deberá aportar un porcentaje del 14% que se descontará del sueldo de mayor ingreso mensual y será destinado al pilar público; y, el 12% que se descuenta del sueldo de menor ingreso mensual, se cotizará a la cuenta de capitalización individual.

CAPÍTULO III DE LAS PRESTACIONES

Sección 1

Pensión de jubilación

Artículo 12. Tienen derecho a pensión de jubilación los trabajadores pluriempleados en las edades previstas para cada uno de los regímenes previsionales, siempre que cuenten con los requisitos de aportación previstos en el Decreto Ley 19990 y sus modificatorias y en la Ley 25897 que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y sus modificatorias.

CAPÍTULO IV
DE LA ADMINISTRACIÓN

Artículo 13. La supervisión y fiscalización del Sistema Previsional Mixto de naturaleza complementaria, se encuentra bajo la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

TÍTULO II
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera. La presente ley entrará en vigencia a los 30 (treinta) días naturales, posteriores a la publicación de su reglamento.

Segunda. Elabórese el reglamento correspondiente, el mismo que deberá ser promulgado mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de ministros, en un plazo no mayor de 90 (noventa) días naturales a partir de la publicación de la presente Ley.

TÍTULO III
DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 14. El sistema mixto de pensiones de naturaleza complementaria, para trabajadores pluriempleados entrará en vigencia a 120 días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Comuníquese al señor presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil veinte.

CONCLUSIONES

1. Existe un mandato constitucional previsto en el artículo 11 de nuestra norma suprema, que compromete al Estado peruano a implementar un sistema previsional con participación pública y privada accesible a toda la población y que permita cumplir con una de las finalidades de la seguridad social en pensiones, proteger a las personas y entre éstas al trabajador pluriempleado de la contingencia de la vejez y elevar su calidad de vida.
2. Un sistema mixto de pensiones, permite que los trabajadores pluriempleados puedan ampliar la cobertura personal de protección frente a la contingencia de la vejez, por cuanto este sistema se expresa como un modelo de sistema previsional con dos pilares (público y privado) complementarios, de afiliación obligatoria. A través del cual, el régimen público brinda una pensión mínima que sirve como sustento básico de los jubilados, mientras que el sistema privado brinda una pensión complementaria, cuyo objetivo es reemplazar a las remuneraciones dejadas de percibir; dando lugar a que cuando el trabajador pluriempleado se jubile, el monto pensionable a recibir permita elevar su calidad de vida, objetivo principal de todo sistema previsional.
3. El paradigma del Estado Constitucional de Derecho exige la coherencia y completitud de las leyes ordinarias con respecto a las normas constitucionales, impone, en particular el cumplimiento de lagunas generadas por la inexistencia de normas que imponen las obligaciones de prestación correspondiente a los derechos sociales constitucionalmente establecidos, como es el derecho a la pensión a través de un sistema mixto de naturaleza complementaria, mediante su introducción legislativa, los

poderes públicos no pueden ignorar esta realidad (la de los trabajadores pluriempleados), que se haya subsumida en un concepto, como es el de la dignidad de la persona, la cual incluye su autonomía y libertad.

4. El libre acceso a una pensión de naturaleza mixta, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, posee eficacia y virtualidad propia, fundamentalmente porque su contenido se halla estrechamente vinculado a la integridad física, a la vida personal y familiar o, en general, a la dignidad humana, la misma que remite a la idea, que la persona como el trabajador pluriempleado, es un fin en sí mismo, por lo que nunca debe ser tratada como un medio para la consecución del bien común.
5. El Sistema mixto de pensiones ha sido recogido en la normativa de países como: Uruguay, Costa Rica, Panamá, Nueva Zelandia, Holanda, Suecia; como un sistema multipilar conformado por un sistema público contributivo y un sistema de ahorro individual, teniendo en cuenta los ingresos mensuales de los trabajadores, con participación en los aportes tanto del trabajador como el empleador.
6. Si bien del análisis de la normativa estipulada en las leyes sobre seguridad social en el Derecho comparado, no se ha determinado que exista una norma que permita la implementación de un régimen previsional mixto, para trabajadores que realizan pluriempleo. Se puede concluir que, en el caso de Uruguay, para la implementar este sistema mixto se ha tomado en cuenta a aquellos trabajadores que perciben mayores ingresos, quienes ingresaron de manera obligatoria a aportar tanto a un régimen de reparto como al de capitalización, manteniéndose los trabajadores de bajos recursos en el régimen de reparto.

7. La situación de pluriempleo ha sido prevista en el derecho comparado, tal es así que en los países que han sido objeto de investigación, tales como España, Cuba, Argentina y Colombia, existe un marco normativo respecto a los derechos laborales y la seguridad social, el cual determina cuando una persona se encuentra en situación de pluriempleo y como es que se calculan los aportes a la seguridad social, lo que se debe resaltar aquí, es que todas estas legislaciones prevén un tope máximo de cotización en función al total del salario devengado por cada uno de ellos, más no el doble aporte por cada empleador.

RECOMENDACIONES

1. Al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, como órgano encargado de la discusión y concertación de políticas en materia de trabajo, de promoción del empleo y de protección social, para que promueva un debate público con el propósito de analizar la necesidad de reformular la relación existente entre el sistema público y privado de pensiones, convocando a las asociaciones de pensionistas, así como a los principales actores del sector público involucrados en la reforma.
2. Al Congreso de la República y a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP para que a través de la Comisión de Seguridad Social y la Superintendencia Adjunta de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, respectivamente, realicen un estudio de campo a finalidad de analizar la situación de pluriempleo en el Perú y la incidencia de ésta en los sistemas de pensiones, en la perspectiva de una eventual reforma de los sistemas de pensiones en nuestro país, que permita un mayor beneficio en la cobertura de pensiones y cumplir con el mandato constitucional de elevación de la calidad de vida del trabajador pluriempleado al momento de su jubilación, acorde con el principio – dignidad humana.
3. Al Poder legislativo, analizar la situación de pluriempleo por lo que atraviesan un grupo de peruanos y su implicancia en la seguridad social, en cuanto al doble aporte a la seguridad social, a efectos de regular la forma cómo estos trabajadores deben aportar a la seguridad social como lo hacen otros países como España, Cuba, Argentina y Colombia, que establecen un tope máximo de cotización tomando en cuenta el total de los ingresos permitidos en ambos trabajos.

4. Dado que el objetivo de la presente investigación, fue establecer fundamentos jurídicos para la creación un sistema previsional mixto para los trabajadores que realizan pluriempleo en el Perú, se hace necesario complementar la presente investigación, con un estudio económico y financiero riguroso y eficiente que permita determinar científicamente el costo beneficio de la propuesta legislativa; toda vez que, al tratarse de contribuciones a un sistema previsional, el análisis de costo beneficio no puede limitarse al de costo de oportunidad, sino que se hace necesario el estudio del impacto económico–financiero de la futura ley.

5. A la comunidad jurídica, se recomienda efectuar estudios sobre el fenómeno social del pluriempleo y su incidencia en las normas laborales y de la seguridad social. Por cuanto, durante el desarrollo de la investigación hemos podido constatar que a nivel de nuestro país los estudios sobre la materia son casi nulos, a diferencia de la legislación comparada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto Revilla, C. (2014). Crisis del Sistema Nacional de Pensiones. Recuperado de <https://laley.pe/art/1340/crisis-del-sistema-nacional-de-pensiones>
- Abanto Revilla, C. (2014). Manual del Sistema Nacional de Pensiones (1era. ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Abanto, Revilla C. (2015). Revisión de las vías judiciales para reclamar pretensiones del Sistema Nacional de Pensiones. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 242 - 253.
- Alarte Mayordomo, C. (2010). Pluriempleo y Pluriactividad en el Sector Privado Español. Murcia, España. Recuperado de <http://www.tesisenred.net>
- Alexy, R. (2004). Epílogo a los derechos fundamentales. (C. Bernal Pulido, Trad.) España: Mercantiles y Bienes Muebles de España. Centro de Estudios.
- Alexy, R. (2008). Teoría de los Derechos Fundamentales (Segunda ed.). (C. B. Pulido, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aparicio Tovar, F. (2002). La Evolución Regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002. Hacia el Seguro y el Asistencialismo. *Derecho Social*, 24.
- Arenas de Meza, A. (2019). Los sistemas de pensiones en la encrucijada. Desafíos para la sostenibilidad en América Latina (Vol. 159). Santiago, Chile: CEPAL. Recuperado de Cepal.org: <https://repositorio.cepal.org>

Arráez, M., Calles, J., & Moreno de Tovar, L. (2006). La Hermenéutica: Una actividad interpretativa. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, 2, 181. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/410/41070212.pdf>

Atienza Rodríguez, M. (2011). *Argumentación Constitucional: Teoría y Práctica*. México: Porrúa.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2014). *Panorama de las pensiones: América Latina y el Caribe*.

Bernal Pulido, C. (2013). *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Proyectos Editoriales Curcio Penen.

Castillo Córdova, L. (2005). *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una Teoría General*. Lima: Palestra Editores.

Castillo Córdova, L. (2007). *Los derechos humanos: La persona como inicio y fin del Derecho*: Repositorio institucional PIRHUA. Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe>

Castillo Córdova, L. (2013). *La Constitución del Estado Constitucional*. Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe>.

Castillo Córdova, L. (2020). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales (Vol. I)*. Lima: ZELA Grupo Editorial EIRL.

- Cruz - Saco, M., Mendoza, J., & Seminario, B. (2014). El Sistema Previsional del Perú: Diagnóstico 1996-2013, proyecciones 2014-2050 y reforma. Recuperado de Universidad del Pacífico Centro de Investigación: <https://repositorio.up.edu.pe>
- De Asís Roig, R. (2001). Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista. Madrid: Dykinson.
- Defensoría del Pueblo. (2004). Informe defensorial N 85: La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N 19990 y 20530: Los derechos adquiridos. Recuperado de <http://www.gob.pe>
- Defensoría del Pueblo. (2005). El futuro de los sistema de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado. Informe Defensoral, Defensoría del Pueblo, Lima, Lima - Perú.
- Dupré, M. (s.f). Medición de los ingresos relacionados con el empleo. Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de <http://www.cepal.org>
- Durán Ribera, W. (2002). La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional. Ius et Praxis. Recuperado de Scielo: <https://scielo.conicyt.cl>
- Escurre Mayaute, L. (1999). El Pluriempleo en Profesionales Universitarios. Persona. Revista de la Facultad de Psicología, 249. Recuperado de <https://siis.unmsm.edu.pe>
- Ferrajoli, L. (2001). Derecho y razón. Madrid: Trotta.

- García Toma, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Derecho & Sociedad*. 51. Recuperado el 25 de mayo de 2019 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index>
- González Hunt, C. (2009). La Configuración Constitucional de la Seguridad Social en Pensiones. En s.a., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 425-440). Lima: Grijley.
- Organización Mundial de la Salud (1996). Sobre la calidad de vida. Recuperado de <https://apps.who.int/iris>
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del Derecho Positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional* (primera ed.). Trad.) Lima: Palestra Editores.
- Hunt, B. (2004). Política Educativa; Evaluación de la Educación; Educación Pública. En B. Hunt, *La educación primaria peruana: aún necesita mejorarse* (pág. 66). Lima: GRADE.
- Instituto Peruano de Economía. (2012). Guardamos pan para la vejez. IPE Instituto Peruano de Economía. Recuperado de <https://www.ipe.org.pe/portal/guardamos-pan-para-la-vejez/>
- Instituto Peruano de Economía. (2014). Como fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Lima, Perú. Recuperado de <http://www.ipe.org.pe/sistema-de-pensiones>
- Instituto Peruano de Economía. (2018). IPE. Reforma del sistema de pensiones. Recuperado de <https://www.ipe.org.pe/portal/reforma-del-sistema-de-pensiones/>

Instituto Peruano de Economía. (2019). Análisis sobre sistemas de pensiones público y privado. Recuperado de <https://www.ipe.org.pe/portal>

Kerlinger, F., & Lee, H. (2002). Investigación del comportamiento. Métodos de investigación en ciencias sociales. México: Mc. Graw Hill.

Landa Arroyo, C. (2018). La constitucionalización del Derecho. Lima, Perú: Palestra.

Martínez Bullé - Goyri, V. (2016). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Recuperado de redalyc: e <http://www.redalyc.org/articuloBasic>.

Neves Mujica, J. (2019). Si estamos bien, ¿por qué 7 de cada 10 peruanos busca trabajo adicional? Política. (D. Uno, Entrevistador)

Nogueira Alcalá, H. (2005). Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, 11, 64. Recuperado de <http://dx.doi.org>

Organización Internacional del Trabajo. (2009). ILO. Obtenido de ILO.Org: <http://www.ilo.org/global/publications>

Organización Internacional del Trabajo. (2018). Panorama temático laboral: Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe. Ginebra.

Organización Panamericana de la Salud. (2012). Estudio comparativo de las condiciones de trabajo y salud de los trabajadores de la salud en: Argentina, Brasil, Costa Rica y Perú. Recuperado de PAHO. Org: <https://www.paho.org/hq/>

Pazo Pineda, O. (2014). Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Peces-Barba, G., De Asis Roig, R., & Barranco Avilés, M. (2004). Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general. Madrid: Dykinson.

Peñaranda Castañeda, C. (2019). Es indispensable modernizar el Sistema de Pensiones a la par de mayor formalidad. Recuperado de apps.camaralima.org.pe: <https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps>

Pérez Luño, A. (2005). Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos.

Pérez Luño, A. (2005). Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos.

Pérez y Soto, D., & Calderón Ossa, Y. (2012). El concepto de seguridad social. Una aproximación a sus alcances y fines. Dialnet. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5978951>

Picazzo Palencia, E., Gutiérrez Garza, E., Infante Bonfiglio, J., & Cantú Martínez, P. (2010). La teoría del desarrollo humano y sustentable: hacia el reforzamiento de la salud como un derecho y libertad universal. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx>

Rubio Correa, M. (2017). La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sosa Sacio, J. (2009). Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica.

Velásco Guitérrez, Y. (2013). La dignidad humana como valor, principio y derecho. En la jurisprudencia constitucional colombiana. Criterios - Cuadernos de ciencias jurídicas y política internacional. Recuperado de <https://revistas.usb.edu.co/index>

Villavicencio Ríos, A. (2013). La reducción de la jornada de trabajo. Entre el sueño y la quimera. Derecho & Sociedad, 227-238. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index>

Zagrebelsky, G. (2008). El derecho ductil (8 ed. ed.). Madrid, España: Trotta S.A.

Zelayarán Durand, M. (1997). Metodología de la Investigación Jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas.

ANEXOS

Cuadro 1

Cuadro comparativo de sistemas de pensiones en el Perú				
Sistema de pensiones	Tasa de aporte	Años de aporte	Edad de jubilación	Monto de pensión promedio
ONP	13%	20	65	S/605.6
AFP	10%	No aplica	65	S7. 1,105.0
Militares y Policiales	6% (afiliado)	20	No aplica	S/2,031.07

Fuente: SBS

Elaboración: Diario Gestión

Información correspondiente al año 2018

Cuadro 2

Cantidad de trabajadores que aportan al SNP a través de 2 o más empleadores

Cantidad de empleadores	Cantidad de trabajadores
2 empleadores	23,383
Más de 2 empleadores	2,345

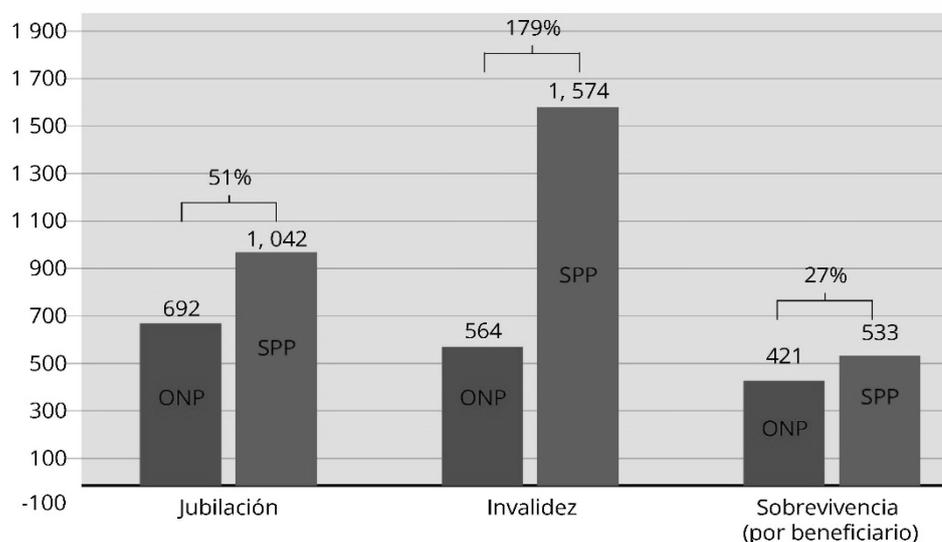
Fuente: SUNAT

Elaboración: Gestión de Afiliados - ONP

Información correspondiente al periodo: 09 2020

Cuadro 3

PENSIÓN PROMEDIO POR TIPO DE BENEFICIO SETIEMBRE 2018



FUENTE: SBS y ONP

ELABORACIÓN: Enterarse

Las pensiones promedio del Sistema Nacional de Pensiones (SPP) son mayores que las pensiones del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) a cargo de la ONP. Así, las pensiones de jubilación del SPP son 51% mayores a las del SNP.