

Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?*

Disability, incapacity for work and tongue-twister:
can a person with disability work and receive an incapacity pension?

RENATA BREGAGLIO LAZARTE**, RENATO
CONSTANTINO CAYCHO***, SAULO GALICIA VIDAL &
ERICK BEYÁ GONZÁLEZ****

Resumen: El presente artículo intentará enfocarse en una problemática que comienza a presentarse en la realidad y que requiere una respuesta jurídica adecuada y respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad: ¿todas las personas con discapacidad tienen incapacidad para el trabajo? Esta pregunta busca realizar una valoración crítica de los tradicionales sistemas de seguridad social que entendieron que toda discapacidad llevaba al fin de la vida productiva. No obstante, esto confronta directamente los postulados del modelo social de la discapacidad que proclaman que las imposibilidades de las personas con discapacidad provienen de barreras sociales y no de las personas. Si la discapacidad no equivale a la incapacidad, ¿cómo debe entenderse y aplicarse dicha figura? La existencia de ambas figuras nos reta a plantear cuáles son las diferencias y similitudes entre ambas. Esta investigación se guía bajo la hipótesis de que ambos términos denotan situaciones distintas aunque estas pueden presentarse de manera simultánea.

Palabras clave: discapacidad – invalidez para el trabajo – seguridad social – protección social – preexistencia

* El presente artículo ha sido elaborado como parte del trabajo sobre la «Diferencia entre la invalidez permanente y la discapacidad, así como sus efectos en materia de seguridad jurídica», del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

** Abogada, magíster en derechos humanos y candidata a doctora por la PUCP, donde también es docente ordinaria del Departamento Académico de Derecho, además es Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Coordinadora del Grupo Interdisciplinario en Discapacidad de la PUCP-GRIDIS y docente de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP. Correo electrónico: renata.bregaglio@pucp.pe

*** Abogado y estudiante de la Maestría en Derechos Humanos por la PUCP, Adjunto del Curso Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP y Jefe de Práctica del Curso de Ciudadanía y Responsabilidad Social de dicha casa de estudios. Miembro del Grupo Interdisciplinario en Discapacidad de la PUCP-GRIDIS. Correo electrónico: renato.constantino@pucp.pe

**** Bachiller en Derecho por la PUCP, Adjunto de Docencia del curso Derecho Laboral General e Instituciones del Derecho Privado 2 de la PUCP. Ex alumno del curso de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP. Correo electrónico: sgalicia@pucp.pe.

***** Bachiller en Derecho por la PUCP, asistente del Doctor Francisco Eguiguren Praeli. Ha sido adjunto de docencia en los cursos Sistemas Salariales y Tributos Sociales, Derecho Colectivo de Trabajo y Derecho Laboral General, y Derecho al Trabajo y Cine. Es ex alumno del curso de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP y miembro del Grupo Interdisciplinario en Discapacidad de la PUCP-GRIDIS. Correo electrónico: ebeya@pucp.edu.pe

Abstract: The article focuses on a new problem that requires an adequate legal answer that respects the rights of the persons with disabilities: are all persons with disabilities incapacitated for work? This question tries to make a critical assessment of the traditional systems of social security that assumed that any disability led to the end of the productive life. However, that differs completely from the view of the social model of disability that states that disability comes from the social barriers and not from the persons. If disability is not the same as incapacity to work, how and when should this latter figure be applied? The existence of both figures requires us to differentiate them. The hypothesis is that these figures are different but may coexist at the same time.

Key words: disability – incapacity to work – social security – social protection – preexistence

CONTENIDO: I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA: CUANDO LA DISCAPACIDAD INCAPACITA.- II. LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD.- III. LA INVALIDEZ Y LA INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO Y SU RELACIÓN CON LA DISCAPACIDAD.- III.1. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL.- III.2. UNA MIRADA NACIONAL.- III.3. DISTINGUIENDO CONCEPTOS.- IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN.- IV.1. LA MEDICIÓN DE LA INCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO PERUANO.- IV.2. PORCENTUALIZACIONES Y PREEXISTENCIAS. CUANDO LA DISCAPACIDAD NO SE ENTIENDE Y CARLOS GÁLVEZ NO PUEDE COBRAR SU PENSIÓN DE INVALIDEZ (INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO).- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA: CUANDO LA DISCAPACIDAD INCAPACITA

Carlos Gálvez¹ tiene 45 años. En 1990, por una lesión medular, producto de un cuadro de meningitis tuberculosa, perdió la movilidad en las piernas. Ello, sin embargo, no le impidió estudiar una carrera profesional, especializarse en el extranjero y trabajar ininterrumpidamente. En 1996, Carlos Gálvez se afilió a una Administradora de Fondos de Pensiones (en adelante, AFP) —el nombre de la misma es irrelevante, pues lo que se expondrá a continuación hubiera tenido el mismo desenlace en cualquier AFP del país y probablemente en gran parte del mundo— y ha venido realizando los aportes correspondientes. En el 2013, producto del ejercicio de impulsar su silla de ruedas, Carlos Gálvez se lesionó el hombro. Como no podía desplazarse al trabajo, solicitó la invalidez temporal y se ausentó del trabajo durante 11 meses. Al término de ese periodo, su médico le dijo que la lesión no mejoraría y que ya no podría

¹ Los hechos descritos son reales, pero el nombre de la persona involucrada ha sido modificado para mantener la confidencialidad. La Clínica Jurídica de Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP viene litigando este caso desde el año 2014. Los autores del presente artículo han participado en dicho litigio.

impulsar más su propia silla. Ante esta realidad, y dado que los costos de contratar a un asistente personal que lo apoye eran superiores a su sueldo, Carlos resolvió solicitar la invalidez permanente y retirarse de su trabajo. El trámite de invalidez prosperó ante el Comité Médico de AFP (COMAFP), pues reunía los requisitos establecidos por la legislación peruana. Sin embargo, si bien el COMAFP determinó la condición de invalidez permanente para el trabajo, señaló que esta se había adquirido en 1990 (con la lesión medular), dejando fuera la posibilidad de otorgarle la pensión correspondiente (dado que su ingreso a la AFP fue en 1996). Lo particular del caso es que el COMAFP califica la lesión en los siguientes porcentajes: lesión medular (menoscabo del 70%) y lesión en el hombro (menoscabo del 4%). Esto generó que Carlos Gálvez quede fuera de la protección de la AFP, pues su mayor menoscabo surgió antes de su afiliación. Carlos apeló tal decisión ante el Comité Médico de la Superintendencia (COMEC), quien resolvió la apelación en los mismos términos que el COMAFP.

Frente a esto, y dado que la lesión del hombro es una diferente a la medular (y no puede ser considerada una preexistencia), cabe preguntarse, ¿son la discapacidad y la incapacidad para el trabajo equiparables? ¿Cuándo surge la incapacidad para el trabajo de Carlos Gálvez, en 1990 —cuando queda en situación de discapacidad—, como señalan el COMAFP y COMEC, o en 2013 cuando apareció una lesión en el hombro que le impidió realizar su trabajo? Si haber perdido la movilidad en las piernas genera un menoscabo del 70%, ¿cómo una persona en la situación de Carlos Gálvez podría calificar para ser considerado incapaz para el trabajo, si la norma peruana exige un menoscabo mayor a dos tercios dentro del periodo de cobertura?

De acuerdo con el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, 2006; en adelante CDPCD) y el capítulo VI de la Ley General de la Persona con Discapacidad peruana (Congreso de la República, 2012; en adelante LGPCD), se debe promover la inclusión laboral de este colectivo. Esta inclusión no debe ser meramente formal, sino que debe darse en estricto cumplimiento de la normativa interna, permitiendo que las personas con discapacidad accedan a un puesto de trabajo con todos los beneficios de que la legislación peruana prevé y con la posibilidad de acceder a los beneficios de seguridad social relacionados. Sin embargo, la falta de claridad terminológica y la confusión entre discapacidad e incapacidad para el trabajo estarían generando que las personas con discapacidad, aunque lleguen a tener un empleo, no puedan (eventualmente) acceder a una pensión por incapacidad para el trabajo, pues, desde el inicio, la norma los rotularía con esta categoría y los dejaría fuera de cualquier sistema de seguridad social (público o privado) al que se podrían afiliarse en el marco de un contrato laboral.

293

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SITENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

Por ello, en el presente artículo, se contrastarán los conceptos de invalidez, incapacidad y discapacidad a efectos de desentrañar su real contenido jurídico. Asimismo, luego de realizar el análisis sobre el tratamiento normativo que estas figuras tienen en el ordenamiento internacional, peruano y comparado, se plantearán propuestas de regulación acordes al paradigma de la CDPCD.

II. LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD

Si se hace un recuento histórico del abordaje de la discapacidad, se encuentra que en un primer momento (Antigüedad y Edad Media) esta fue entendida como un castigo divino o maldición. La respuesta frente a esta realidad era la eugenesia o el ocultamiento de estas personas. De manera más reciente (siglo XIX), la discapacidad pasó a ser entendida como una condición asociada a la enfermedad (un conjunto de impedimentos físicos, sensoriales o mentales que tenían ciertas personas). Este modelo se llamó «médico» o «rehabilitador» (Palacios, 2008, pp. 80-81). Bajo este modelo se entendía que la discapacidad era una condición que se encontraba en la persona y que le impedía realizar determinadas actividades. La respuesta de la sociedad frente a este modelo no es el prescindir de la persona con discapacidad, pero sí condicionar su inclusión como sujeto de derechos a su «cura» o «rehabilitación». Bajo este modelo, la inclusión laboral de las personas con discapacidad (y su derecho a prestaciones sociales laborales) estará condicionada a su «normalización» —a que «superen» la discapacidad—. Si ello no es posible, podrían ser objeto de prestaciones sociales vinculadas a la caridad.

Estas miradas de la discapacidad hoy han sido superadas por el llamado «modelo social». Este modelo entiende que la discapacidad no es una circunstancia natural, sino una condición social: una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad lo discapacita a través de barreras (Oliver & Barnes, 2012). Dichas barreras pueden ser, entre otras, «físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas» (Corte IDH, 2012, párrafo 133). La discapacidad surge de las barreras y la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos se consigue a través de la destrucción de dichas barreras. Así, mientras la imposibilidad de caminar es una deficiencia, la imposibilidad de entrar en un edificio por ausencia de rampa es una discapacidad. En el mismo sentido, la imposibilidad de hablar es una deficiencia, pero la imposibilidad de comunicarse, puesto que no existe el apoyo técnico apropiado, es una discapacidad (véase Morris citado en Palacios, 2008, p. 110).

Normativamente, el modelo ha sido recogido tanto por la CDPCD como por la LGPCD. Es pertinente referirse al Preámbulo de la CDPCD,

que señala que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». En el mismo sentido, el artículo 1 de la citada Convención establece que el término «personas con discapacidad» incluye a quienes que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que interactúan con diversas barreras que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En el mismo sentido, la LGPCD dispone lo siguiente en su artículo 2:

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

Esta definición de discapacidad también ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esta ha señalado que el modelo social entiende que «la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva» (Corte IDH, 2012, párrafo 133).

La conceptualización de la discapacidad propuesta por el modelo social rescata a la persona con deficiencias de su individualidad y la inscribe en un contexto socioeconómico, político y cultural determinado. El modelo social, al centrar el problema de la discapacidad en la sociedad, propugna respuestas enfocadas en posibilitar un cambio estructural y cultural que les permita superar las desigualdades sociales y económicas: accesibilidad, igualdad de oportunidades, inclusión y participación. Por ello, la sociedad debe realizar y promover políticas públicas y actitudes que ayuden a eliminar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad. En ese sentido, la no discriminación de las personas con discapacidad no involucrará únicamente la abstención estatal de generar impedimentos, sino que también requerirá que el Estado tome las medidas pertinentes para lograr la inclusión social de las personas con discapacidad (Corte IDH, 2012, párrafo 134).

295

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABA LENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

III. LA INVALIDEZ Y LA INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO Y SU RELACIÓN CON LA DISCAPACIDAD

Bajo el modelo social de la discapacidad, y en particular en la CDPCD y la LGPCD, las categorías de «incapacidad para el trabajo» o «invalidéz» no necesariamente forman parte de las consecuencias de la discapacidad. A manera de ejemplo, el artículo 52.2 de la LGPCD señala que la persona que adquiere una discapacidad tiene derecho a conservar su puesto de trabajo con los ajustes razonables correspondientes. Si la discapacidad es determinante para el desempeño de sus tareas, se le debe transferir a algún puesto vacante que no implique riesgos para su seguridad y salud. Esta mirada, claramente, se aleja de aquella establecida en el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la readaptación profesional y el empleo —personas inválidas— (OIT, 1983), que define a una persona inválida como «toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida». Si bien el convenio se refiere a una persona con discapacidad, la aproximación a esta realidad es completamente distinta a aquella planteada por el modelo social hoy en día. En ese sentido, actualmente no sería posible equiparar las categorías de «incapacidad para el trabajo» o «invalidéz» con discapacidad. Sin embargo, ciertamente, la lectura del artículo 52.2 de la LGPCD permite concluir que será posible que, sobrevinida una situación de discapacidad, los ajustes no resulten razonables y la adaptación del puesto no sea posible. En ese escenario, sin duda, deberá pensarse en la figura de la incapacidad para el trabajo o la invalidéz.

III.1. La regulación internacional

Las figuras «incapacidad» e «invalidéz» han sido utilizadas en el marco internacional y, en gran medida, en relación con la discapacidad. Sin embargo, lejos de haber experimentado un desarrollo conceptual claro y diferenciado, las categorías aparecen entremezcladas y utilizadas indistintamente. La OIT ha emitido dos Convenios internacionales que resultan pertinentes para comprender esta confusión terminológica: el Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima) (OIT, 1952) y el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidéz y sobrevivientes (OIT, 1967). En el primero de ellos, el término «incapacidad para el trabajo» se usa en los siguientes contextos:

- Parte III. Prestaciones monetarias de enfermedad: el artículo 14 establece que la contingencia cubierta por esta prestación debe comprender «la incapacidad para trabajar, *resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias* según la defina la legislación nacional» (las cursivas son nuestras).

- Parte VI. Prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional: el artículo 32 establece que las contingencias cubiertas también deben comprender «la incapacidad para trabajar *que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias*, según la defina la legislación nacional». Dentro de la misma parte VI, el artículo 36 establece como una de las causas que genera incapacidad para trabajar o la pérdida total de capacidad para ganar, «la *disminución correspondiente de las facultades físicas* o a la muerte del sostén de familia» (las cursivas son nuestras).
- Parte IX. Prestaciones de invalidez: se establece en el artículo 54 que la contingencia cubierta debe comprender «la *ineptitud para ejercer una actividad profesional*, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad» (las cursivas son nuestras).

Por otro lado, el mismo Convenio 128 utiliza la categoría «invalidez» en el siguiente contexto:

- Parte II. Prestaciones de invalidez: el artículo 8 establece que la contingencia cubierta debe comprender «la incapacidad para ejercer una actividad lucrativa cualquiera, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta incapacidad será permanente o cuando subsista a la terminación de un período prescrito de incapacidad temporal o inicial».

El uso de estos dos términos en partes distintas de los Convenios permite notar que la OIT considera dos situaciones significativamente distintas: i) una situación en la que la persona pierde la capacidad laboral para desempeñar su oficio o profesión de manera temporal (la incapacidad para el trabajo), y ii) una situación en la que la persona pierde la capacidad laboral para realizar cualquier trabajo de manera permanente (la invalidez). A esta conclusión se arriba a partir de lo establecido en los artículos 54 y 8 de los Convenios 102 y 128, respectivamente, los cuales señalan que la prestación por invalidez se da «cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad». En el mismo sentido, el artículo 13 del Convenio 128 establece que:

Todo Miembro para el cual esté en vigor la presente parte de este Convenio deberá, en las condiciones prescritas:

- (a) proporcionar servicios de readaptación profesional que, cuando sea posible, *preparen a una persona incapacitada para reanudar sus actividades anteriores o, si esto no fuera posible, para ejercer otra actividad lucrativa que se adapte en la mayor medida posible a sus calificaciones y aptitudes; y*

297

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

(b) tomar medidas para facilitar la *colocación adecuada de trabajadores incapacitados* (las cursivas son nuestras).

De igual manera, esta hipótesis se confirma si se revisa el Convenio 37 de la OIT sobre seguro de invalidez (industria, etcétera), hoy dejado de lado (OIT, 1933a). Dicho convenio establecía, en su artículo 4, que «el asegurado tendrá derecho a una pensión de invalidez cuando sufra de una incapacidad general que le impida procurarse con su trabajo una remuneración apreciable». En el mismo sentido, puede revisarse el artículo 4 del Convenio 38 sobre seguro de invalidez (agricultura), también dejado de lado (OIT, 1933b).

Resulta necesario, en este punto, determinar qué tipo de actividad lucrativa es aquella que la persona no puede realizar y por la cual será calificada como incapaz para el trabajo. El Convenio 102 habla de «actividad profesional», mientras que el Convenio 128 (adoptado luego de quince años) habla de «actividad lucrativa cualquiera». Pareciera razonable concluir que utilizar el término «profesional» en el sentido de restringirlo al desarrollo de una profesión resultaría desproporcional y excluyente. Tal vez por ello el Convenio 128 utilizó el término «actividad lucrativa cualquiera». No obstante, es razonable suponer que, en tanto la naturaleza de la incapacidad para el trabajo es temporal, la actividad que no puede realizarse es, si no la que la persona venía practicando, al menos una similar a aquella que la persona esté en posibilidades de realizar. En ese sentido, podría concluirse que la incapacidad para el trabajo se debe determinar respecto de la actividad lucrativa habitual. Ello, claro está, sin perjuicio de que existan supuestos (generalmente asociados a situaciones de discapacidad de deficiencia severa) donde la persona no pueda desarrollar ninguna actividad lucrativa. Esto ha sido apuntado en el marco de la legislación española por Begoña Cueto, que señala que el fin de las pensiones por incapacidad para el trabajo radica en la insuficiencia de recursos económicos de los trabajadores, provocados por una enfermedad o algún accidente (sea profesional o de origen común) que le impida realizar sus labores y, por tanto, generar ingresos (Cueto, 2007, p. 45).

Ahora bien, dado el contexto en el cual se adoptan estos instrumentos, podría asumirse que, en su momento, la categoría «invalidez» estuvo asociada a la discapacidad. Prueba de ello es el uso del término «inválido» para referirse a la persona con discapacidad en el artículo 13 del Convenio 128, pero también en normas específicas sobre discapacidad de dicha época, como la Resolución 1086 K (XXXIX) del Consejo Económico y Social de las Naciones denominada «Readaptación de los inválidos». En el mismo sentido, podría pensarse en la Declaración de los Derechos de los Impedidos (Naciones Unidas, 1975) que, además del desafortunado uso del lenguaje en su título, señalaba que el término «impedido» designa

a «toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales». En dicho contexto, como se ha señalado en la primera parte de este acápite, primaba una mirada médica de la discapacidad que se traducían en considerar a la persona con discapacidad como no apta para el desempeño de una actividad lucrativa.

Recién a partir de mediados de los años ochenta, el cambio de paradigma empieza a operar, con la adopción del Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), el cual postulará la necesidad de insertar al mercado laboral a las personas con discapacidad (inválidas). En el año 2008, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al emitir su Observación General 19 sobre seguridad social distingue dos tipos de prestación: discapacidad y accidentes laborales. En relación con la primera, reafirma lo señalado en la Observación General 5, en el sentido en que resulta necesaria una prestación social para personas con discapacidad que, debido a su condición o a factores relacionados con la discapacidad, hubieran perdido temporalmente o hubieran visto reducidos sus ingresos, se les hubieran denegado oportunidades de empleo o tuvieran una discapacidad permanente (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2007, párrafo 20). Incluso aceptando el vínculo entre esta prestación y la invalidez del Convenio 102 de la OIT, los lineamientos del modelo social se dejan entrever, ya que, en la lógica del Comité, la exclusión de estas personas del mercado laboral debiera ser temporal.

En relación con los accidentes laborales, el Comité señala que «el sistema de seguridad social debe sufragar los gastos y la pérdida de ingresos resultante de la lesión o condición de morbilidad, así como la pérdida de apoyo que sufran el cónyuge supérstite o las personas a cargo como consecuencia del fallecimiento del sostén de la familia» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2007, párrafo 17). Esta segunda prestación está en línea con los antecedentes de la OIT sobre incapacidad para el trabajo, entendida como aquella situación —no necesariamente relacionada con la discapacidad— que restringe la posibilidad de generar ingresos.

Bajo esta perspectiva, se concluye que la categoría correcta será la de «incapacidad para el trabajo», referida a la imposibilidad (temporal o permanente) de generar ingresos para solventar los costos de vida. Esta categoría permitirá gradaciones de acuerdo con el marco internacional, a efectos de determinarse cuándo una persona merece la prestación social correspondiente. La categoría «invalidez», por el contrario, es un rezago del modelo médico o rehabilitador de la discapacidad, hoy superado por el modelo social. En la misma línea pareciera estar la legislación

299

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

española, que utilizó el término «invalidez para el trabajo» hasta antes de la ley 24/1997. No obstante, a partir de dicha ley, la legislación de seguridad social empleó el término «incapacidad para el trabajo».

En este sentido, utilizar «inválido» como sinónimo de discapacidad podrá ser correcto aunque no deseable en términos léxicos, pero de ninguna manera podrá usarse la categoría de la invalidez para rotular a una persona que, por su discapacidad, *a priori*, no pueda realizar ninguna actividad lucrativa. Las personas con discapacidad podrán trabajar y podrán, eventualmente, caer en un supuesto de incapacidad para el trabajo, no por su discapacidad en sí misma, sino cuando, a causa de un evento sobrevenido (enfermedad —corriente o profesional— o accidente), se vean imposibilitadas de desarrollar su actividad lucrativa, o cuando la deficiencia que origina la discapacidad sea tan severa que la persona no puede desempeñar ninguna actividad lucrativa. Estos supuestos, sin embargo, en línea con el modelo social de la discapacidad, no pueden ser la regla general, ya que es responsabilidad de la sociedad (y del entorno laboral) generar las adaptaciones y ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda insertarse adecuadamente en el entorno laboral (Constantino & Galicia, 2015). De otra manera (si se asume que la invalidez —discapacidad— genera de manera automática la imposibilidad de desarrollar una actividad lucrativa), el artículo 27 de la CDPCD, referido al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, o el Convenio 159 de la OIT carecerían de sentido.

III.2. Una mirada nacional

Las situaciones de invalidez e incapacidad para el trabajo se encuentran reconocidas, en nuestro país, en los siguientes sistemas normativos.

1. Sistema de pensiones: establece i) los supuestos y beneficios de la pensión de invalidez (todos los regímenes utilizan la terminología «pensión de invalidez», incluso cuando la definan como «incapacidad para el trabajo»), y ii) los requisitos para acceder a una pensión de orfandad de hijo/a mayor de edad, o de padre o madre sobreviviente, entre los cuales está el presentar incapacidad para el trabajo². En concreto, los regímenes pensionarios son los siguientes:

2 La terminología utilizada en los diferentes regímenes pensionarios no es la misma (en algunos casos el requisito es tener incapacidad física o mental, en otros, incapacidad para el trabajo). Ello será analizado con detalle en las siguientes páginas. Como se señaló en la primera parte de este artículo, el análisis jurídico se centra en los problemas jurídicos en el marco de la pensión de incapacidad para el trabajo o invalidez. Si bien la declaratoria de incapacidad también se solicita como requisito para el cobro de la pensión de orfandad de hijo mayor edad, los problemas jurídicos derivados de dicha regulación son diferentes y exceden los alcances de este artículo. Por ello, solo se describen las normas que utilizan las categorías bajo análisis, pero no se desarrollarán los problemas derivados de dicha prestación.

301

- a. Pensión del sistema nacional 1990: decreto ley 1990 (Poder Ejecutivo, 1973) y decreto supremo 011-74-TR (Poder Ejecutivo, 1974a).
 - b. Régimen de pensiones y compensaciones por servicios civiles prestados al Estado no comprendidos en el decreto ley 1990: decreto ley 20530 (Poder Ejecutivo, 1974b).
 - c. Régimen de pensiones militar-policial: decreto ley 19846 (Poder Ejecutivo, 1972) y decreto supremo 009-DE-CCFA (Poder Ejecutivo, 1987).
 - d. Sistema privado de pensiones: decreto supremo 054-97-EF (Poder Ejecutivo, 1997) y decreto supremo 004-98-EF (Poder Ejecutivo, 1998a).
2. Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (Congreso de la República, 1997): ley que establece un subsidio por incapacidad temporal (artículo 12.a) y un seguro complementario de trabajo de riesgo (en adelante, SCTR) que cubre, entre otros, el «otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales» (artículo 19.b). El SCTR está regulado por el decreto supremo 003-98-SA (Poder Ejecutivo, 1998b).
 3. Sistema de seguros, Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), decreto supremo 024-2002-MTC (Poder Ejecutivo, 2002): esta normativa plantea la necesidad de que todo automóvil cuente con un seguro privado que cubra los eventuales costos de un accidente. Adicionalmente, este seguro cuenta con un esquema de indemnizaciones. Este esquema establece pagos en casos de invalidez permanente e incapacidad temporal (artículo 29)³. Adicionalmente, hay una tabla con asignación de porcentajes por pérdidas de miembros o funciones. La invalidez es determinada por el médico tratante, y, en caso de discrepancia entre este y la aseguradora, decidirá el Instituto Nacional de Rehabilitación.

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

³ El que la incapacidad vaya acompañada del término «temporal», mientras que la invalidez sea «permanente», podría hacernos pensar que la incapacidad se interpretaría como la imposibilidad de ejercer la profesión. La invalidez, en cambio, sería la imposibilidad de realizar cualquier actividad lucrativa.

Sistema pensionario	Requisito para pensión de invalidez	Requisito para pensión de hijo/a o padre o madre que no puede trabajar vinculado con la invalidez o incapacidad para el trabajo
Decreto ley 19990	Incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente que le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingreso asegurable que percibiría otro trabajador de la misma categoría en un trabajo igual o similar en la misma región (artículo 24 del decreto ley 19990). Además, debe acreditar una cantidad mínima de años de aportación (artículos 25 y 28).	Hijos/as inválidos/as mayores de dieciocho años incapacitados para el trabajo (artículo 56.b del decreto ley 19990). Padre y/o la madre del asegurado o pensionista fallecido que sea inválido (artículo 58.a del decreto ley 19990).
Decreto ley 20530	Invalidado accidentalmente como consecuencia del desempeño de sus funciones o el cumplimiento de órdenes recibidas (100%) o de otras circunstancias (50%) (artículos 19 y 20 del decreto ley 20530)	Hijos mayores de dieciocho (18) años que adolecen de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoría de edad o cuando la incapacidad que se manifieste en la mayoría de edad tenga su origen en la etapa anterior a ella. En este caso tendrán derecho, además de a la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital (artículo 34.b del decreto ley 20530).
Régimen militar-policial	Regula la pensión de invalidez o incapacidad (artículo 11 del decreto ley 19846), pero no distingue ambas figuras. No regula invalidez total o parcial, pero se refiere a un Reglamento de inaptitud psicosomática para la permanencia en situación de actividad del personal militar y policial de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales.	Hijos mayores de dieciocho años con incapacidad para el trabajo (artículo 25 del decreto ley 19846)*

303

Régimen privado de pensiones	<p>a) Invalidez parcial: el trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental de naturaleza prolongada, de acuerdo con lo que establezca el comité médico competente a que se refiere el capítulo siguiente, por la cual quede impedido en un cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad de trabajo, siempre y cuando esta no alcance las dos terceras partes (2/3) de la misma</p> <p>b) Invalidez total: el trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental que se presume de naturaleza permanente, de acuerdo con lo que establezca el comité médico competente, conforme a lo previsto en el capítulo siguiente, por la cual quede impedido para el trabajo cuando menos en dos terceras partes (2/3) de su capacidad de trabajo (artículo 115 del decreto supremo 004-98-EF).</p>	<p>Hijo o hija, mayor de dieciocho años, incapacitados de manera total y permanente para el trabajo (artículo 11.e del decreto supremo 004-98-EF)</p> <p>Padre o madre inválido total o parcialmente (artículo 113.fi del decreto supremo 004-98-EF)</p>
Ley de Modernización de la Seguridad Social y SCTR	Se implementa el SCTR, desarrollado posteriormente en el decreto supremo 003-98-SA, el cual regula pensiones de invalidez permanente (parcial o total) e invalidez temporal.	En caso de trabajador fallecido, pensión de sobrevivencia para hijo o hija menor de dieciocho años o mayor de dieciocho años, pero incapacitados de manera total y permanente para el trabajo (artículo 18.1.2.c del decreto supremo 003-98-SA)

* Norma modificada por la undécima disposición complementaria de la LGPCD.
Cuadro de elaboración propia

Más allá del disímil uso de los términos «incapacidad para el trabajo» e «invalidez», al revisar las normas precitadas se puede apreciar que ninguna de estas realiza una distinción entre incapacidad para el trabajo, invalidez y discapacidad, de hecho —y esto es lo alarmante— parecen asimilarlas. Asimismo, en términos conceptuales, no todas las normas establecen una definición de «invalidez» o «incapacidad para

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

el trabajo», y aquellas que sí lo hacen no guardan una relación entre sí, es decir, utilizan nociones de «invalidez» diferentes. A continuación se muestra un cuadro con las definiciones manejadas por cada una de las normas citadas.

Régimen pensionario	Definiciones
Decreto ley 19990 y reglamento	Invalidez: incapacidad física o mental (prolongada o presumida permanente), que le impide a la persona ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingreso asegurable que percibirá otro trabajador de la misma categoría, en un trabajo igual o similar en la misma región; y situación en la que, haciendo gozado de subsidio de enfermedad durante el tiempo máximo establecido por la ley, se continúa incapacitado para el trabajo (artículo 24, decreto ley 19990).
Decreto ley 20530	No contempla definición
Régimen de pensiones militar-policial	No contempla definición
Sistema privado de pensiones	Invalidez: incapacidad física o mental (prolongada o permanente) por la cual una persona quede impedida (en porcentaje variable) de su capacidad de trabajo (artículo 115 del decreto supremo 004-98-EF)*
Ley de Modernización de la Seguridad Social y SCTR	Invalidez: estado de incapacidad total o parcial para el trabajo habitual ocasionado por accidente de trabajo o enfermedad profesional, teniendo en cuenta factores asociados a la disminución orgánica, funcional o mental tales como edad, educación y experiencia laboral (tercera disposición final del decreto supremo 003-98-SA)

* La definición de invalidez no es literal, sino que se ha elaborado a partir de una sistematización del contenido del artículo 115.

Cuadro de elaboración propia.

De esta manera, son tres los supuestos regulados por las normas que operan como fundamento de la incapacidad, en términos de imposibilidad de proveer ganancias: i) la imposibilidad de generar ingresos por más de 2/3 del ingreso habitual, ii) la imposibilidad desarrollar el trabajo habitual, y iii) la pérdida de la capacidad de trabajo. A partir de la lectura de estas regulaciones, y en línea con el marco internacional podría arribarse a las siguientes conclusiones:

- i) En el Perú, la pensión de invalidez se determina a partir de la constatación de incapacidad para el trabajo (parcial o total, de acuerdo con la regulación específica).
- ii) En el Perú, la incapacidad para el trabajo estaría asociada a la imposibilidad de proveerse un ingreso a partir de un trabajo. Dicho ingreso, en línea con la conclusión arribada líneas arriba, debiera ser en relación con una actividad lucrativa habitual.

La idea de habitualidad de la actividad lucrativa también se encuentra presente en la legislación española. De acuerdo con la Ley General de Seguridad Social de dicho país (real decreto legislativo 1/1994), una vez determinado que se está ante una situación de «incapacidad permanente para el trabajo», se procede a calificar el tipo de incapacidad permanente, de acuerdo con los siguientes cuatro supuestos (Ley General de Seguridad Social, artículo 137):

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual (IPP): aquella situación que ocasione una reducción en la capacidad para desempeñar la profesión habitual no menor al 33% del rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual (IPT): aquella situación que inhabilite al trabajador la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra profesión distinta.
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo (IPA): aquella situación que inhabilite al trabajador para toda profesión u oficio.
- Gran invalidez (GI): situación en la que, además de estar inhabilitado para toda profesión u oficio, se requiera la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida.

Si bien la normativa española prevé la posibilidad de que una persona no pueda desempeñar ninguna actividad lucrativa (el supuesto de «gran invalidez»), la regulación resulta interesante por su gradación y referencia explícita a la «profesión habitual». Esta comprende, en caso de accidente, aquella desempeñada al momento de sufrirlo o, en caso de enfermedad, aquella que el trabajador desempeñaba al momento de iniciar la restricción física (Ley General de Seguridad Social, artículo 137, inciso 2). Ello es importante puesto que la norma del país ibérico no asume de plano una incapacidad para el trabajo de toda persona con discapacidad, sino que establece como primer baremo de medición la actividad lucrativa que esta venía realizando según las posibilidades de su propia deficiencia. Es más, de acuerdo con dicha regulación, la IPP implica aquella situación que ocasione una reducción en la capacidad

305

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

para desempeñar la profesión habitual no menor al 33% del rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma (véase Ley General de Seguridad Social, artículo 137). Son las tareas establecidas para el puesto de trabajo en concreto, y no en abstracto, las que sirven de parámetro de comparación. En ese sentido, si una persona con discapacidad se encuentra trabajando (en un puesto en el que goza o no de ajustes razonables), deben ser los términos de desempeño de ese puesto de trabajo en específico los que se consideren al momento de establecer el menoscabo de las capacidades del trabajador.

Ahora bien, en los supuestos españoles de IPA y GI, habrá que aceptar que el trabajador no tiene la capacidad para realizar profesión⁴. Para ello, se ha planteado una solución que atienda a las necesidades de los trabajadores y a la coherencia del sistema normativo: las pensiones derivadas de la calificación de IPA y GI no impedirán que el trabajador realice actividades (sean lucrativas o no) siempre que fuesen «compatibles» con el estado de «invalidez» y que no impliquen un cambio en su capacidad para el trabajo. Es decir, la realización de la actividad que desarrolle no debe cuestionar la calificación de GI. Al respecto, Begoña Cueto advierte que lo que se pueda entender por actividades compatibles con el estado de «invalidez» puede generar un estado de incertidumbre (2007, p. 49). Asimismo, la referida autora plantea que estos tipos de «incapacidad» deben atender también a los incentivos o desincentivos que generen en las personas para poder tratar de insertarse nuevamente al mercado laboral (p. 48).

En tal sentido, determinar cuándo se puede realizar las actividades de la profesión habitual o no dependerá necesariamente de los ajustes razonables que se puedan hacer para realizar tal actividad. Esto lleva a plantear la siguiente interrogante: ¿los ajustes razonables para las personas con discapacidad son un filtro previo para poder otorgar una pensión por incapacidad? Esta pregunta sí tiene una respuesta en el ámbito peruano. De acuerdo con el nuevo artículo 23.a) del Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728 —Ley de Productividad y Competitividad Laboral— (Poder Ejecutivo, 1997) modificado por la LGPCD⁵, solo es posible despedir a un trabajador si es que se le proveen ajustes razonables para que se pueda seguir desempeñando en su puesto o si hay otro en el que pueda hacerlo. En ese sentido la norma concluiría

4 En el caso peruano, el artículo 30 del decreto ley 19990 establece una bonificación adicional cuando la persona que tiene invalidez requiere el cuidado de otra persona para efectuar actos ordinarios de la vida.

5 «Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:
a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros» (Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 23).

claramente que la discapacidad no es, por sí sola, mérito suficiente para la declaratoria de incapacidad para el trabajo y que, de manera previa a dicha declaratoria (hecha en relación con la actividad habitual), el empleador debe proveer los ajustes que sean razonables. No obstante, esta respuesta no es definitiva. En ese mismo cuerpo normativo también se encuentra un artículo que señala que la invalidez absoluta permanente es causal de extinción del contrato de trabajo⁶. Se puede, entonces, apreciar una diferencia: mientras que en el caso de la discapacidad hay que realizar ajustes antes del despido, la invalidez absoluta es para cualquier caso e impediría la realización de ajustes.

III.3. Distinguiendo conceptos

La incapacidad para el trabajo y la discapacidad son situaciones relacionales, pero diferentes. Ello quiere decir que no deberían ser medidas a partir de la persona, sino a partir de un contexto. La discapacidad surge cuando las barreras sociales impiden la realización de un derecho, mientras que la incapacidad para el trabajo surge en aquellas ocasiones en las que la capacidad laboral para un empleo (o para todos los empleos) está comprometida. En ambos casos, no obstante, hay un factor biológico innegable: en el caso de la discapacidad, es la deficiencia, mientras que en el caso de la incapacidad para el trabajo, es la disminución de la capacidad laboral en la actividad habitual de la persona.

Término	Factor biológico	Factor relacional
Discapacidad	Deficiencia	Barreras sociales, jurídicas, arquitectónicas, actitudinales o comunicacionales
Incapacidad para el trabajo	Disminución de la capacidad laboral que puede estar causada por enfermedad o deficiencia	Requerimientos para un empleo específico o todos los empleos

Cuadro de elaboración propia.

Esta perspectiva plantea dos consecuencias importantes: i) la incapacidad para el trabajo debiera (incluso cuando es permanente) ser un concepto móvil, pues su determinación en la mayoría de los casos estará relacionada con la actividad lucrativa habitual y no con la potencialidad de actividades lucrativas; y ii) si bien es probable que en

6 «Son causas de extinción del contrato de trabajo: [...]; e) La invalidez absoluta permanente;» (Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 16.e).

307

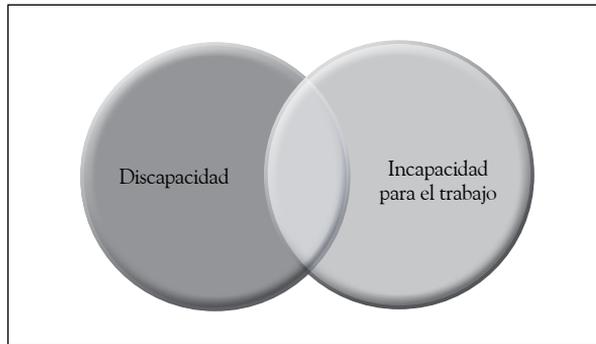
DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

varios casos sea la discapacidad la causa de una situación de incapacidad para el trabajo, las figuras jurídicas tienen contenido propio.

Esto último es fundamental pues la mayor parte de las personas con discapacidad, provistas de los ajustes razonables adecuados, pueden trabajar en igualdad de condiciones que el resto de personas⁷. En tal sentido, deberá haber una protección social para los casos de personas que ya no puedan seguir trabajando en su oficio inicial, por ejemplo, en el caso de un chofer que pierde la vista; y de quienes ya no pueden desempeñar ningún empleo como es el caso de las personas en coma. Sin embargo, lo más importante es la obligación de proveer ajustes razonables, pues permite una verdadera inclusión y disminuye significativamente la necesidad de proveer pensiones de seguridad social, pues las personas permanecen laborando por más tiempo.

De esta manera, será posible que algunas personas con discapacidad tengan incapacidad para el trabajo, de la misma manera que es posible que personas con incapacidad para el trabajo no sean personas con discapacidad. Bajo esta comprensión, habrá puntos de intersección de ambas categorías, sin que ello quite a cada una un contenido propio, como puede graficarse en el siguiente diagrama:



Gráfica de elaboración propia.

Distinto es, por supuesto, que, en línea con la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se prevea una pensión por discapacidad, no asociada a la imposibilidad de trabajar, sino a los costos de vida que implica vivir con una discapacidad (terapias de rehabilitación, tratamientos médicos, movilidad privada, etcétera), y a la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo con una remuneración suficiente, producto del rechazo de la sociedad. Este sería el caso del Programa de Pensión no Contributiva para personas con discapacidad

⁷ Se establece que esto será posible en la mayor parte de supuestos porque en la actualidad, por falta de desarrollo tecnológico, por falta de recursos económicos o por falta de comprensión de la discapacidad, aún hay deficiencias para las cuales no existe una forma de derribar la barrera.

severa en situación de pobreza en Perú (creado por decreto supremo 004-2015-MIMP), o la Pensión Solidaria de Invalidez en el caso chileno, para personas que no se encuentran en ningún régimen previsional y que sufran un menoscabo en su capacidad para el trabajo (ley 20.255, artículo 16). Si bien estos regímenes de pensiones son compatibles con el modelo social (véase, sobre nivel de vida adecuado y protección social, CDPD, 28.2), es fundamental que la determinación del grado de discapacidad que pudiera ser necesario para acceder a dicha pensión (discapacidad severa, por ejemplo, en el caso peruano) no condicione ni guarde relación con la idea de la incapacidad para el trabajo.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN

La inclusión de la persona con discapacidad como un agente laboral capaz genera problemas en una sociedad que ha configurado su marco normativo a partir de la presunción de la incapacidad para el trabajo de todas las personas con discapacidad. Dos son los problemas principales y están íntimamente relacionados: la aplicación de la figura de la preexistencia, y la porcentualización del menoscabo según parámetros de «normalidad» de la persona. Para ello es necesario explicar brevemente cómo se mide la incapacidad para el trabajo en el Perú.

IV.1. La medición de la incapacidad en el ordenamiento peruano

Como se ha señalado líneas arriba, la normativa peruana no plantea un abordaje homogéneo de la incapacidad para el trabajo en las diferentes regulaciones de seguridad social. Sin embargo, algunos regímenes, como el privado, distinguen tipos de invalidez, según sea permanente o temporal y parcial o total. Así, el artículo 115 del decreto supremo 004-98-EF establece que, para efectos de la pensión de invalidez, son aplicables las siguientes condiciones:

- a) Invalidez Parcial: el trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental de naturaleza prolongada, de acuerdo a lo que establezca el comité médico competente a que se refiere el Capítulo siguiente, por la cual quede impedido en un cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad de trabajo, siempre y cuando esta no alcance las dos terceras partes (2/3) de la misma.
- b) Invalidez Total: el trabajador afiliado que se encuentre en incapacidad física o mental que se presume de naturaleza permanente, de acuerdo a lo que establezca el comité médico competente, conforme a lo previsto en el Capítulo siguiente, por la cual quede impedido para el trabajo cuando menos en dos terceras partes (2/3) de su capacidad de trabajo.

309

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

Además, de acuerdo con el artículo 130 de la referida norma⁸, la invalidez temporal (parcial o total) y su correspondiente cobro de pensión, podrá durar hasta un año. Superado dicho término, corresponde decretar la invalidez permanente de la persona⁹. Resulta pertinente precisar que en el Sistema Nacional de Pensiones (decreto ley 19990) no se establecen categorías de invalidez o incapacidad para el trabajo. No obstante, el artículo 24 del referido decreto ley¹⁰ se asemeja al «inválido total» del sistema privado de pensiones, pues señala que se considerará inválido para efectos de la pensión al asegurado que se encuentre con una «incapacidad física o mental prologada o presumida permanente». Esta incapacidad, de acuerdo con el artículo 26 de la misma norma¹¹, deberá acreditarse a través de un Certificado Médico de Invalidez —el cual será verificado posteriormente por la entidad competente de la ONP— emitido por EsSalud, establecimientos de salud pública del Ministerio de

8 «Artículo 130. El procedimiento de calificación de invalidez es el siguiente:

a) Una vez recibida la solicitud de calificación de invalidez del afiliado, el COMAFP debe verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el presente Reglamento y en las normas que recomiende la CTM y apruebe la Superintendencia, emitiendo un primer dictamen médico. Si el dictamen médico refrenda el estado de invalidez del afiliado, este adquiere el derecho a la pensión de invalidez, ya sea total o parcial.

b) En caso que la invalidez sea total o parcial de naturaleza temporal, el COMAFP debe emitir un segundo dictamen, una vez vencido el plazo señalado para la extinción de la incapacidad, y previo examen médico.

Si el segundo dictamen establece la condición de invalidez temporal, total o parcial, debe procederse a emitir nuevos dictámenes, hasta que cese la invalidez. La pensión de invalidez total o parcial de naturaleza temporal deja de percibirse desde el momento en que el COMAFP o COMEC, según sea el caso, verifique la inexistencia de la condición de inválido y en tal caso, se reajustara el grado de invalidez conforme a las normas a ser recomendadas por la CTM;

c) En caso que la invalidez sea total o parcial de naturaleza permanente, el COMAFP debe emitir un segundo dictamen una vez transcurrido el plazo determinado de manera fundamentada por el COMAFP en la primera evaluación, el mismo que no podrá exceder de un (1) año contado desde la fecha de realizada aquella; el COMEC podrá revisar el plazo fijado por el COMAFP. Tal dictamen puede emitirse de oficio, a solicitud de la AFP o, de ser el caso, de la Empresa de Seguros o del propio afiliado, previos exámenes médicos de rigor.

En caso que el segundo dictamen determine que subsiste la invalidez total o parcial permanente, el COMAFP emitirá sucesivos dictámenes bajo condiciones de plazo similares a las señaladas en el párrafo anterior».

9 Los porcentajes de menoscabo deberán ser determinados por el comité médico competente. De acuerdo con el artículo 121 del decreto supremo 004-98-EF, «[l]os organismos que conforman el sistema evaluador de la invalidez en el SPP (Sistema privado de pensiones) son los siguientes: Comité Médico de las AFP (COMAFP); Comité Médico de la Superintendencia (COMEC); y Comisión Técnica Médica (CTM)».

10 «Artículo 24. Se considera inválido:

a) Al asegurado que se encuentra en incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente, que le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingreso asegurable que percibiría otro trabajador de la misma categoría, en un trabajo igual o similar en la misma región; y

b) Al asegurado que, habiendo gozado de subsidio de enfermedad durante el tiempo máximo establecido por la Ley continúa incapacitado para el trabajo».

11 «Artículo 26. El asegurado del Sistema Nacional de Pensiones que solicite pensión de invalidez presentará junto con su Solicitud de pensión, un Certificado Médico de Invalidez emitido por el Instituto Peruano de Seguridad Social, establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud constituidas según ley 26790, de acuerdo al contenido que la Oficina de Normalización Previsional apruebe, previo examen de una Comisión Médica nombrada para tal efecto en cada una de dichas entidades. En caso de enfermedad terminal o irreversible, no se exigirá la comprobación periódica del estado de invalidez. Si efectuada la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante».

Salud o entidades prestadoras de salud constituidas según la ley 26790. Por su parte, el decreto supremo 003-98-MINSA establece, a efectos del cobro de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, las siguientes categorías (Decreto Supremo 003-98-SA, tercera disposición final):

Invalidéz parcial: Disminución en la capacidad de trabajo en una proporción igual o mayor al 20% de la existente antes de la enfermedad o accidente, pero menor o igual a los dos tercios.

Invalidéz total: Disminución en la capacidad de trabajo en una proporción igual o mayor a los dos tercios de la existente antes de la enfermedad o accidente.

Asimismo, el Ministerio de Trabajo (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2012) ha señalado que la invalidez absoluta permanente, establecida en el artículo 16 del Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Poder Ejecutivo, 1997), es equivalente a la invalidez total. En tal sentido, cualquiera de estos dos conceptos abarca el menoscabo en la salud del trabajador que supera los dos tercios de menoscabo.

A nivel de jurisprudencia, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el expediente 10063-2006-PA/TC (reiterado como precedente vinculante en su sentencia recaída en el expediente 02513-2007-PA/TC), ha señalado que resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad o con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. Si bien el razonamiento del Tribunal Constitucional resulta a primera vista razonable (pues, si una persona se encuentra imposibilitada para trabajar, se le debe otorgar una pensión para compensar el dinero que deja de percibir por no poder trabajar sin afectar su manutención), deben tomarse en consideración dos cuestiones. La primera es que esta imposibilidad de realizar el trabajo no está circunscrita a la situación de discapacidad. La segunda es que, en el estado actual de la regulación peruana, dado que las personas que presentan una discapacidad de manera previa al ingreso a una relación laboral no acceden a la pensión de invalidez (por considerarse su discapacidad como preexistencia) necesitan seguir trabajando para conseguir su sustento de vida. Negarles a las personas en esta situación la posibilidad de seguir trabajando, aun cuando desempeñar sus labores pueda poner en riesgo su vida o salud, paradójicamente, resulta más lesivo. Esto es así porque la persona pierde su trabajo y su pensión, quedando imposibilitada de generar ingresos para solventar sus gastos.

La legislación española, al igual que la peruana, diferencia la incapacidad para el trabajo por el tiempo de la restricción física que genere y por la intensidad de la restricción. Así, la incapacidad para el trabajo será temporal siempre que el trabajador esté impedido para el trabajo por un

311

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

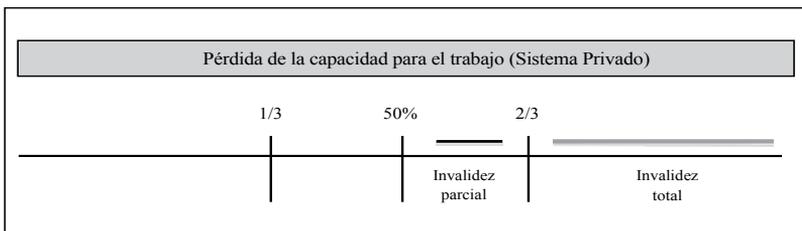
DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

máximo de 365 días (Ley General de la Seguridad Social, artículo 128), los cuales pueden ser prorrogados por 80 días más. Si al término de dicho plazo, el trabajador sigue presentando dificultades para poder trabajar, se calificará si es que se está ante un supuesto de incapacidad permanente. Asimismo, se está ante un caso de incapacidad permanente cuando el trabajador, luego de haber seguido un tratamiento médico prescrito, continúe presentando restricciones anatómicas o funcionales graves que disminuyan o anulen su capacidad laboral (Ley General de la Seguridad Social, artículo 136). Calificar en una u otra categoría generará una variación en la base de cálculo para la pensión que se recibirá, así como la cuantía del monto que se reciba. Sin embargo, la norma española (a diferencia de la peruana) diferencia el tipo de actividad que se podrá realizar para generar ingresos: que en los dos primeros casos (IPP e IPT) el trabajador todavía puede realizar otras funciones, sea las de su misma profesión (en el caso de la IPP) o sea en otra profesión (IPT). De esta manera, ejercer una actividad profesional respetando ese marco no sería incompatible con recibir la pensión por incapacidad. De manera similar, en el caso de la legislación chilena (donde también coexisten los regímenes provisionales público y privado) el decreto ley 3500 (referido al régimen privado) establece dos tipos de invalidez (decreto ley 3500, artículo 4):

Invalidez total: pérdida de la capacidad de trabajo de al menos dos tercios.

Invalidez parcial: pérdida de la capacidad para el trabajo igual o superior a 50% y menos de dos tercios.

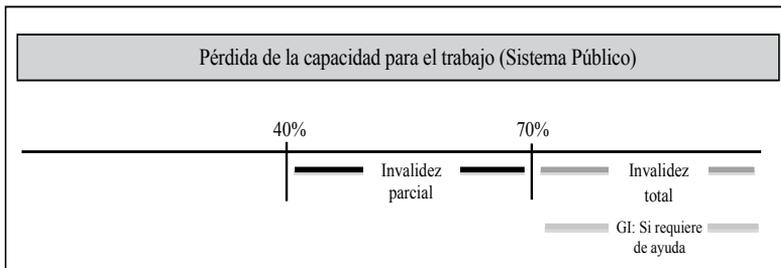
Ello puede ser reflejado de la siguiente forma:



Gráfica de elaboración propia.

Como puede observarse, el sistema previsional privado peruano replica exactamente los nombres y los requisitos para encajar en cada categoría. En el caso de los afiliados al sistema público chileno (Instituto de Previsión Social), regulado en la ley 16.744, la categoría cambia en cuanto a la denominación y en cuanto a los grados. La invalidez se divide de la siguiente manera: (i) parcial, (ii) total y (iii) gran invalidez (ley

16.744, artículo 27). En el caso de la invalidez parcial, esta se presentará cuando el grado de invalidez se dé entre el 40% y 70%. Si es superior al 70%, estaremos frente a la invalidez total. Por último, si la restricción implica que el trabajador requiera de la ayuda de terceros para realizar actos de la vida diaria, encajará en el supuesto de la gran invalidez, que en términos cuantitativos es similar a una pensión de invalidez total, pero incrementada. Lo señalado puede ser presentado de la siguiente forma:



Gráfica de elaboración propia.

De forma similar al sistema de seguridad social público español, el chileno recoge la categoría de gran invalidez, sin embargo, no plasma el resto de los supuestos, como los que distinguen entre la incapacidad para la profesión habitual y los que impiden el desarrollo de cualquier tipo de trabajo, como sí lo hace el sistema español y que permite clasificar de mejor manera los distintos supuestos que se pueden presentar en el caso de la invalidez para el trabajo y plantear mejores articulaciones con la noción de discapacidad.

IV.2. Porcentualizaciones y preexistencias. Cuando la discapacidad no se entiende y Carlos Gálvez no puede cobrar su pensión de invalidez (incapacidad para el trabajo)

Carlos Gálvez ingresó al Sistema Privado de Pensiones en 1996 siendo usuario de silla de ruedas. Sin embargo, el dictamen del COMAFP (confirmado por el COMEC) porcentualizó su discapacidad física (lesión medular que le impide caminar) como un 70% de menoscabo. Esto genera dos problemas.

El primero es el de la porcentualización. De acuerdo con el COMAFP y COMEC, Carlos Gálvez ingresó al sistema de pensiones con un menoscabo del 70%. Posteriormente su lesión en el hombro fue valorada con un 4% de menoscabo en aplicación del Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez —MECGI— (Superintendencia de

313

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, 1997)¹². Si bien la incapacidad para el trabajo surge recién a partir de la lesión en el hombro (pues es ella la que le impide impulsarse en su silla de ruedas, requisito necesario para desempeñar su actividad laboral habitual), de acuerdo con el MECGI (y en general, con una valoración social de las lesiones), la lesión en el hombro no es valorada como una afectación grave a la capacidad de trabajo de una persona, pues, en términos generales, dicha lesión no afecta significativamente la funcionalidad y productividad de un ser humano sin discapacidad. El problema es que cuando dicha lesión se da en una persona que utiliza sus brazos para impulsarse (es decir, como piernas), la valoración de dicha lesión no puede hacerse aplicando parámetros neutros. Ya el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia y, en especial, en la sentencia recaída en el expediente 0261-2003-AA que

[...] el derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución, no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar «igual a los que son iguales» y «desigual a los que son desiguales», partiendo de la premisa de *que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades* (Tribunal Constitucional, 2003; las cursivas son nuestras).

Si durante la evaluación de su incapacidad temporal por el Seguro Social de Salud (EsSalud)¹³ el problema no se presentó, fue porque, de acuerdo con la norma vigente para la certificación de la incapacidad temporal, no era necesario porcentualizar el menoscabo. Es recién al momento de buscar la calificación de incapacidad permanente que resulta pertinente determinar si esta era parcial o total. Ahora bien, más allá de que en el caso concreto de Carlos Gálvez la conclusión a la que arriba la COMAFP y la COMEC a partir de la aplicación del MECGI podría ser la misma que si se usara cualquier sistema de medición de la incapacidad total o parcial para el trabajo¹⁴, el problema de fondo radica en que ninguno de estos sistemas cuenta con un baremo de

¹² Dicho manual se utiliza en el Sistema Privado de Pensiones, en el marco de la ley 26790: Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

¹³ De acuerdo con la legislación peruana al momento de los hechos del caso, la determinación de la incapacidad temporal para el trabajo estaba a cargo de EsSalud (directiva 16-GG-ESSALUD-2001, Normas para la Expedición, Registro, Distribución y Control de Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT), aprobada mediante resolución de gerencia general 654-GG-ESSALUD-2001). Esta norma hoy en día ha sido reemplazada por la directiva de gerencia general de EsSalud 015-GG-ESSALUD-2014, Normas y Procedimientos para la Emisión, Registro y Control de las Certificaciones Médicas por Incapacidad y Maternidad en EsSalud, aprobada mediante resolución de gerencia general 1311-GG-ESSALUD-2014. Dichas normas regulan la determinación de la incapacidad temporal y «no temporal» (hasta 180 días ininterrumpidos), pero no establecen criterios de medición de la incapacidad permanente.

¹⁴ Actualmente, en el marco del régimen pensionario 19990, la resolución ministerial 478-2006-MINSA aprobó la directiva sanitaria «Aplicación Técnica del Certificado Médico requerido para el otorgamiento de pensión de invalidez – D.S. 166-2005-EF», publicada el 22 de mayo de 2006.

medición del menoscabo adecuado a las personas en situación de discapacidad, lo que se traduce en una clara discriminación por razón de discapacidad. Una interpretación contraria, además, vulneraría el espíritu de la artículo 7 de la Constitución, que establece que la persona «incapacitada para velar por sí misma» a causa de una deficiencia física o mental (es decir, que caiga en el supuesto de ser incapaz para el trabajo) tiene derecho «al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad». Una interpretación contraria llevaría a concluir que ninguna persona con discapacidad podrá acceder a una pensión por invalidez en pie de igualdad, debido a que, según el MECGI, toda persona con discapacidad ya es una persona inválida, por tanto, incapacitada para el trabajo y, por ello, nunca podrá hacer uso de una pensión de invalidez. En ese sentido, resulta necesario realizar ajustes al sistema de medición del menoscabo de una persona con discapacidad, puesto que el MECGI está diseñado para un ser humano sin discapacidad.

El segundo problema es el de la preexistencia. De acuerdo con el artículo 115 del decreto supremo 004-98-EF, tienen derecho a la pensión de invalidez los trabajadores afiliados que queden en condición de invalidez total o parcial, «no originada por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de *preexistencias*» (las cursivas son nuestras). Es decir, si la condición asociada a la invalidez era previa a su inclusión en el sistema de pensiones, la persona no accede a la cobertura. De manera similar, el régimen público del decreto ley 19990 asume que la situación de invalidez debe darse luego de realizado el aporte, con lo cual no caben preexistencias (artículo 25). En similar sentido, regulan el tema el decreto ley 20530 (artículos 19 y 20) y el decreto ley 19846 sobre el régimen militar-policial (artículo 11).

Esto implica que si una persona en silla de ruedas (se utiliza el ejemplo de la silla de ruedas, pero el ejemplo podría resultar aplicable con otro tipo de discapacidad) ingresa a trabajar (como se ha demostrado, su discapacidad no implica —ni jurídica, ni fácticamente— una situación de incapacidad para el trabajo), su discapacidad será considerada como preexistencia. Si siempre se va a asumir que el hecho de tener discapacidad es una preexistencia que no se cubre, las personas con discapacidad quedan excluidas de la protección social de la incapacidad para el trabajo. Ello sería así porque, dependiendo de la discapacidad, ingresarían al sistema de pensiones con un menoscabo preexistente de, por ejemplo, 60% que haría imposible desarrollar un menoscabo del 66.6% o más dentro del periodo de la aportación. Si ingresa con un menoscabo del 60% desde el inicio, no podría sumar 100%.

315

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

Por tanto, si se siguiera la lógica señalada por la AFP en el caso de Carlos Gálvez, las personas con discapacidad no podrían acceder a la pensión de invalidez, en tanto la discapacidad previa calificaría como invalidez preexistente, aun cuando el sistema de pensiones (público o privado) tenga conocimiento de esta condición. Ello implicaría que la persona con discapacidad podría trabajar y aportar al sistema de seguridad social, sin embargo, nunca podría acceder a la pensión de invalidez. Esto implicaría, también, desconocer que la incapacidad para el trabajo, como se ha establecido en la primera parte de este artículo, debe estar dada en relación con el trabajo habitual del trabajador. Si Carlos Gálvez, como usuario de silla de ruedas, podía desarrollar su trabajo habitual hasta su lesión en el hombro, claramente es esta última (y no la lesión medular de hace 25 años) la que genera su incapacidad. Justamente este criterio de habitualidad estaba presente en la norma utilizada por EsSalud para determinar su incapacidad temporal (resolución de gerencia general 654-GG-ESSALUD-2001, directiva sobre «Procedimiento para Distribución, Emisión, Registro y Control de Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo – CITT», artículo 7.3.1.3).

Esto podría solucionarse a partir de que la persona con discapacidad pueda ingresar al sistema de seguridad social privado con una especie de preexistencia cotizante. Esto quiere decir que un porcentaje determinado de incapacidad podría ser tomado en cuenta cuando se evalúe su incapacidad para el trabajo. Otra forma de resolver la controversia es que la preexistencia se tome en consideración a efectos de excluirse de la cobertura (es decir, que no se valore como menoscabo al momento de determinar la invalidez), pero que no reste posibilidades de adquirir el menoscabo correspondiente en el marco de la relación laboral. Esto implicaría que, en el caso de las personas con discapacidad, se empiece a «contar desde cero» su menoscabo, sin perjuicio del menoscabo previo que pueda tener efectos en torno a la determinación de una preexistencia. Esta fórmula ha sido planteada por la Corte Constitucional de Colombia, la cual señaló la necesidad de plantear que el inicio de la enfermedad no coincide con el inicio de la mengua de capacidad laboral (Corte Constitucional, 2011). También, más recientemente, señaló lo siguiente:

[...] las personas cuya pérdida de la capacidad laboral es producto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tienen derecho a que la fecha de estructuración de la invalidez se fije en relación con el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral, en tanto se trata de enfermedades cuyos efectos se manifiestan de forma progresiva, por lo que la capacidad para trabajar va perdiéndose poco a poco. Entendiendo la pérdida de capacidad como la incapacidad de seguir ofreciendo la fuerza de trabajo en el mercado laboral, y en consecuencia, la imposibilidad de proveerse autónomamente un

sustento económico, así como de continuar efectuando cotizaciones al sistema general de seguridad social (Corte Constitucional, 2014).

En el mismo sentido, en cuanto a la «preexistencia» como limitante para recibir una pensión por incapacidad para el trabajo, la legislación española es tajante al señalar que

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación (Ley General de Seguridad Social, artículo 136; las cursivas son nuestras).

Al respecto hay que señalar que en el Perú la Superintendencia de Banca y Seguros ha realizado adaptaciones en el MECGI al emitir el Protocolo de evaluación y calificación de invalidez vinculada a la poliomielitis (Oficio Múltiple 29396-2012-SBS). En dicho documento, la entidad reconoce la desigualdad y la situación de desfavorable en la que el MECGI los coloca y, por dicho motivo, considera que

La preexistencia será declarada, siempre y cuando, producto de la evaluación y calificación —individual o conjunta— de los diagnósticos de Poliomielitis-secuelas tempranas, Poliomielitis-secuelas tardías y Síndrome Post Poliomielitis, se determine un menoscabo mayor o igual a cincuenta por ciento (50%), en una fecha que resulte anterior a la fecha de ingreso al SPP.

Es decir, en la actualidad, la entidad —con acierto— trata de forma desigual a las personas con Poliomielitis debido a que, de otra forma, ninguno podría acceder a un sistema pensionario. Así, se reconoce que solo se considerará «preexistencia» si y solo si el menoscabo es mayor al 50%. Es decir, no se aplica «a rajatabla» el MECGI sino que, en el caso de personas con Poliomielitis, se tiene en consideración la actividad laboral que realizaba la persona pese a su estado de discapacidad y además le reconoce un 35% pensionable. Si la propia SBS ha reconocido la arbitrariedad que sería aplicar el MECGI a todos por igual, ¿por qué no trata con igual criterio al resto de las personas en situación de discapacidad en aras de conseguir una verdadera y justa igualdad en el sistema de pensiones? Tanto las personas con Poliomielitis como el resto de las personas con discapacidad tienen derecho a que el MECGI sea adecuado en pos de una igualdad real.

317

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

V. CONCLUSIONES

La invalidez y la incapacidad son conceptos que, si bien han tenido desarrollos que buscan hacerlos idénticos, no lo son. En tal sentido, la normativa internacional ha establecido diferencias entre ellos, aunque con dificultades. No obstante, en el caso peruano la regulación de la figura no solo es caótica, sino que su aplicación atenta contra la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad.

Desde el modelo social de la discapacidad, los conceptos de invalidez e incapacidad para el trabajo se ven trastocados con la inclusión plena de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. En tal sentido, es necesario que la normativa peruana (tanto sobre sistema privado como público) se actualice, se uniformice y tenga en cuenta estas nuevas realidades.

La actual regulación lleva a que las personas con discapacidad puedan trabajar y aportar al sistema de seguridad social, pero no puedan acceder a la pensión de invalidez, en tanto la discapacidad previa califica como invalidez preexistente, aun cuando el sistema de pensiones (público o privado) tenga conocimiento de esta condición. Ello implica desconocer que la incapacidad para el trabajo debe estar dada en relación con el trabajo habitual del trabajador. Esta situación podría solucionarse si: i) se permitiese que la persona con discapacidad ingresarse al sistema de seguridad social con una especie de preexistencia cotizante (un porcentaje determinado de incapacidad podría ser tomado en cuenta cuando se evalúe su incapacidad para el trabajo), o ii) si se tomara en consideración la preexistencia a efectos de excluirse de la cobertura (es decir, que no se valore como menoscabo al momento de determinar la invalidez, pero que no reste posibilidades de adquirir el menoscabo correspondiente en el marco de la relación laboral).

VI. BIBLIOGRAFÍA

Barnes, Colin (2009). Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?. En Patricia Brogna (comp.), *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México DF: FCE.

Constantino, Renato & Saulo Galicia (2015). La configuración de los ajustes razonables en materia laboral en el Perú: definiciones, omisiones y propuestas. En Patricia Urteaga y Aarón Verona (eds.), *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014. Las instituciones jurídicas en debate*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cueto, Begoña (2007). El empleo después de la incapacidad permanente: Trayectorias Laborales y Patronos de Salida del Mercado de Trabajo. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración de España.

Palacios, Agustina (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.

Oliver, Michael & Colin Barnes (2012). *The New Politics of Disablement*. Londres: Palgrave.

Normativa y jurisprudencia

Asamblea General de Naciones Unidas (1975). Declaración de los Derechos de los Impedidos. Resolución de la Asamblea General 3447 (XXX), A/10034 (1975).

Congreso de la República (1997). Ley 26790. Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, 17 de mayo.

Congreso de la República (2012). Ley 29973. Ley General de la Persona con Discapacidad, 24 de diciembre.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (1965). Resolución 1086 K (XXXIX), «Readaptación de los inválidos», 30 de julio.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (1995). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 5 (1994): personas con discapacidad. En *Informe sobre los periodos de sesiones 10 y 11 (2 a 20 de mayo de 1994 y 21 de noviembre a 9 de diciembre de 1994)* (pp. 104-116). E/1995/22; E/C.12/1994/20.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (2008). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). Ginebra: 5 a 23 de noviembre de 2007. E/C.12/GC/19.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T-671/11 del 9 de setiembre de 2011.

Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia T-483/14 del 9 de julio de 2014.

Corte IDH (2012). Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C número 246.

EsSalud (2001). Resolución de Gerencia General 654-GG-ESSALUD-2001 que aprueba la directiva 16-GG-ESSALUD-2001: Normas para la Expedición, Registro, Distribución y Control de Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT), 25 de diciembre.

EsSalud (2015). Resolución de Gerencia General 1311-GG-ESSALUD-2014 que aprueba la directiva 015-GG-ESSALUD-2014: Normas y Procedimientos para la Emisión, Registro y Control de las Certificaciones Médicas por Incapacidad y Maternidad en EsSalud. *Diario Oficial El Peruano*, 9 de febrero.

319

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SI TENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?

Jefatura del Estado (España) (1997). Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 169(16 de julio), 21781-21787. BOE-A-1997-15810.

Ministerio de Salud (2006). Resolución ministerial 478-2006-MINSA que aprueba la directiva sanitaria «Aplicación Técnica del Certificado Médico requerido para el otorgamiento de pensión de invalidez – D.S. 166-2005-EF», 22 de mayo.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2014). Informe 10-2012-TPE/2/14. Disponible en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/INFORME_10_2012_MTPE.pdf.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (España) (1994). Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 154(29 de junio), 20658-20708. BOE-A-1994-14960.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (Chile) (1968). Ley 16744 establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 23 de enero.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (Chile) (1980). Decreto ley 3500 establece nuevo sistema de pensiones, 4 de noviembre 1980.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (Chile) (2008). Ley 20255 establece reforma previsional, 11 de marzo.

Organización Internacional del Trabajo (1933a). Convenio 37 sobre el seguro de invalidez (industria, etc.). Ginebra, 29 de junio.

Organización Internacional del Trabajo (1933b). Convenio 38 sobre el seguro de invalidez (agricultura). Ginebra, 29 de junio.

Organización Internacional del Trabajo (1952). Convenio 102 de la sobre la seguridad social (norma mínima), 28 de junio.

Organización Internacional del Trabajo (1967). Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 29 de junio.

Presidencia de la República (1972). Decreto ley 19846. Se unifica el Régimen de pensiones del personal militar y policial de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, por servicios al Estado, 27 de diciembre.

Presidencia de la República (1973). Decreto ley 19990. El Gobierno Revolucionario crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, 30 de abril.

Presidencia de la República (1974). Decreto ley 20530. Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el decreto ley 19990, 27 de febrero.

Presidencia de la República (1987). Decreto supremo 009-DE-CCFA. Reglamento de la Ley de Pensiones Militar-Policial, 17 de diciembre.

Presidencia de la República (1997a). Decreto supremo 003-97-TR que dicta el Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728 que dicta la Ley de productividad y competitividad laboral, 27 de marzo.

Presidencia de la República (1997b). Decreto supremo 054-97-EF. Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, 14 de mayo.

Presidencia de la República (1998). Decreto supremo 003-98-SA. Aprueban Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, 14 de abril.

Presidencia de la República (2015). Decreto supremo 004-2015-MIMP que crea el Programa de pensión por discapacidad severa. *Diario Oficial El Peruano*, 11 de agosto.

Presidencia de la República & Ministerio de Economía y Finanzas (1998). Decreto supremo 004-98-EF. Aprueban Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, 21 de enero.

Presidencia de la República & Ministerio de Trabajo (1974). Decreto supremo 011-74-TR. Reglamento del decreto ley 19990; relativo al Sistema Nacional de Pensiones de Seguridad Social que consta de 4 títulos y 93 artículos, 3 de agosto.

Presidencia de la República & Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (2002). Decreto supremo 024-2002-MTC. Aprueban Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, 14 de junio.

Superintendencia de Banca y Seguros (2012). Oficio Múltiple 29396-2012-SBS, 9 de agosto.

Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el expediente 10063-2006-PA/TC, 8 de noviembre.

Tribunal Constitucional del Perú (2013). Sentencia recaída en el expediente 0261-2003-AA, 26 de marzo.

Recibido: 02/04/2016
Aprobado: 01/08/2016

321

DISCAPACIDAD,
INVALIDEZ,
INCAPACIDAD
PARA EL TRABAJO
Y TRABALENGUAS:
¿SITENGO
DISCAPACIDAD Y
TRABAJO, PUEDO
COBRAR PENSIÓN
DE INVALIDEZ?

DISABILITY,
INCAPACITY
FOR WORK AND
TONGUE-TWISTER:
CAN A PERSON
WITH DISABILITY
WORK AND RECEIVE
AN INCAPACITY
PENSION?