

La necesidad y constitucionalidad de la ley de reforma del régimen de pensiones de la 20530: fijando el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

*Valeria Galindo Valer**

* Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora Adjunta del Doctor Alfredo Villavicencio Ríos del curso de Derecho Laboral General en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sumario:

Introducción I. El Decreto Ley N° 20530: ampliando beneficios de un supuesto régimen cerrado II. Derechos adquiridos y su relación con el derecho de seguridad social: la regla y la excepción antes de la reforma. 2.1. Vigencia de las normas en el tiempo: de los hechos cumplidos y los derechos adquiridos. 2.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la teoría que rige en nuestro ordenamiento: pronunciamientos antes de la reforma. III. El desarrollo de la reforma constitucional. IV. El desarrollo de la reforma constitucional V. La supuesta inconstitucionalidad de la reforma. 5.1. Principales temas abordados por la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 y la Ley N° 28449. VI. El contenido esencial del derecho a la pensión VII. Amparo por vulneración al derecho fundamental a la pensión: aspectos a tener en cuenta para la interposición de las demandas VIII. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un derecho fundamental que, debido a su importancia, se encuentra regulado en diversos instrumentos internacionales y en las Constituciones de la gran mayoría de los Estados, entre los cuales se encuentra el Estado peruano. Los sistemas de seguridad social otorgan básicamente dos prestaciones: salud y pensiones, las cuales por el principio de universalidad deberían otorgarse a favor de todos los seres humanos y no sólo a favor del trabajador como

erróneamente se suele pensar. Lo que ocurre es que en el caso peruano, el sistema de seguridad social ha supuesto un sistema de protección a favor de trabajadores en relación de dependencia, por lo que algunos autores han llegado a sostener que en el Perú no existe un modelo de seguridad social, sino más bien un modelo de seguro social (NEVES, 1999, p. 25), lo cual de por sí ya era bastante injusto.

Debido al aumento de la tasa de desempleo y al alto nivel de informalidad que existe en nuestro país es fácil advertir que la proporción de personas que se benefician de un sistema de seguridad social es bastante escasa; y, lo mas preocupante es que los sistemas de seguridad social existentes padecen de algunas imperfecciones que además de crear injusticias han producido problemas económicos para el Estado. Nos estamos refiriendo específicamente al sistema de pensiones regulado por el tan cuestionado régimen del Decreto Ley N° 20530, cuyo problema principal estuvo en la forma como fue configurado y en los excesos legales y judiciales que incrementaron el número de pensionistas y beneficiarios de un régimen que cada vez era menos viable financieramente.

Sin bien es cierto se debe ampliar la cobertura de la seguridad social, ello no puede hacerse mediante normas irregulares que carezcan de un estudio de aplicación, y menos aún puede hacerse a través de normas que sólo pensaron en el beneficio de un grupo y no en la población en general. Es así como el Poder Ejecutivo propone la reforma de la Constitución de los artículos 11, 103 y de la primera disposición final y transitoria de la Constitución, reforma que más tarde fue aprobada por el Poder Legislativo de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Constitución.

Debido a estos sucesos, nuestro artículo dará una revisión a los hechos previos a la reforma tales como los problemas de la 20530, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, así como la teoría de vigencia en el tiempo que regía antes de la reforma en materia pensionaria; para luego analizar la constitucionalidad de la reforma, esto último con ocasión de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 y la de Ley N° 28449. Finalmente, desarrollaremos el tema relativo a los elementos esenciales de la pensión, lo cual nos servirá para advertir cómo la reforma no los ha afectado y también para tener en claro respecto a qué elementos de la pensión pueden ser protegidos a través de un proceso de amparo.

I. EL DECRETO LEY N° 20530: AMPLIANDO BENEFICIOS DE UN SUPUESTO RÉGIMEN CERRADO.

El régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530 fue creado el 26 de febrero de 1974 con el objetivo de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío regulado por la antigua Ley de Goces que establecía beneficios para los servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962. Y es que con la creación de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado a través de Ley N° 13724 y la emisión del Decreto Supremo de fecha 12 de julio de 1962, se dispuso que los servidores públicos comprendidos en el régimen de la Ley N° 11377 obligatoriamente quedarían adscritos a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. Ello implicaba que los trabajadores estatales que entraban a laborar a partir del 12 de julio de 1962, ya no podrían ser beneficiarios de la Ley de Goces, hoy conocida como el Decreto Ley N° 20530¹.

Sin lugar a duda, esta decisión permitiría el cierre definitivo del Decreto Ley N° 20530 y su consecuente extinción, con la muerte del último beneficiario que haya ingresado a prestar servicios para el Estado al 11 de julio de 1962. Sin embargo, ello no fue lo que ocurrió en la realidad, pues diversas normas abrieron el sistema ampliando el ámbito de aplicación y los beneficios del régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530², situación que generó un evidente problema de financiamiento debido a que las aportaciones o descuentos nunca fueron suficientes para sostener los beneficios que el pensionista y sus sobrevivientes debían recibir de acuerdo a éste Decreto Ley³.

De todas estas normas ampliatorias la más discutible fue la Ley N° 23495 que convirtió el proceso de nivelación progresivo regulado por la octava disposición final y transitoria de la Constitución de 1979 en una nivelación automática y per-

¹ Originariamente este régimen pensionario comprendió a un reducido grupo de servidores (aproximadamente 30,000 los cuales estaban sujetos al régimen laboral de la actividad pública Ley N° 11377. (ABANTO, 2004, P 399)

² Las Leyes que ampliaron los beneficios de este régimen fueron: Decreto Ley 22595, Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1979, Ley N° 23495, Ley N° 24156, Ley N° 24779, Ley N° 25008, Decreto Legislativo N° 556.

³ De acuerdo a Orlando Gonzáles la relación entre aportantes y pensionistas ha sido aproximadamente en el 2002 de 31,000 y 290,000 y en el 2003 de 27,000 y 295, 331, respectivamente. (2004, p. 363)

manente hacia futuro⁴. Cabe señalar que la posibilidad de la nivelación supuso un vínculo entre las pensiones y las remuneraciones, es decir, la posibilidad de que un pensionista tuviera una pensión equivalente a la de un trabajador activo e incluso la posibilidad de aumentar su pensión siempre que aumente la remuneración del trabajador activo.

A ello debemos sumar la existencia de interpretaciones administrativas y judiciales irregulares⁵ que permitieron el ingreso de un mayor número de personas a un régimen cuyos beneficios superaban notoriamente a los regulados por el Decreto Ley N° 19990. Basta con tener en cuenta que para obtener la pensión de cesantía sólo era necesario contar con 15 años de servicios en el caso de los hombres y 12 años y medio en el caso de las mujeres, sin importar la edad del sujeto beneficiario de la pensión. Ello permitió que muchos trabajadores puedan cesar y obtener pensiones de por vida a pesar de haber aportado una suma que difícilmente alcanzaría para solventar el pago de sus pensiones. Y lo más importante, hombres y mujeres podían nivelar sus pensiones con las remuneraciones de los trabajadores activos siempre que contaran con 20 años de servicio.

Cabe señalar que todos los beneficios de la 20530 y todas sus normas ampliatorias fueron protegidos por la Constitución de 1993, la cual dispuso en su primera disposición, final y transitoria la incorporación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria.

Es así como para remediar la situación descrita se llevaron a cabo algunas medidas, tales como la declaración de nulidad de las incorporaciones y reincorporaciones que se habían realizado con infracción al ordenamiento, ello de conformidad al Decreto Legislativo N° 763; así como, la disposición de que la nivelación solo podría efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público, ello de conformidad con el Decreto Legislativo N° 817 y la Ley N° 26835; y, la fijación de topes a las pensiones por las Leyes de Presupuesto de 1991 a 1994.

⁴ Esta norma establecía en su artículo 5 que “Cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad”.

⁵ Estas incorporaciones contravenían el artículo 41 del Decreto Ley N° 20530.

Sin embargo, estas medidas no tuvieron el éxito esperado debido a que los afectados interpusieron acciones ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, instituciones que bajo la teoría de los derechos adquiridos no permitían ningún tipo de alteración del régimen del Decreto Ley N° 20530, ni la exclusión o desconocimiento de derechos de sus beneficiarios.

II. DERECHOS ADQUIRIDOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL: LA REGLA Y LA EXCEPCIÓN ANTES DE LA REFORMA.

Tal como hemos podido observar todas las medidas que se tomaron para modificar régimen previsto por el Decreto Ley N° 20530 fueron finalmente mediatizadas en sus efectos por el Poder Judicial y por el Tribunal Constitucional (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2004, p. 12) quienes actuaron en cumplimiento de lo dispuesto por la primera disposición transitoria y final de la Constitución. Y es que cualquier medida que disminuya los beneficios consagrados en dicha norma era considerada como una medida que infringía la teoría de los derechos adquiridos que nuestra Constitución consagraba en materia pensionaria, y por tanto inconstitucional.

Pero, ¿Qué debemos entender por derechos adquiridos? ¿Es esta la regla que regía en nuestro ordenamiento jurídico?

Ante estas interrogantes hemos decidido explicar brevemente el concepto de derechos adquiridos para luego analizar las distintas sentencias del Tribunal Constitucional en las cuales se ha pronunciado respecto a la regla y a la excepción que regían en nuestro ordenamiento jurídico antes de la reforma.

2.1. Vigencia de las normas en el tiempo: de los hechos cumplidos y los derechos adquiridos.

En todo Estado de derecho la regla general que regula la vigencia de las normas en el tiempo es la irretroactividad, lo cual quiere decir que las normas rigen a partir del momento en que empiezan su vigencia. Sin embargo, esta regla tiene una excepción, la retroactividad, la cual es aceptada por algunos ordenamientos.

El fundamento de la irretroactividad se encuentra en la seguridad jurídica; mientras que el de la retroactividad se sustenta en la protección de aquellos sujetos que están en situación de desventaja (NEVES, 2004, p. 91). Ello quiere decir que la retroactividad sólo es posible en aquellos casos en los que sea benigna para el sujeto tutelado. Sin embargo, no hay una única lectura de los conceptos de irretroactividad y retroactividad, las interpretaciones son básicamente dos y dependen de la teoría que haya adoptado el Estado, esto es la teoría de los hechos cumplidos o la teoría de los derechos cumplidos.

Según la teoría de los hechos cumplidos nos encontramos ante una situación de irretroactividad cuando los efectos no cumplidos del acto celebrado al amparo de la antigua norma pasan a regirse de forma inmediata por la nueva norma, esto es a partir de su entrada en vigencia. Mientras que habrá retroactividad, si los efectos ya cumplidos del acto en cuestión son revisados en virtud de la norma posterior.

Ello quiere decir que en una sucesión de mejora la consecuencia es óptima para los trabajadores antiguos a quienes se les otorgará el beneficio de forma inmediata⁶; mientras que si la sucesión es de disminución la consecuencia es perjudicial porque su beneficio se rebaja⁷.

Por su parte, la teoría de los derechos adquiridos señala que la irretroactividad consiste en que los efectos no cumplidos de un acto celebrado al amparo de una norma derogada continúen rigiéndose por ésta, mientras se produzcan. En cambio, la retroactividad supone que los efectos no cumplidos de tal acto se rijan inmediatamente por la nueva norma desde su entrada en vigencia.

Ello quiere decir que en una sucesión de mejora la consecuencia es perjudicial para el trabajador porque no podría acceder al nuevo beneficio; mientras que si la sucesión es de disminución la consecuencia es óptima, puesto que los trabajadores antiguos retienen el derecho a percibir el mayor beneficio⁸.

⁶ Tal como se puede observar si el ordenamiento laboral siguiera una tendencia progresiva la teoría de los hechos cumplidos sería la más ventajosa. Pero el problema se presenta en los períodos críticos, es decir, en aquellos casos en los que la sucesión es de disminución.

⁷ Hemos desarrollado este punto desde la irretroactividad. Cabe indicar que la retroactividad se admite únicamente cuando es benigna.

⁸ Hemos desarrollado este punto desde la irretroactividad. Cabe indicar que la retroactividad se admite únicamente cuando es benigna.

Asimismo, la clave para ambas teorías se encuentra en el momento en el que se adquiere el derecho y se cumple el hecho. Respecto al momento en el cual se adquiere un derecho hay tres posiciones doctrinarias. Para la primera basta que la relación jurídica se haya constituido; para la segunda, es necesario que se haya producido el supuesto de hecho; y para la tercera se requiere que se haya comenzado a disfrutar del beneficio (DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2004, p. 18). Por su parte, respecto al momento en el que se cumple el hecho se debe distinguir entre aquellos que se cumplen únicamente una vez y aquellos que lo hacen de forma periódica (NEVES, 2004, p. 93).

En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución de 1993 no tenía ningún artículo en el que se hiciera referencia expresa a la adopción de alguna de las dos teorías; sin embargo, el Tribunal Constitucional, que es el intérprete supremo de la Constitución, tenía una opinión distinta, la cual desarrollaremos a continuación.

2.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la teoría que rige en nuestro ordenamiento: pronunciamientos antes de la reforma.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la teoría que rige en nuestro ordenamiento con ocasión de los procesos de inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967⁹ y el Decreto Legislativo N° 817¹⁰. Cabe precisar que ambas normas intentaron modificar las condiciones para la percepción de las pensiones de jubilación, lo cual motivó la interposición de ambos procesos de inconstitucionalidad, publicados en el diario El Peruano en la separata de normas legales el 26 de abril de 1997. Desarrollaremos brevemente ambos pronunciamientos.

a) Decreto Ley N° 25967

En la sentencia bajo comentario el Tribunal Constitucional se pronunció respecto a tres temas importantes: la teoría que rige en nuestro ordenamiento, la

⁹ Sentencia del 23 de abril de 1997 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, proceso de inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967, Exp. N° 07-1996-AA/TC.

¹⁰ Sentencia del 23 de abril de 1997 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, proceso de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817, Exp. N° 08-1996-AA/TC.

definición de un derecho adquirido y el momento en el cual se produce la adquisición de un derecho.

Respecto a lo primero el Tribunal Constitucional sostuvo que la Constitución adopta como regla general la teoría de los hechos cumplidos y como excepción, para el ámbito pensionario, la teoría de los derechos adquiridos. Los fundamentos de esta afirmación se encuentran, a criterio del Tribunal, en que *“la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma”* al establecer que *“la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, opera desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial”*, ello conforme al artículo 109°, el cual establece que la Ley rige desde el día siguiente de su publicación, lo cual es acorde con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10).

Asimismo, el Tribunal Constitucional afirma que hay derechos adquiridos en materia pensionaria, lo cual advierte como *“una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente”* (Fundamento 10).

Respecto a lo segundo, el Tribunal Constitucional señaló que los derechos adquiridos son *“los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas”* (Fundamento 10).

Finalmente, respecto al tercer tema, el Tribunal Constitucional señaló que se debe hacer una distinción entre pensiones originarias y derivadas, es decir entre aquellas que genera el titular a su favor y aquellas que produce en beneficio de sus familiares.

Respecto a la pensión originaria señaló que ésta se adquiere cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma (Fundamento 11). Ello quiere decir que para el Tribunal Constitucional se adquiere el derecho en el momento en que se haya producido el supuesto de hecho previsto en la norma, siendo compatibles con la Constitución todas aquellas modificaciones legislativas que operen hacia futuro y que por ende afecten derechos no adquiridos. Por otro lado, respecto a las pensiones derivadas el Tribunal Constitucional señaló (en el Fundamento 16 de

la sentencia sobre la Ley 27617)¹¹ que ésta se adquiere cuando el titular cumple los requisitos para percibir una pensión de jubilación o cesantía. Ello, de acuerdo a la Defensoría del Pueblo, generaría situaciones absurdas, tales como que un pensionista soltero genere beneficios a favor de un cónyuge inexistente o a favor de hijos no concebidos (2004, p. 22).

b) Decreto Legislativo N° 817

En este proceso el Tribunal Constitucional sostuvo que una correcta interpretación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución “*no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530*”, lo que es posible en la medida que esta disposición “*permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente*” (Fundamento 15 y 17).

c) Los excesos del Tribunal Constitucional

Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha indicado en su Informe Defensorial N° 085 que el Tribunal Constitucional confundió la vigencia de las normas en el tiempo con sus efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes (2004, p. 19). Es más, Javier Neves ha señalado que el hecho que las normas entren en vigencia con posterioridad a su publicación no implica la adopción de ninguna teoría (2004, p. 94). Para saber cual es la teoría por la cual ha optado el Estado bastará con verificar si al entrar en vigencia una norma afecta o no las relaciones y situaciones existentes.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional debió realizar una lectura *contrario sensu* de las disposiciones de la Constitución, lo cual supone llegar a la regla en base a la excepción establecida en el artículo 62° de la Constitución y en la primera disposición final y transitoria, esto es si la excepción es la teoría de los derechos adquiridos, la regla debe ser la teoría de los hechos cumplidos.

¹¹ Sentencia del 27 de junio de 2003 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, Caso Cinco mil ciudadanos, sobre la Constitucionalidad de la Ley N° 27617, referida a Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, Expediente N° 002-2003-AI/TC.

A pesar de no haber tomado en cuenta estos elementos, el Tribunal Constitucional reconoció en aquel momento que en nuestro ordenamiento regía la teoría de los hechos cumplidos como regla general, y que la excepción era la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria¹². Así, lo ha señalado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando en el caso de los cinco pensionistas señaló que *“En lo que se refiere a si el derecho a la pensión es un derecho adquirido o no, esta controversia ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú y por el Tribunal Constitucional peruano”* (Punto 96), *“el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas”*. (Punto 102)¹³

d) Rectificaciones del Tribunal Constitucional: el cambio de posición.

La adopción de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, hicieron que el Tribunal Constitucional califique de inconstitucional cualquier medida que intente limitar los derechos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, con lo cual los problemas financieros de éste régimen empezaron a incrementarse¹⁴. Es así como el Tribunal Constitucional se vio obligado a cambiar algunos de sus criterios, sobre todo aquellos que supusieron la apertura y la ampliación de los beneficios de un régimen que debía permanecer cerrado.

¹² Cabe indicar que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé una aplicación mixta, ya que en los casos de sucesión de disminución nos regiremos por la teoría de los derechos adquiridos mientras que en los casos de sucesión de mejora se aplicaría la teoría de los hechos cumplidos.

¹³ Sentencia del 28 de febrero de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú.

¹⁴ El Ministerio de Economía y Finanzas ha indicado que el costo del Decreto Ley N° 20530 representa el 17% de los ingresos tributarios del Gobierno Central y el 81% de la inversión pública, lo cual quiere decir que recursos que podrían destinarse a sectores prioritarios tales como salud, educación e infraestructura deben ser destinados al pago de pensiones de 290 mil pensionistas quienes representan el 2.5% de la PEA del país (Ver: <http://www.proyecto20530.gob.pe/pagina2.htm>). Es más, el propio Ministerio ha llegado a señalar que 84 de cada 100 nuevos soles que reciben los pensionistas de la Decreto Ley N° 20530 son subsidiados con dinero del Estado (Ver: http://www.mtpe.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=294)

El primer paso fue dado en el proceso de amparo seguido por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsonal (Exp. N° 0189-2002-AA/TC)¹⁵, en el cual se pronunció sobre tres aspectos importantes.

En primer lugar señaló que “(...) teniendo en cuenta que la Constitución Política del Perú promueve un sistema de seguridad social, no sólo justo, sino también factible, eficaz y sostenido por cálculos actuariales realistas, este Colegiado habida cuenta de la especial trascendencia del caso ha considerado reabrir y profundizar el examen de la materia, y en armonía con otras disposiciones de la Carta Magna, entre las que destaca la su Segunda Disposición Final y Transitoria, ha resuelto apartarse del criterio adoptado¹⁶ precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso a régimen del Decreto Ley N° 20530” (Fundamento 11).

En segundo lugar señaló que “(...) los años de formación profesional no se anteponen al inicio de la relación laboral con el Estado, se agregan con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado” (Fundamento 10).

En tercer lugar señaló que “la nivelación debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que no esté dentro del régimen laboral privado, que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese” (Fundamento 15).

Otro paso importante se dio con ocasión del proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 27617, en la cual el Tribunal Constitucional hizo una reflexión sobre la incidencia económica de sus pronunciamientos en materia pensionaria. Así, el Tribunal Constitucional señaló que “los regímenes pensionarios de los Decre-

¹⁵ Sentencia del 18 de junio de 2003 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, proceso de amparo seguido por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsonal, Exp. N° 0189-2002-AA/TC.

¹⁶ Aquí el Tribunal Constitucional se refiere al caso Medina Pantoja. En este caso el Tribunal Constitucional estableció como criterio interpretativo que “ante conflicto de normas se opta por la aplicación de aquella que da acceso a la pensión” (Expediente No. 1256-2001-AA/TC publicado el 06 de agosto de 2002.

tos Leyes N° 19990 y 20530 no fueron creados, con los alcances que tienen, por este Tribunal, ni tampoco le corresponde realizar los ajustes necesarios”, los que a criterio de la Defensoría del Pueblo requieren de una reforma de la Constitución (2004, p. 26) posibilidad que también es compartida por el Tribunal Constitucional al señalar que “siempre queda como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido” (Fundamento 14).

III. EL DESARROLLO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

El cambio en el criterio del Tribunal Constitucional fue importante; sin embargo, para solucionar los problemas del Decreto Ley N° 20530 era necesario dar un paso más, pues todavía permanecía en el ordenamiento jurídico la primera disposición transitoria y final de la Constitución. Ello quiere decir que de suprimirse esa norma desaparecería la posibilidad de que un juez o incluso el mismo Tribunal Constitucional pueda aplicar la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, siendo viable la aplicación inmediata de cualquier norma que intente modificar lo dispuesto por el Decreto Ley N° 20530.

Así, lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, el cual como parte del fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 002-2003-AI/TC, Caso Cinco mil ciudadanos, sobre la Constitucionalidad de la Ley N° 27617, referida a Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, señaló que:

“(…) con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional. Tal posibilidad y la oportunidad de su ejercicio, sin embargo, no es un asunto que se encuentre dentro de las competencias de este Tribunal - como ya se ha expresado en la STC N° 0189-2002-AA/TC, Fundamento N° 20-, sino en las del órgano al que se ha investido de tal función, a través del procedimiento preceptuado en el artículo 206 de la Constitución”.

Es así como el 17 de noviembre de 2004 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Ley N° 28389 que dispuso la reforma de los artículos 11°, 103° y la primera disposición final y transitoria de la Constitución, cuyas reglas fueron desarrolladas por la Ley N° 28449, publicada el 30 de diciembre del 2004.

Los principales objetivos de la reforma constitucional fueron los siguientes¹⁷:

1. Corregir las desigualdades en el tratamiento de pensiones a fin de evitar la inequidad entre los pensionistas de la 19990 y la 20530, la cual se manifiesta en dos aspectos: menores requisitos para acceder a la pensión y mayores beneficios¹⁸. Estas desigualdades pueden ser advertidas en el siguiente cuadro:

	DL N° 20530	DL N° 19990
Número de pensionistas	295,000	409,000
Tiempo mínimo de servicios para jubilarse.	Hombres 15 Mujeres 12.5 Hasta S 30,000	Hombres 20 Mujeres 20 1 200
Pensión máxima mensual	Hasta 1, 267	507
Pensión promedio	Viudez, orfandad, hijas	Viudez 50% y orfandad
Pensión de sobrevivencia	solteras hasta 18 años	hasta 20 %
Edad mínima para jubilarse	No existe	65 años

La reforma no afecta a los pensionistas del Decreto Ley N° 19990.

2. Eliminar el mecanismo de nivelación por su impacto negativo. La nivelación ha causado la informalización y el desorden de las remuneraciones del sector público debido a que se aprobaron bonificaciones no pensionables, pagos fuera de planilla, entre otros, para evitar el efecto espejo¹⁹. Con estas medidas el Estado pretendió evadir un beneficio que resultaba inviable fiscalmente²⁰.

¹⁷ Ver exposición de motivos de la Ley de Desarrollo de la Reforma Constitucional del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530.

¹⁸ La pensión promedio del sistema nacional de pensiones asciende a S/. 507 mensuales mientras que las pensiones derivadas del decreto ley 20530 es 2.5 veces superior al del casi 75 % de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 perciben más de 800 soles.

¹⁹ El efecto espejo significa que las pensiones nivelables deben ajustarse ante cualquier variación de los sueldos de Estado. Ello implica que cada sol que se destinara a mejorar el pago de los funcionarios públicos tendrá un efecto multiplicativo en el presupuesto, pues no solo habría que aumentar los sueldos de los trabajadores activos, sino también las pensiones correspondientes.

²⁰ Proyecto de Ley de Desarrollo de la Reforma Constitucional del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530. p. 13.

3. Dar solución al problema fiscal generado. Este régimen esta originando un costo fiscal creciente, el cual debe ser detenido. De lo contrario se convertirá en una amenaza para el equilibrio fiscal y para la calidad del gasto público²¹.

IV. EL DESARROLLO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La Ley de reforma constitucional, Ley N° 28389 dispuso lo siguiente:

1. Modificación al artículo 11° de la Constitución (artículo 1 de la Ley N° 28389) al cual se le agrega lo siguiente: *“La Ley establecerá la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”*. Esta modificación obedece a la necesidad de tener una entidad encargada de la administración de las pensiones, es decir, una administración centralizada de las mismas, lo cual no había sido posible por los distintos fallos del Tribunal Constitucional que consideraban inconstitucional la creación de cualquier organismo que se encargue de otorgar derechos pensionarios.
2. La modificación del artículo 103° de la Constitución (artículo 2 de la Ley N° 28389). Con esta modificación se establece que la regla en nuestro ordenamiento jurídico es la teoría de los hechos cumplidos. Sin embargo, esta modificación no era suficiente para que se puedan efectuar los cambios en el Decreto Ley N° 20530, pues era necesario eliminar la disposición que permitía la aplicación de los derechos adquiridos en materia pensionaria.
3. Es por ello que se propone la sustitución de la primera disposición final y transitoria de la Constitución y con ello la desaparición de la teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones. Así, el nuevo texto de esta disposición final y transitoria establece el cierre definitivo del régimen pen-

²¹ En el año 2002 más de S/. 6, 000 millones de los tesoros ordinarios del tesoro público fueron dedicados a gastos provisionales (ello representó el 85% del servicio de la deuda externa del Gobierno, 104% del total del presupuesto de inversiones y 310% del total del presupuesto para Salud. (GONZÁLES, 2004, p 371). En el año 2000, los 3863 millones considerados en el presupuesto del sector público, fueron cubiertos casi en su totalidad con recursos ordinarios del tesoro público (GAMARRA, 2004, p. 427).

sionario del Decreto Ley N° 20530 (artículo 3 de la Ley N° 28389) y prohíbe las nuevas incorporaciones y reincorporaciones a éste régimen. Cabe precisar, que los trabajadores que pertenecían a dicho régimen pero que no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deben optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de AFP.

Asimismo, hay una clara tendencia a desaparecer toda referencia a la nivelación, pues se establece que no se podrá prever en las nuevas reglas sobre pensiones la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y que las modificaciones que se establezcan en los regímenes de pensiones actuales y futuros no deberán registrarse por la nivelación.

Por otro lado, se prohíbe la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una (1) Unidad Impositiva Tributaria (en adelante, UIT) y se establece que la ley dispondrá la aplicación progresiva de topes para aquellas remuneraciones que excedan esa misma unidad de referencia. Cabe indicar que el entonces Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Javier Neves Mujica, precisó que el establecimiento de topes no significaba congelar las pensiones, como erróneamente sostuvo un sector²². Y es que aparentemente la nivelación como mecanismo de reajuste era una garantía, en la medida que opera automáticamente; sin embargo, se debe tener en cuenta que muchos incrementos remunerativos fueron establecidos con carácter no pensionable a fin de evitar la nivelación²³.

Finalmente, se establece que el ahorro que provenga de la aplicación de las nuevas reglas será destinado a incrementar las pensiones más bajas y se autoriza al Gobierno a declarar la nulidad de las pensiones que hayan sido obtenidas ilegalmente (Artículo 3 de la Ley N° 28389).

Por su parte, la Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, Ley N° 28449, estableció lo siguiente:

²² Información de la Oficina de Comunicación Social y Relaciones Públicas del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo de fecha 30 de setiembre de 2004 (Ver: http://www.mtpps.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=294)

²³ Ver: <http://www.proyecto20530.gob.pe>

1. Sólo se consideran incorporados al régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530 aquellas personas que hayan cumplido con todos los requisitos vigentes al momento de la generación del derecho (entiéndase pensión de jubilación e invalidez). Este beneficio también se hace extensivo a los beneficiarios del trabajador o pensionista, actuales o futuros, que cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivencia (artículo 2 de la Ley N° 28449). Ello quiere decir que la reforma solo afectará a los trabajadores activos perteneciente al Decreto Ley N° 20530 que aun no cumplen con los requisitos antes señalados. (primera disposición transitoria de la Ley N° 28449).
2. Se establece que el monto máximo de la pensión ya sea de jubilación cesantía o invalidez asciende como máximo a dos (2) UIT, vigentes a la fecha del pago (artículo 3 de la Ley 28449). Aquellas pensiones que superen este monto se reducirán anualmente en 18% hasta alcanzar el tope correspondiente (tercera disposición transitoria de la Ley 28449).
3. Eliminar el mecanismo de nivelación de las pensiones con las remuneraciones. Este sería remplazado por un sistema que permite el reajuste de las pensiones de los beneficiarios que hayan cumplido 65 años o más y cuyo monto no exceda de una (1) UIT (Artículo 4 de la Ley N° 28449).
4. Se establecen reglas para el cálculo de las pensiones de cesantía e invalidez que se reconozcan a partir de la vigencia de esta Ley. Cabe señalar que las reglas son distintas para hombres y mujeres, así como también para aquellos trabajadores que hayan obtenido un aumento de sus remuneraciones (artículo 5 de la Ley N° 28449).
5. Futuras pensiones de sobrevivientes serán iguales a las que reciben los pensionistas del Decreto Ley N° 19990 (artículo 7 de la Ley N° 28449).
6. El ahorro obtenido por la pensión máxima será destinado a subir las pensiones más bajas del Decreto Ley N° 20530 (cuarta disposición transitoria de la Ley N° 28449).

V. LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA.

Ante la promulgación y vigencia de las dos Leyes antes señaladas que supusieron la reforma de la Constitución en lo relativo al régimen pensionario se interpusieron una serie de demandas que reclamaban la inconstitucionalidad de ambas normas por atentar contra los derechos a la seguridad social, a la pensión y a la propiedad; así como, contra los principios de dignidad, igualdad, irrenunciabilidad, progresividad, irretroactividad, seguridad jurídica e intangibilidad de fondos de la seguridad social.

Estas demandas fueron resueltas por el Tribunal Constitucional con la Sentencia del 3 de junio de 2005²⁴, la cual declaró infundadas las demandas acumuladas en el extremo que impugnaban la constitucionalidad de la Ley N° 28389 y fundadas en parte las demandas acumuladas en el extremo que impugnaban la constitucionalidad de la Ley N° 28449²⁵.

Debido a la extensión de la sentencia en referencia vamos a desarrollar brevemente algunos puntos, básicamente los que nos parecieron más importantes, para luego centrarnos en el punto relativo al contenido esencial del derecho a la pensión. Sobre este último punto nos interesa analizar si es que la nivelación puede ser considerada como parte de su contenido esencial, sobre todo porque éste ha sido uno de los temas más cuestionados de la reforma.

²⁴ Sentencia del 3 junio de 2005 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, Proceso de inconstitucionalidad de la Ley 28389 de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

²⁵ Los puntos que fueron declarados inconstitucionales son: el conector conjuntivo 'y' del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por la Ley N° 28449, la frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530 y por conexidad, la misma frase del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, Asimismo, la frase 'Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años' del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990, el primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449 y por conexidad la oración 'El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante' del artículo 57 del Decreto Ley N° 19990, la frase 'de viudez' de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 y por conexidad la misma frase del artículo 54 del Decreto Ley N° 19990.

5.1. Principales temas abordados por la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 y la Ley N° 28449.

a) De la afectación de los derechos fundamentales:

De acuerdo a los demandantes, la reforma pensionaria ha afectado los derechos fundamentales de un grupo determinado de personas esencialmente los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Legislativo N° 20530. Ello a criterio de los demandantes estaría vedado para el legislador, por lo que se convierte en ilícita una reforma constitucional sobre todo si esta es peyorativa, es decir, si disminuye o suprime los derechos fundamentales. A criterio de los demandantes sólo sería válida aquella reforma cuyo objeto sea ampliar u optimizar los derechos fundamentales enunciados o que reconozca nuevos derechos fundamentales (Fundamento 31).

La reforma era considerada peyorativa, pues la seguridad social, prevista en el artículo 10 de la Constitución, y el derecho a la pensión, reconocido por el artículo 11 de la misma, habían sido disminuidos en su contenido esencial, lo cual a su vez revela un quebrantamiento del límite material al poder de reforma constitucional, previsto en el último párrafo del artículo 32 de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la reforma no infringe su contenido esencial y que su implementación por el Congreso ha sido razonable (Fundamento 45). Así, señaló que *“la reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional, propias de este derecho. No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial (tema que será desarrollado infra), reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho”*. (Fundamento 77)

Frente a esta afirmación el Tribunal Constitucional tuvo que analizar la constitucionalidad de la medida a la luz de los principios fundamentales que inspiran la interpretación de los derechos fundamentales comprometidos en el presente caso.

b) El principio de la dignidad humana, principio de igualdad, principio de solidaridad, el principio de progresividad y el equilibrio presupuestal:

El Tribunal Constitucional señaló que existe un derecho a la dignidad pensionaria (Fundamento 46), que la aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento diferenciado (Fundamento 47) y es deber del Estado acabar con los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario (Fundamento 48), todo lo cual se estaría cumpliendo en el presente caso.

Además, señaló que la reforma no atenta contra el principio de progresividad, pues se trata de una reducción objetiva y proporcional de pensiones que pertenecen a una minoría, la cual ha sido prevista en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo con el principio de dignidad humana de la mayoría (Fundamento 49).

Finalmente, ha señalado que el Estado debe, al momento de sufragar los costes del pago de una pensión, observar el principio del equilibrio en su presupuesto (Fundamento 50), lo cual explica que el Congreso, entre otras consideraciones, haya acudido a razones de orden económico para justificar la aprobación de la reforma constitucional cuestionada. Incluso ha llegado a señalar que ni el contenido social de la Constitución puede justificar los altos montos pensionables de un número de personas adscritas al régimen del Decreto Ley N° 20530. Por el contrario, ha señalado que los altos montos destinados al pago de estas pensiones deberían dirigirse para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar iniquidades para el futuro del sistema pensionario (Fundamento 44).

c) Pensión como derecho humano o derecho fundamental:

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos humanos son aquellos derechos que portan todos los seres humanos por su condición de tales (Fundamento 71), mientras que los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran regulados en la Constitución. En atención a ello, los derechos

fundamentales, sirven para “(...) *designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales*” (Fundamento 72)

Cabe señalar que “*la necesidad de una delimitación conceptual de los derechos fundamentales, con relación a otras categorías como los derechos humanos, obedece a la suma importancia de éstos derechos dada la función que cumplen dentro del Estado social y democrático de Derecho*” (Fundamento 72). En esa línea de ideas la pensión ha sido definida como un derecho fundamental y no como derecho humano, debido a que es un derecho que ha sido incorporado al ordenamiento constitucional.

Hecha esta precisión debemos señalar que los demandantes indicaron que la prohibición de nivelación de las pensiones con las remuneraciones establecida por la Ley de reforma vaciaba de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la primera disposición final y transitoria, por ser esta la característica propia y singular del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530 (Fundamento 74).

Frente a ello, el Tribunal Constitucional señaló que “*a diferencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución, con mandatos de derechos fundamentales, la primera disposición final y transitoria sólo aparece como una fórmula de protección de bienes jurídicos, que goza de reconocimiento constitucional, pero que no puede reputarse como protectora de derecho fundamental*” (Fundamento 74). Es por ello que el Tribunal Constitucional afirma que “*no comparte lo señalado por los demandantes respecto a la desfundamentación del derecho a la pensión y la seguridad social, en lo que se refiere a la nivelación de las pensiones de jubilación. La nivelación no es un elemento configurador del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. La pensión, luego de la reforma constitucional, en ningún momento ha dejado de ser considerada como un derecho fundamental, por lo que deben ser declaradas infundadas en este extremo las demandas planteadas*” (Fundamento 78).

d) Carácter patrimonial del derecho de pensión:

De acuerdo al Tribunal Constitucional no puede considerarse a la propiedad y la pensión como derechos equivalentes, pues *“entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad”* (Fundamento 97).

Observemos algunos ejemplos. En primer lugar, la naturaleza de la pensión le impide ser un derecho real sobre un bien, por el contrario se trata del derecho de los pensionistas a percibir un pago periódico siempre que hayan cumplido los requisitos legalmente establecidos. En cuanto a los actos de disposición se debe tener en cuenta que la pensión no puede ser objeto de compra-venta, permuta, donación, entre otros, ni es susceptible de expropiación. Además, la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la Ley. Finalmente, en cuanto a la titularidad, ésta no siempre coincide con la persona beneficiaria, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario (Fundamento 98).

Sin embargo, queremos precisar que esta relación entre la pensión y el derecho de propiedad surge con ocasión de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, en la cual la Corte señaló textualmente que *“los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”* (Fundamento 103).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado, además de las precisiones antes señaladas, que la Corte Interamericana también reconoce las posibilidades de la caja fiscal para dar cumplimiento a la progresividad de los derechos fundamentales, tema que, a juicio del Tribunal es de suma importancia. Así, la Corte ha señalado que “(...) los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económi-

cos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.

e) El derecho a la pensión no incluye la exigencia de la nivelación:

Los demandantes han señalado que la supresión de la nivelación y la aplicación de topes sobre las pensiones constituirían una afectación al derecho fundamental de la seguridad. Así, han señalado que la prohibición de la nivelación de las pensiones “(...) *equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser ésta la característica propia y singular del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530*” (Fundamento 74).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la reforma no afecta al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión en la medida que no forma parte del mismo. Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha señalado que ésta forma parte del contenido no esencial del derecho de pensión, el cual al igual que el contenido adicional del derecho pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten su contenido esencial mediante intervenciones irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Por otro lado, respecto al tema de los topes los demandantes señalaron que “*el derecho a percibir una pensión nivelada, se ve gravemente afectado, no sólo en cuanto se elimina el derecho a su reajuste futuro por nivelación, sino porque su monto actual se verá reducido año tras año, hasta equipararse al denominado “monto máximo mensual”. Esto sería contradictorio con el artículo 10° de la Constitución, conforme al cual la finalidad del derecho a la seguridad social es asegurar a la persona ‘la elevación de su calidad de vida’*” (Fundamento 100). Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones esenciales: la disponibilidad económica del sistema de seguridad social y el principio de solidaridad. Por estas consideraciones, y siempre que el Estado garantice el pago de las pen-

siones y los montos de éstas cubran el mínimo de subsistencia, la fijación de topes no pueden ser tachada de inconstitucional.

Nosotros compartimos la opinión del Tribunal Constitucional, pues creemos que no existe un derecho fundamental a la nivelación de la pensión. Si ello fuera así, la nivelación hubiera sido desarrollada por las principales declaraciones y tratados de contenido genérico que regulan el tema de los derechos laborales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶, así como por los convenios de la OIT que regulan temas de seguridad social²⁷.

Sin embargo, ninguno de éstos instrumentos internacionales regula a las pensiones nivelables y sin tope como parte del contenido del derecho a la pensión²⁸. Es más, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 001-2004/AI/TC²⁹ señala que la doctrina de los derechos adquiridos en materia previsional no supone la existencia de un derecho constitucional “*a la intangibilidad del monto de las pensiones*” porque dichos montos pueden ser reducidos, esto es, limitados legítimamente, bajo determinados requisitos.

Asimismo, la nivelación pensionaria no es una condición intrínseca del Decreto Ley N° 20530, por el contrario fue un elemento que se agregó con posterioridad a su creación.

²⁶ Cabe indicar que las dos declaraciones y todos los tratados a los cuales hemos hecho referencia, se encuentran aprobados y ratificados por el Perú.

²⁷ Los Convenios que ha ratificado el Perú han sido el Convenio 24, que regula el seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, comercio y del servicio doméstico, el Convenio 25, que regula un seguro de enfermedad para los trabajadores agrícolas, el Convenio 35, que regula el seguro de vejez del trabajador de industria, el Convenio 36 sobre seguro de vejez del trabajador agrícola, el Convenio 38 sobre seguro de invalidez, el Convenio 39 sobre seguro de muerte, el Convenio 40 sobre seguro de muerte del trabajador agrícola, el Convenio 56 sobre seguro de enfermedad de la gente de mar, y el Convenio 102 sobre seguridad social mínima

²⁸ Hay que tener en cuenta que de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia, ratificados por el Perú; lo cual quiere decir que ante cualquier discrepancia sobre el alcance de un derecho habrá que recurrir al tratado.

²⁹ Sentencia del 27 de setiembre del 2004 del Pleno del Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, acciones de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 28046, Expediente 001-2004-AI/TC.

Además, hoy en día se destaca la necesidad de un concepto más amplio de la seguridad social, el cual concuerda con el concepto de trabajo decente, y cuyos elementos son los siguientes: la vivienda, la seguridad alimentaria y prestaciones para la educación escolar, además de las eventualidades previstas en el Convenio 102³⁰ (norma mínima). Debido a que no todas las sociedades pueden permitirse el mismo nivel de seguridad social, la OIT ha propuesto una seguridad social mínima para todos los seres humanos que abarca desde los servicios básicos de salud y los derechos básicos en materia de alimentación, vivienda y educación en los países más pobres, hasta los sistemas de seguro más complejos contra pérdidas de ingresos en los países industrializados (OIT, 2000, p 45).

Tal como se puede apreciar en ninguna de las dos concepciones de la seguridad social (ni la amplia ni mínima) se regula el derecho a una pensión nivelable, lo cual hace evidente una vez más que ésta no forma parte de su contenido esencial. Por el contrario, lo que sí forma parte de éste derecho fundamental es el derecho a percibir una pensión, lo cual no está siendo afectado por la reforma constitucional³¹. Por el contrario, todas las personas comprendidas en el régimen del Decreto Ley N° 20530 continuarán dentro de éste régimen y no perderán su pensión. Las pensiones otorgadas conforme a Ley se respetan.

Estas razones, unidas a lo señalado por el Tribunal Constitucional, nos hacen pensar que no existe un derecho fundamental a la nivelación vitalicia, si ello fuera así estaría previsto en las declaraciones y tratados de derechos humanos a los que hemos hecho referencia. Además, no sería solo un derecho de los pensionistas del régimen de la 20530, como aparentemente estarían pensando quienes están a favor de esta tesis, sino que también sería un derecho de los pensionistas de la 19990 y de los del Sistema Privado de Pensiones.

³⁰ El Convenio 102 prevé asistencia médica y prestaciones familiares, así como prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

³¹ Esto solo ocurriría en caso que la reforma pretenda expulsar del régimen del Decreto Ley N° 20530 a los pensionistas incorporados validamente en el, desconociendo su derecho a pensión, lo cual no esta ocurriendo.

Asimismo, aceptar la posición de aquellos que sostienen que la nivelación forma parte del derecho a la seguridad social sólo supondría amparar el abuso del derecho, el cual está prescrito por nuestra Constitución. Y es que como bien dice el Tribunal Constitucional *“cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de ‘cédula viva’”* lo cual supone un abuso de derecho que el Tribunal no puede ni debe avalar (Fundamento 65).

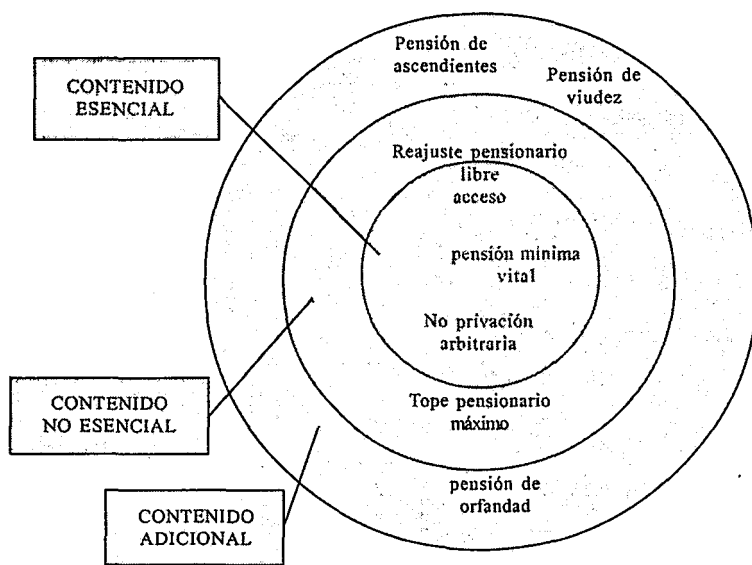
VI. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN.

Tras haber precisado que la reforma era válida por no afectar el contenido esencial del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional se vio obligado a precisar qué elementos formaban parte de éste derecho. Así, en el fundamento 107 el Tribunal dispuso que forman parte del contenido fundamental del derecho a la pensión:

- a) El derecho de acceso a una pensión;
- b) El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,
- c) El derecho a una pensión mínima vital.

Estos tres elementos constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión, los cuales no podrán ser restringidos ni eliminados por el legislador. Pero, qué pasa respecto a los otros elementos que se relacionan a la pensión, tales como el reajuste pensionario, el tope máximo y las pensiones para los beneficiarios. Respecto a los dos primeros, ya lo habíamos adelantado en el punto anterior, éstos forman parte del contenido no esencial del derecho, mientras las últimas forman parte del contenido adicional. Lo descrito puede ser apreciado con mayor claridad en el siguiente gráfico que ha sido elaborado por el Tribunal Constitucional:

Contenidos del derecho fundamental a la pensión



Elaboración: Tribunal Constitucional

Teniendo en cuenta que estos son los elementos que forman parte del contenido esencial del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional afirmó que la Ley de reforma constitucional no afecta dicho contenido en la medida que, si bien establece condiciones para el acceso a un determinado régimen pensionario, no impide el acceso a otros regímenes de pensiones y asegura una pensión mínima. Es más, deja abierta la posibilidad para que sea el propio trabajador quien opte por un régimen público o privado de pensiones (Fundamento 108).

En tal sentido, el artículo 3 de la Ley N° 28389 no es inconstitucional pues no afecta ni el derecho a acceder a una pensión, ni priva arbitrariamente a nadie del acceso a dicho derecho.

Debido a que se determinó que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión no había sido trasgredido, el Tribunal Constitucional pasó a aplicar test de razonabilidad al establecimiento de los contenidos no esenciales y adicio-

nales a fin de determinar si estos debían ser declarados constitucionales o no. Cabe indicar que la aplicación de este test supone utilizar los tres principios que lo integran, a saber: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad.

Respecto al principio de idoneidad el Tribunal sostuvo que debía analizarse si con la reforma de la primera disposición final y transitoria de la Constitución se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicha reforma es idónea. En relación con lo primero, el Tribunal Constitucional señaló que se debe tener en cuenta que lo que se busca con tal reforma es la realización de valores superiores como justicia, igualdad y solidaridad, considerados, desde la perspectiva constitucional, totalmente legítimos. En este sentido, mediante la reforma constitucional de la primera disposición final y transitoria de la Constitución se busca que las personas tengan una pensión equitativa, como exigencia de la realización de los valores superiores justicia e igualdad (Fundamento 111).

Respecto, al análisis del principio de necesidad el Tribunal señaló que la realización de la reforma constitucional de la primera disposición final y transitoria de la Constitución constituye la alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima para reducir y eliminar la brecha existente entre quienes perciben una pensión bastante elevada y los que perciben una pensión ínfima, por lo cual concluye que el principio de necesidad se cumple en el caso concreto (Fundamento 112).

Por último, respecto al análisis del principio de proporcionalidad el Tribunal señaló que lo que debía analizarse era si la realización del fin perseguido era proporcional a la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión. Sobre esto, el Tribunal insistió en que el contenido esencial del derecho a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por la prohibición de ser privado arbitrariamente de ella y por el derecho a una pensión mínima vital. En base a estos elementos el Tribunal señaló que la intervención es legítima constitucionalmente, en la medida que el grado de realización del objetivo de la injerencia -justicia e igualdad pensionaria- es proporcional al grado de afectación del derecho; asimismo, porque no lo vacía de contenido ni tampoco desprotege a quienes gozan de él (Fundamento 113).

Con todo ello el Tribunal Constitucional concluye señalando que la intervención del legislador ha sido objetiva, razonable y proporcional, puesto que con tal

reforma se consiguió un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, el cual es otorgar la pensión de manera equitativa entre las personas (Fundamento 114).

VII. AMPARO POR VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN: ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LAS DEMANDAS.

Dada la trascendencia de la reforma constitucional así como el hecho que el Tribunal Constitucional haya desarrollado el tema relativo a los elementos esenciales del derecho a la pensión, creemos conveniente hacer referencia a una reciente sentencia en la cual el Tribunal ha establecido que aspectos de la pensión pueden ser cuestionados a través del proceso de amparo³².

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal debido a que la Ley es la fuente normativa que delimita el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental (Fundamento 33). Es por ello que para el Tribunal Constitucional *“no todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionado al sistema provisional público o privado habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo”* (Fundamento 35).

Ante esta situación era necesario dejar en claro que aspectos relacionados al derecho a la pensión eran susceptibles de este tipo de proceso a partir de la determinación del contenido esencial del derecho a la pensión. Es por ello que el Tribunal Constitucional emite el siguiente pronunciamiento de observancia obligatoria. Así, merecen protección a través del proceso de amparo:

- a) Los requisitos de libre acceso a la seguridad social relativos a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente y que permite dar inicio al periodo de aportaciones al sistema nacional de pensiones. Ello quiere decir que si una persona cumple los requisitos para acceder al siste-

³² Sentencia emitida el 8 de julio del 2005 por el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, en el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Anicama Hernández, contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, exp. N° 1417-2005-AA/TC.

ma de seguridad social y éste le es negado, entonces podrá interponer una acción de amparo.

- b) Las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de una pensión. Ello quiere decir que si una persona cumplió con los requisitos para la obtención de una pensión (jubilación/invalidez) y ésta le es negada, entonces podrá interponer una acción de amparo.
- c) Aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar un mínimo vital. Ello quiere decir que solo podrán hacer uso del proceso de amparo aquellas personas cuyas pensiones hayan sido afectadas de tal forma que no se les respete el mínimo vital el cual asciende a S/ 415,00 Nuevos Soles (pensión mínima actual). Si el monto que esta en discusión es igual a esa cantidad o mayor deberán acudir al proceso ordinario.
- d) Los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, respecto de una persona que cumple con los requisitos.
- e) Las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento que el sistema establezca para personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente analógica

VIII. CONCLUSIONES.

1. Consideramos que el régimen del Decreto Ley N° 20530 adolecía de múltiples imperfecciones, las cuales fueron generadas por la adopción de leyes ampliatorias así como indebidas incorporaciones que concluyeron en un aumento en el número de los afiliados y en el desfinanciamiento del sistema.
2. La primera disposición final original de la Constitución de 1993, al establecer la teoría de derechos adquiridos en materia pensionaria, impidió que se realizara cualquier reforma, pues se consideraba que cualquier medida que tenga este propósito atentaba contra la teoría de los derechos adquiridos que regía en materia pensionaria.
3. Ante esta situación se propuso la necesidad de una reforma constitucional de la cédula viva. Cabe señalar que esta reforma fue cuestionada por un sector de la población al punto que se interpusieron varias demandas de inconstitucionalidad contra las Leyes N° 28389 y N° 28449.

4. Las demandas de inconstitucionalidad fueron resultas por el Tribunal Constitucional, quien las declaró infundadas debido a que la Ley de la reforma:
 - a) Ha seguido el procedimiento establecido por la Constitución.
 - b) Responde a razones de interés social, sobre todo si se tiene en cuenta el costo que supone para el Estado peruano y las diferencias que se habían desarrollado entre los distintos regímenes pensionarios con ocasión de los beneficios del Decreto Ley N° 20530.
 - c) No se está atentando contra ningún derecho fundamental, la reforma no desconoce el derecho a la pensión y tal como hemos indicado la pensión nivelable no forma parte del derecho fundamental. Nosotros esperamos que el Estado tome las medidas necesarias para cumplir con el reajuste de las pensiones.
5. Cabe señalar que con la propuesta de reforma lo que el legislador no hubiera podido, ni tampoco podría hacer, es eliminar la garantía institucional de la seguridad social, propia de un Estado de Derecho, ni tampoco poner en cuestión los rasgos estructurales del sistema pensionario.
6. Se debe tener en cuenta que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por el derecho al acceso a la pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima vital. Estos serían los elementos que el legislador no puede alterar ni desconocer frente a cualquier propuesta de modificación o reforma.
7. Finalmente, se debe tener en cuenta que propio Tribunal Constitucional ha reconocido que no todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones que regulan el derecho a la pensión habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo. Es por ello que resulta trascendente la reciente sentencia del Tribunal Constitucional para los futuros demandantes, pues en ella se fijan los aspectos de la pensión que pueden ser materia de un proceso de amparo.

BIBLIOGRAFÍA

1. AVANTO, Cesar. “La crisis de los regímenes de pensiones administrados por el Estado y el futuro de la seguridad social en el Perú. En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, Octubre 2004.
2. DEFENSORIA DEL PUEBLO “Informe Defensorial N° 085: La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral, Lima, 2004.
3. Exposición de motivos de la Ley de Desarrollo de la Reforma Constitucional del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530.
4. GAMARRA, Leopoldo. “Futuro de la seguridad social en el Perú: Régimen pensionario del Decreto Ley 20530” En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, Octubre 2004.
5. GONZALES, Cesar. “La necesaria reforma del sistema de seguridad social en pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el sistema público y privado a una relación de complementariedad con prevalencia del sistema privado? En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, Octubre 2004.
6. GONZALEZ, Orlando. “Futuro de los regímenes pensionarios en Perú. Sistema estatal de Pensiones”. En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, Octubre 2004.
7. Información de la Oficina de Comunicación Social y Relaciones Públicas del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo de fecha 30 de setiembre de 2004 (Ver http://www.mtpps.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=294)
8. MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS (En: <http://www.proyecto20530.gob.pe>)

9. NEVES, Javier. Introducción al Derecho laboral. Lima: PUCP, 2004.
10. NEVES, Javier. “Aplicación de los principios del derecho del trabajo a la previsión social” En: Asesoría Laboral. Lima, junio de 1999.
11. OIT, “Seguridad Social: Un nuevo Consenso”. Suiza: OIT, 2002.