El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

César Abanto Revilla

Profesor de Derecho de la Seguridad Social
Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
Asociado de la SPDTSS.

Sumario

I. Justificación e introducción. II. El contenido esencial de los derechos fundamentales. III. El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. IV. El derecho a la pensión en la doctrina. V. El derecho a la pensión en los Tratados Internacionales. VI. El derecho a la pensión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. VII. Conclusiones Personales.

I. JUSTIFICACIÓN E INTRODUCCIÓN

La seguridad social constituye un elemento trascendental en la estructura política, social, económica y jurídica de cada nación, al punto que las decisiones que se asuman con relación al sistema que se adopte en determinado momento de la historia de un país podrían originar un ahorro considerable de sus recursos humanos y materiales, o, por el contrario, una profunda depresión de las reservas anímicas (por el descontento social derivado de su atención ineficiente, insuficiente e inoportuna) y dinerarias (producto de la aplicación de dispositivos legales inadecuados para el manejo del sistema elegido, que ocasionen su descapitalización).

Dentro de un modelo regular de seguridad social, esta se manifiesta generalmente a través de dos prestaciones: salud y pensiones; sin embargo, considerando el papel preponderante que las pensiones representan en la estructura financiera de los Estados y las recientes sentencias que el Tribunal Constitucional peruano ha emitido sobre dicha materia, creemos necesario centrar nuestro estudio en el análisis del contenido de dicha prestación a la luz de la doctrina más recurrida y normatividad aplicable al caso peruano.

En efecto, si bien como consecuencia de las demandas de inconstitucionalidad planteadas en contra de las leyes que aprobaron la reforma constitucional en materia previsional y establecieron las nuevas reglas del régimen de pensiones de los funcionarios y servidores públicos (Decreto Ley N° 20530)[1] el Tribunal Constitucional peruano ha determinado lo que considera el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión[2], y posteriormente ha delimitado los componentes de su contenido constitucionalmente protegido[3], en la medida que estamos ante un concepto con carácter dinámico que puede evolucionar en el tiempo dependiendo de las exigencias sociales, las posibilidades económicas de la nación, y la definición (y contenido) que se le atribuya por la doctrina y los tratados internacionales, consideramos que estamos presenciando el inicio de la discusión (interna) en torno a establecer los elementos que conforman al citado derecho.

En este escenario, el presente ensayo tiene por finalidad analizar el concepto que la doctrina, los tratados internacionales (particularmente aquellos ratificados por el Perú), y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (del Perú y la de aquellos países que influyen en él), le atribuyen al derecho fundamental a la pensión, efectuando una crítica constructiva (desde el punto de vista previsional, no constitucional) que se sume a los esfuerzos para determinar su composición; sin embargo, para iniciar dicho estudio será necesario que -previamente- diferenciemos lo

1 Leyes N° 28389 y N° 28449, publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de noviembre y el 30 de diciembre de 2004, respectivamente.

2 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado), publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de junio de 2005. Específicamente, el fundamento 107.

3 Sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de julio de 2005. Específicamente, el fundamento 37.

que implica hacer referencia al contenido esencial y al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

II. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si bien, como hemos anticipado, nuestro estudio tendrá un enfoque jurídico centralmente previsional, considerando que el tema a tratar tiene un origen constitucional, será necesario que partamos por revisar brevemente la cuestión del contenido esencial.

Se acepta pacíficamente en la doctrina que los derechos fundamentales no son absolutos, por tanto pueden estar sujetos a restricciones legales, empero, la facultad del legislador de limitar estos derechos tiene como barrera infranqueable al denominado contenido esencial.

La garantía del contenido esencial, que para la mayoría de autores tiene su origen en Alemania, en el numeral 2 del artículo 19° de la Ley Fundamental de Bonn de 1949[4], y está regulada también en el numeral 1 del artículo 53° de la Constitución española de 1978[5], se refiere a la limitación que tendrá el legislador al momento de emitir normas en las cuales se desarrollen aspectos relativos a los dere-

[4] Si bien reconoce que es una creación del Derecho Alemán, Mesía Ramírez indica que no debe olvidarse su antecedente en el Derecho Latinoamericano: el anteproyecto de Constitución Argentina preparado en 1852 por Alberdi, que concluía el catalogo de derechos fundamentales (a los que llamaba "garantías") con un artículo 20° en el cual podía leerse: "*Las leyes reglan el uso de estas garantías de Derecho Público;* pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las dism*inuya, restrinja, o adultere en su esencia*". MESÍA RAMÍREZ, Carlos. "Derechos de la Persona. Dogmática Constitucional". Lima, 2004, Fondo Editorial del Congreso del Perú, página 34.

[5] La doctrina y la jurisprudencia española han referido en términos generales la cláusula del contenido esencial a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales, pese a que su Carta Magna no hace referencia a "limitar" (como sí indica la Ley Fundamental de Bonn) sino a "regular" su ejercicio, expresiones éstas que no pueden considerarse coincidentes. Ello, sería resultado de una recepción excesivamente mimética de la doctrina alemana, como precisa: MARTINEZ PUJALTE, Antonio. "La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales". Lima, 2005, Tabla XIII Editores, página 24.

chos fundamentales[6], de no poder afectar el núcleo de elementos mínimos sin los cuales el derecho perdería su identidad.

Para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales se han propuesto, a la fecha, hasta tres teorías:

1. Teoría absoluta: Según la cual, en cada derecho se deben distinguir dos esferas: un núcleo duro, constituido por el contenido esencial, en el cual no podrá ingresar el legislador para restringir aquellos elementos que sean absolutamente indispensables para la recognoscibilidad jurídica del derecho[7]; y un círculo exterior, constituido por los elementos accidentales o complementarios del derecho, cuya desaparición no pondría en cuestión la existencia del derecho, y sobre el cual no operaría esta garantía, pudiendo ser desarrollado por el legislador (facultad que no es ilimitada o incondicional, pues deberá operar dentro del marco constitucional)[8].

   Esta teoría ha sido criticada, aduciéndose que admitir que un derecho fundamental puede ser dividido y que el control de constitucionalidad sólo operaría respecto del núcleo duro implicaría reconocer que dicho control sólo protegería una parte de la norma constitucional y no la totalidad de la misma, en la cual se incluye también a los elementos accidentales[9]; asimismo, se alega que resulta imposible distinguir en cada derecho el núcleo duro y la parte accesoria o complementaria[10].

---

6 Como correctamente anota Alexy, las normas legales podrán establecer restricciones a los derechos fundamentales sólo si son constitucionales (legítimas). ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid, 1997, Centro de Estudios Constitucionales, página 272.

7 PAREJO ALFONSO, Luciano. "El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981". En: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, 1981, N° 3, página 187.

8 GAVARA DE CARA, Juan. "Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn" Madrid, 1994, Centro de Estudios Constitucionales, página 230.

9 Por todos: GAVARA DE CARA, Juan. Obra citada, páginas 231-232.

10 Para Mesía Ramírez, esta última parte de la crítica carece de sustento, pues no se trata de determinar contornos físicos sino teóricos, que bien pueden ser analizados caso por caso. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Obra citada, página 36.

2. Teoría relativa: De acuerdo con esta teoría, el contenido esencial será determinado por un ejercicio de ponderación que se llevará a cabo entre un derecho y otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos, con el fin de establecer si la restricción está justificada[11]. Para esta teoría no existe algún elemento permanente identificable como contenido esencial, limitando al legislador a realizar -al evaluar la constitucionalidad de una norma- un juicio respecto de la validez de la limitación a un derecho fundamental (el denominado test de razonabilidad).

   El principal cuestionamiento formulado contra esta teoría es que se centra tanto en la determinación de la justificación de la restricción que puede llegar a legitimar el sacrificio de un derecho fundamental por proteger a otros derechos o bienes[12], con lo cual la garantía se limita al análisis de las restricciones y no de los derechos.

3. Teoría institucional: Sustentada por Häberle[13], esta teoría establece que los límites que se pueden imponer a los derechos fundamentales, así como la determinación de su contenido esencial, sólo pueden llevarse a cabo mediante un equilibrio que tiene punto de referencia el sistema objetivo de los valores de la Constitución, pues como los derechos fundamentales tienen una vertiente institucional y no sólo de derecho subjetivo, su contenido esencial viene determinado por el sentido, el alcance y las condiciones de ejercicio de estos en una sociedad democrática y pluralista.

Si bien en los países donde se ha desarrollado con mayor intensidad esta figura (Alemania y España) no se ha establecido una teoría en particular que sirva como parámetro fijo para determinar el contenido esencial de cada derecho fundamental (mas bien, se han utilizado de manera indistinta según cada caso concreto), resulta

---

11 En palabras de Alexy (uno de los principales exponentes de esta teoría), "*...el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación...*". ALEXY, Robert. Obra citada, página 288.

12 En ese sentido: MARTINEZ PUJALTE, Antonio. Obra citada, página 38, quien hace referencia a un autor alemán situado en dicha teoría (Von Hippel), que sostiene que las regulaciones legislativas que restringen un derecho fundamental en atención a bienes jurídicos superiores no afectan su contenido esencial, ni siquiera cuando llegan tan lejos que el derecho fundamental en cuestión quede vacío.

13 HÄBERLE, Peter. "La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional". Lima, 1997, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 432 páginas.

ilustrativa la postura asumida por el Tribunal Constitucional español en la sentencia del 8 de abril de 1981 (STC N° 11/1981), en el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley N° 17/1977 (regulador del derecho de huelga y los conflictos colectivos de trabajo), en cuyo fundamento 8 se opta por utilizar dos vías complementarias: la primera hace referencia a la naturaleza jurídica, al modo de concebir o configurar cada derecho, estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizaban las disposiciones normativas y el metalenguaje (las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas por los juristas respecto al derecho subjetivo, que son previas al momento legislativo), de tal manera que los especialistas en Derecho puedan responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que se entiende por un derecho de determinado tipo, de acuerdo al momento histórico y las condiciones inherentes en las sociedades democráticas; la segunda, es determinar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos, es decir aquella parte que es absolutamente necesaria para que dichos intereses resulten real, concreta y efectivamente protegidos, al punto que se desconoce el derecho cuando se somete a limitaciones que lo hacen impracticable, dificultándolo más allá de lo razonable[14].

En la medida que el contenido esencial depende de nociones y conceptos jurídicos con carácter evolutivo, vinculados a un momento histórico y a los requerimientos sociales, deberá ser determinado (entendemos, para cada derecho) por el Tribunal Constitucional[15], que tendrá que remitirse: a la norma constitucional que recoge el derecho analizado; a otros dispositivos constitucionales vinculados con este derecho; a los tratados internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú; y, a la labor de la doctrina científica.

Si bien en el Perú, la Constitución Política de 1993 no hace referencia alguna a la garantía del contenido esencial[16], el Tribunal Constitucional ha recurrido a esta técnica en repetidas ocasiones para evaluar la constitucionalidad de las leyes, aun-

---

14 Una apreciación resumida de este pronunciamiento en: PÉREZ LUÑO, Antonio. "Los Derechos Fundamentales". Madrid, 1998, Editorial Tecnos S.A., 7ma. Edición, páginas 77-78.

15 Según Gavara de Cara el Tribunal Constitucional tiene dos opciones: (a) Establecer una metodología para la determinación general y abstracta del contenido esencial de cualquier derecho fundamental; o, (b) Fijar el contenido esencial de cada derecho en concreto, en función de los casos planteados en dicha instancia jurisdiccional. GAVARA DE CARA, Juan. Obra citada, páginas 345-346.

16 MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Obra citada, página 35.

que sin precisar qué es lo que debe entenderse por ella[17], ni utilizando una teoría en particular[18].

Cabe precisar que el Tribunal Constitucional peruano ha justificado esta aplicación, cuando señaló en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1593-2003-HC/TC que "(...) *aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa* (...)".

De lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos apreciar que la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales es necesaria para determinar la validez de las leyes que desarrollan y/o regulan tales derechos, sea para establecer sus elementos mínimos (y los accidentales) o para verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción sobre la base del sistema objetivo de valores de la Constitución, lo que resulta pertinente en este ensayo en lo que respecta al derecho fundamental a la pensión.

De la misma manera, la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental nos servirá de base para estructurar la composición del contenido constitucionalmente protegido del mismo. Si bien se trata de conceptos distintos,

(17) Por ejemplo: Expediente N° 1124-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por la Federación y el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú S.A.A. (al determinar el contenido esencial del derecho a la libertad sindical); Expediente N° 010-2001-AI/TC, acción de inconstitucionalidad planteada por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza N° 290 emitida por la Municipalidad de Lima (para descartar el derecho a la pluralidad de instancia como un elemento del contenido esencial del derecho al debido proceso administrativo); Expediente N° 004-2004-AI/TC (acumulado), acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Cusco y otros contra los Decretos Legislativos N° 939, N° 947 y la Ley N° 28194 (al establecer los componentes del contenido esencial del derecho a la libertad contractual y descartar el derecho al secreto bancario como parte integrante del contenido esencial del derecho a la intimidad personal); entre otros casos.

18 Como precisa Sosa Sacio, el Tribunal Constitucional peruano aún no ha asumido un solo criterio (o teoría) para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Cita como ejemplos: el Expediente N° 010-2001-AI/TC, en cuyo fundamento 11 considera aplicada la teoría absoluta; el Expediente N° 016-2002-AI/TC, en cuyo fundamento 6 se aprecia la teoría relativa; y, el Expediente N° 1060-97-AA/TC, en cuyo fundamento 5 se encuentran los referentes de la teoría institucional. SOSA SACIO, Juan. "Notas sobre el Contenido Constitucionalmente Protegido de los Derechos Fundamentales". En: Actualidad Jurídica, Lima, Enero 2005, N° 134, página 148.

son complementarios desde el momento que los derechos fundamentales deberán ejercitarse (para su tutela judicial) de acuerdo a su contenido constitucionalmente declarado[19].

En efecto, como desarrollaremos en el numeral VI del presente ensayo, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido recientemente los elementos que -a su criterio- conforman el contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, partiendo de los principios que (vinculados a la seguridad social, en la cual se encuentra comprendida la pensión como una de sus prestaciones básicas) reconocería la Constitución Política de 1993, fallos que -como indicamos- se complementan entre sí.

III. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la actualidad, existe relativo consenso en relación al concepto de lo que debería entenderse por derechos fundamentales, coincidiendo la mayoría de juristas en que se trata de los atributos de las personas que concretizan exigencias de dignidad, libertad e igualdad históricamente consideradas, y se encuentran previstos y garantizados normativamente[20].

Empero, los derechos fundamentales requieren de un instrumento que les brinde tutela ante su vulneración consumada o una amenaza inminente de agresión, para lo cual el Derecho Constitucional ha previsto la denominada jurisdicción constitucional: procesos judiciales a través de los cuales, mediante pretensiones

[19] Gavara de Cara ratifica lo expuesto, al señalar que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de un derecho fundamental (vinculados a procesos de amparo) son distintos de los que traten sobre el control de constitucionalidad de la ley, que están referidos al contenido esencial. GAVARA DE CARA, Juan. Obra citada, páginas 356-357.

[20] Por todos, ver: PÉREZ LUÑO, Antonio. Obra citada, página 44; y, PECES BARBA, Gregorio. "Derechos Fundamentales". Madrid, 1996, Universidad Complutense, página 66.

diferenciadas según el derecho protegido[21], se podrá recurrir ante el Poder Judicial para reclamar la restitución del derecho afectado.

En el Perú, sería a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Habeas Corpus y Amparo - Ley N° 23506[22], que se produce una especie de revolución procesal, en la cual la mayoría de pretensiones (independientemente del derecho que las origine) eran formuladas ante la sede constitucional, principalmente en la vía del proceso de amparo, que brindaba mayor celeridad y menores requerimientos de carácter formal (y probatorio).

En efecto, en la medida que todos los derechos de alguna manera encuentran su sustento en la Constitución (como base y fundamento del ordenamiento jurídico peruano)[23], se produjo una "inflación"[24] de los derechos fundamentales que originó interpretaciones extensivas, y que -producto de ello- se amplíen los alcances de los mismos para comprender supuestos y pretensiones que excedían su verdadero

[21] El artículo 200° de la Constitución Política de 1993 precisa en sus incisos 1 a 3 las acciones (en la actualidad denominadas "procesos" según el Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237) que se pueden interponer para tutelar los derechos fundamentales: (1) Habeas corpus, cuando se trata de la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; (2) Amparo, en cuanto a los demás derechos constitucionales; y, (3) Habeas data, si se refiere a la protección de los derechos señalados en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 2° de la Constitución (derecho a la información, secreto bancario, reserva tributaria, intimidad y honor). Los procesos de inconstitucionalidad y la acción popular son garantías que resguardan a la Constitución y la ley, mientras que el proceso de cumplimiento tiene por fin verificar que la ley y los actos administrativos sean acatados por los funcionarios públicos, por lo cual se configura al margen de la afectación de un derecho fundamental.

[22] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 8 de diciembre de 1982. Si bien, como precisa Abad Yupanqui, el proceso de amparo adquiere rango constitucional con la Constitución de 1979, en esos momentos (anteriores a la Ley N° 23506) se aplicaba un procedimiento denominado "habeas corpus civil", que recién es encaminado procesal y teóricamente por dicha ley. ABAD YUPANQUI, Samuel. "El Proceso Constitucional de Amparo". Lima, 2004, Gaceta Jurídica S.A., páginas 13-14.

[23] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Comentarios al Código Procesal Constitucional". Lima, 2004, ARA Editores, página 578. El citado autor efectúa esta precisión al comentar el artículo 38° del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237, norma que señala: "*No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo*".

[24] En palabras de Abad Yupanqui. Obra citada, página 107.

contenido constitucionalmente reconocido (lo que fue denominado por algunos juristas como la "amparización" del proceso peruano)[25].

Con la finalidad de restituir el carácter residual al proceso de amparo y detener los efectos negativos de la "amparización" (en especial la sobrecarga de procesos en la sede civil, que está a cargo de la tramitación de estas causas luego de la desactivación de los Juzgados de Derecho Público, y la falta de sustento de fondo en materias tan especializadas como la laboral y la previsional) el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237[26] establece expresamente como una casual de improcedencia de los procesos constitucionales el supuesto en que "*(l)os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*" (norma concordante con el artículo 38° del citado Código, en cuanto se refiere al proceso de amparo), con lo cual se busca restringir el acceso a la sede constitucional sólo a aquellas pretensiones en que el derecho constitucional sea la esfera subjetiva afectada, más no para los casos en los cuales se busca proteger derechos legales que, por mucho que se funden en la Constitución, deben ser reclamados en la sede judicial ordinaria[27].

En tal sentido, vinculado a la determinación que el Tribunal Constitucional deberá efectuar respecto al contenido esencial de cada derecho fundamental, será necesario establecer -en el articulado de la Constitución (y los tratados internacionales sobre derechos humanos)[28] - el conjunto de elementos del derecho examina-

---

25 En sede constitucional, ver: EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración al Debido Proceso: ¿cabe un amparo contra otro amparo?". En: Estudios Constitucionales, Lima, 2002, ARA Editores, páginas 219-220. En cuanto a su alcance en el Derecho Laboral y Previsional, ver: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los efectos de la amparización". En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional, Lima, 2004, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social & Academia de la Magistratura, páginas 209-216.

26 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de mayo de 2004, pero recién en vigencia a partir del 1 de diciembre del mismo año.

27 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Obra citada, página 578; y, MESÍA RAMÍREZ, Carlos. "Exégesis del Código Procesal Constitucional". Lima, 2004, Gaceta Jurídica S.A., páginas 117 y 321.

28 Que juntos conforman el denominado "bloque de constitucionalidad". Para Castillo Córdova, deberá tenerse en cuenta también la finalidad del derecho mismo y las circunstancias del caso concreto. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Pautas para la determinación del Contenido Constitucional de los Derechos Fundamentales". En: Actualidad Jurídica, Lima, Junio 2005, N° 139, páginas 144-149. Por su par-

do (en este caso, el de pensión) que tienen un reconocimiento dentro del marco constitucional peruano y, por ello, merecen tutela en la sede jurisdiccional constitucional a través del proceso de amparo.

Como hemos referido anteriormente, la pensión es una de las prestaciones reconocidas en el ámbito del derecho fundamental a la seguridad social, y es mencionada expresamente en el artículo 11° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993[29], empero, ambas normas se limitan a efectuar meras declaraciones respecto del ente (o entes) encargado (s) de brindar dicha prestación y su supervisión posterior[30], así como el respeto a los derechos adquiridos en determinados regímenes previsionales (en su texto original)[31] o los parámetros limitativos del nuevo ordenamiento legal que se establezca con posterioridad a la reforma constitucional[32], por lo cual resulta casi imposible determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión a partir de dichos dispositivos, lo que nos fuerza a remitirnos al contenido esencial de este derecho, el mismo que ha sido delimitado -con composición tripartita- por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado). Reiteramos que ambos conceptos serán desarrollados en el numeral VI del presente ensayo.

De lo expuesto en los puntos precedentes se concluye que el contenido constitucionalmente protegido (o declarado) de cada derecho fundamental sirve para

---

te, Abad Yupanqui considera que también debería considerarse, para la interpretación de los derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional peruano. ABAD YUPANQUI, Samuel. Obra citada, página 569.

29 Tanto en su texto original, como después de la reforma aprobada por la Ley N° 28389.

30 El primer párrafo del citado artículo 11° únicamente señala: "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. (...)".

31 Primera.- Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.

32 El texto actual de la Primera Disposición Final y Transitoria sustituido por la Ley N° 28389, contempla: el cierre definitivo del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530; la aplicación inmediata de las nuevas reglas a los trabajadores y pensionistas de los regímenes previsionales a cargo del Estado; la prohibición de nivelar las pensiones con las remuneraciones; la aplicación progresiva de topes a las pensiones superiores a una Unidad Impositiva Tributaria (UIT); entre otros aspectos, que han sido recogidos -casi en su mayoría- por la Ley N° 28449.

determinar los extremos de este derecho que gozan de tutela en la sede judicial constitucional del proceso de amparo, al tener un reconocimiento en la Constitución, lo que en el caso peruano se determinará -en la mayoría de casos- a partir de la definición del contenido esencial que de cada derecho fundamental efectúe en su momento nuestro Tribunal Constitucional.

De la misma manera, en cuanto se refiere al derecho fundamental a la pensión, podemos concluir de modo preliminar, que se trata de un derecho que tiene un origen constitucional, pero que requiere de un desarrollo legal[33].

IV. EL DERECHO A LA PENSIÓN EN LA DOCTRINA

Sin duda, el principal obstáculo que hemos tenido al abordar este punto del ensayo es que no existen definiciones específicas del concepto "pensión", o autores que precisen los elementos que a su criterio lo conforman, pues la mayoría de ellos se centra en estudiar el concepto "seguridad social", y limitan el análisis de la pensión a las particularidades que la legislación brinda a las prestaciones que son reguladas en sus respectivos países, llámese cesantía, jubilación, invalidez, desempleo, sobrevivientes, entre otras.

La pensión, independientemente de la contingencia[34] que la origine (vejez, años de aportes o servicios, accidente, enfermedad, desempleo o muerte), constituye el

[33] En ese sentido: RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Lima, 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo N° 2, páginas 112-113; y, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "La Constitución de 1993: Análisis Comparado". Lima, 1998, Editora RAO, 4ta. Edición, páginas 215-216. Si bien comentando la Constitución Política de 1979, en la medida que los preceptos son similares: NEVES MUJICA, Javier. "La Seguridad Social en la Constitución". En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación (Francisco Eguiguren, director), Lima, 1987, Cultural Cuzco S.A Editores, páginas 180-182. El propio Tribunal Constitucional peruano ha reconocido esta situación en el fundamento 120 de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado).

[34] Se entiende por contingencia, al evento que genera la disminución o extinción de la capacidad para trabajar del asegurado. En el Perú, el artículo 80° del Decreto Ley N° 19990 (norma que crea el Sistema Nacional de Pensiones) precisa que es el momento en el cual se genera el derecho a la prestación (pago de la pensión).

pago de una suma dineraria, con carácter generalmente vitalicio[35], que sustituirá a las rentas percibidas por el asegurado (trabajador en actividad, dependiente o independiente, público o privado) o el pensionista, cuando se presente un estado de necesidad (contingencia)[36], y le permitirá la satisfacción -cuando menos- de sus requerimientos básicos mínimos de subsistencia[37], siempre que -previamente- haya cumplido los requisitos específicos establecidos por la ley.

Si bien la especie de contingencia padecida determinará el tipo de prestación o pensión a la cual podría acceder el asegurado (trabajador en actividad), y tras el fallecimiento de éste (titular originario de jubilación, cesantía o invalidez) se generarían -a su vez- las pensiones de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes), estas prestaciones encuentran como rasgo común el ser el pago de una suma dineraria, empero, los requisitos[38] para acceder a ellas, el porcentaje[39], y los parámetros complementarios (pensión mínima y máxima, factor de reajuste, etcétera) variarán de acuerdo al régimen previsional del cual se trate.

En el Perú, existe a partir del artículo 11° de la Constitución Política de 1993 un sistema de pensiones que permite la existencia paralela de regímenes públicos y

---

35 Para Grzetich, las prestaciones en dinero pueden ser denominadas pensiones o subsidios, según sean permanentes o transitorias. GRZETICH LONG, Antonio. "Derecho de la Seguridad Social. Parte General". Montevideo, 2005, Volumen N° 1, Fondo de Cultura Universitaria, página 21. Señalamos que son "generalmente" vitalicias, en la medida que existen pensiones como la de invalidez que caducan, por ejemplo, cuando el pensionista recupera su capacidad física o mental (ver: inciso a del artículo 33° del Decreto Ley N° 19990).

36 Hasta este punto coinciden: ALMANSA PASTOR, José. "Derecho de la Seguridad Social". Madrid, 1989, Editorial Tecnos S.A., 6ta. Edición, páginas 328-329; y, FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco. "La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, N° 49, páginas 156 y 160.

37 La mayoría de autores acuerdan que, en la actualidad, resulta ilusorio pretender que el monto de la pensión guarde una relación matemática con el aporte efectuado. Por todos, ver: DÁVALOS, José. "La crisis de los Sistemas Contemporáneos de Seguridad Social". En: Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio, México, 1988, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, página 947.

38 Contar con la edad y los años de aportes, para la jubilación; los años de servicios mínimos, para la cesantía; la certificación médica de incapacidad, para la invalidez; que exista un periodo de tiempo entre el matrimonio y el fallecimiento del causante (titular de la pensión) para la viudez; etcétera.

39 Normalmente corresponde el 100% de la pensión para los titulares de jubilación y cesantía; un 50% para los titulares de invalidez; 50% para la beneficiaria de viudez; y un 20% para cada uno de los beneficiarios de orfandad o ascendencia.

privados[40], en los que se prevé la existencia de pensiones de jubilación, cesantía, invalidez y sobrevivientes, por lo cual consideramos necesario, en este acápite de nuestro ensayo, definir cada una de estas prestaciones desde un ángulo teórico (sobre la base de la doctrina extranjera y nacional).

Por pensión de jubilación entendemos el derecho a una prestación económica vitalicia que se otorgará al asegurado (trabajador) al alcanzar una edad avanzada (vejez), que sustituirá sus rentas[41]. En el Perú, como en la mayoría de países[42], se exige -además de la edad- una cantidad de años mínimos de aportación al régimen correspondiente[43].

Por pensión de cesantía entendemos el derecho a una prestación económica vitalicia que se otorgará al asegurado (servidor o funcionario público, civil -en el caso del Decreto Ley N° 20530[44]- o de las Fuerzas Armadas o Policiales -en el

40 Si bien el cuarto párrafo del artículo 14° de la Constitución Política de 1979 permitía la existencia de entes privados en la administración de pensiones, ello estaba condicionado a que sus prestaciones fueran mejores y adicionales a las ofrecidas por el Estado y que exista consentimiento del asegurado, pese a lo cual el 6 de diciembre de 1992 (casi un año antes de la vigencia de la Constitución Política de 1993) fue publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Ley N° 25897, norma mediante la cual se regulan los parámetros generales de funcionamiento del Sistema Privado de Pensiones, en competencia con los regímenes estatales sin los condicionamientos antes mencionados.

41 En ese sentido: MARTÍ BUFILL, Carlos. "Derecho de Seguridad Social. Las Prestaciones". Madrid, 1964, Artes Gráficas Diana, 2da. Edición, página 386; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. "La pensión de jubilación: Algunas reflexiones tras sus últimas reformas". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, N° 39, página 59; y, FAJARDO CRIBILLERO, Martín. "Teoría General de Seguridad Social". Lima, 1992, Luis Alfredo Ediciones, página 213.

42 En Japón, Marruecos y EE.UU. de Norteamérica, las personas que no cumplen los años mínimos de aportes (o cotización) no tiene derecho a ninguna prestación; en Suiza, el mínimo es de un año; en Irak, los años de aporte mínimo regular son 20, pero si el asegurado cuenta con 30 ó 25 (según se trate de hombre o mujer) puede jubilarse a cualquier edad; en Canadá no existe aporte mínimo. Ver: GILLION, Colin; TURNER, John; BAILEY, Clive y LATULIPPE, Denis. "Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y Reforma". Madrid, 2002, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Colección Informes OIT N° 57), pagina 97.

43 En el Sistema Nacional de Pensiones, el aporte mínimo varía de 20 años (régimen general) a 30 ó 25 (pensión adelantada, según se trate de hombre o mujer). En el Sistema Privado de Pensiones, no se exige una cantidad mínima de aportes para acceder al supuesto general de jubilación (sólo tener 65 años de edad), pero sí para las modalidades anticipadas.

44 Este régimen previsional ha sido "cerrado" definitivamente por mandato de la Ley N°28389, a partir del 18 de noviembre de 2004, como consecuencia de la reforma constitucional antes referida.

Decreto Ley N° 19846[45]-) que cumpla con acreditar una cantidad mínima de años de servicios prestados al Estado. Para acceder a esta pensión no se considera como requisito la edad del asegurado[46].

Por pensión de invalidez entendemos el derecho a una prestación económica vitalicia que se otorgará al asegurado (trabajador) cuando, producto de un estado de incapacidad física o mental prolongado[47] o permanente, se ve imposibilitado de seguir laborando[48]. En algunos casos, se exige una cantidad mínima de años de aportación[49]. El porcentaje de esta pensión no siempre equivale al 100% de la remuneración pensionable[50], en la medida que se trata de una contingencia (accidente o enfermedad) que ha anticipado a la edad de jubilación[51]. Esta prestación, está condicionada -para su otorgamiento- a una previa certificación médica que reconozca y declare la existencia de un estado de incapacidad (física o mental), dentro de los parámetros establecidos por las normas correspondientes.

Por pensión de sobrevivientes entendemos el derecho a una prestación económica vitalicia que se otorgará a determinados familiares del asegurado (trabajador) o pensionista que ha fallecido, siempre que cumplan los requisitos establecidos en ley. Mediante esta prestación, que se divide generalmente en: viudez (también llamada viudedad, en otras legislaciones), orfandad y ascendientes, se pretende -en términos distintos al Derecho Civil (sucesorio)[52] - brindar medios de subsistencia a

---

45 En este régimen pensionario existe una cesantía temporal y una definitiva, según la situación en que se encuentre el servidor (en disponibilidad o retiro), así como incrementos vinculados con el grado en el cual se produjo el cese y otros reconocimientos de naturaleza castrense.

46 En ese sentido: ROMERO MONTES, Francisco. "La jubilación en el Perú". Lima, 1993, Servicios Gráficos José Antonio, página 140. Este tipo de pensión vinculada únicamente a los años de servicio ha sido descartada en casi todos los países del mundo, predominando actualmente la jubilación.

47 Por encima del máximo legal fijado por ley para el goce del subsidio por enfermedad, como señala -por ejemplo- el inciso b del artículo 24° del Decreto Ley N° 19990.

48 En ese sentido: MARTÍ BUFFIL, Carlos. Obra citada, página 421; FAJARDO CRIBILLERO, Martín. Obra citada, páginas 208-209; y, ALONSO OLEA, Manuel. "Instituciones de Seguridad Social". Madrid, 1988, Editorial Civitas S.A., 11ra. Edición, página 220.

49 Por ejemplo, los supuestos contemplados en el artículo 25° del Decreto Ley N° 19990.

50 Por ejemplo, en el Decreto Ley N° 19990 es el 50% (artículo 27°); en los Decretos Leyes N° 20530 y N° 19846 será el 100% si la incapacidad se deriva del cumplimiento de funciones, o el 50% si la causa que la origina es distinta (accidente o enfermedad común).

51 Como precisan: GILLION, Colin y otros. Obra citada, página 123.

52 Indica Alonso Olea que en el Derecho Civil se prioriza la disposición del patrimonio como derecho derivado de la propiedad, mientras en la seguridad social lo que importa es alcanzar los medios de sub-

quienes dependían del causante[53]. El porcentaje para esta prestación generalmente varía dependiendo de la especie[54] y el régimen[55].

Como se aprecia, la labor de establecer una definición unívoca del concepto "pensión" no es sencilla, en la medida que cada una de sus variantes más comunes (jubilación, cesantía, invalidez y sobrevivientes) presenta matices particulares y diferenciados.

En definitiva, para concluir este punto, si bien es cierto la doctrina no brinda una definición específica del concepto "pensión" (pero sí de sus manifestaciones), y en las Constituciones no se le otorga generalmente una regulación detallada (al tratarse de un derecho que tiene un origen constitucional pero requiere de un desarrollo legal), se podría evaluar a futuro la conveniencia que la Carta Magna establezca ciertos pilares básicos en cuanto a esta materia, por ejemplo:

1. Determinar el modelo administrativo a aplicar[56]: sistema público, privado o mixto.

---

sistencia a quienes dependían del causante. ALONSO OLEA, Manuel. Obra citada, página 229. Corroborando lo expuesto, cabe agregar que en seguridad social no basta el vínculo de parentesco, pues lo determinante es la presunción de dependencia económica, razón por la cual -por ejemplo- la orfandad sólo se reconoce a los hijos menores de edad o a los mayores incapacitados para el trabajo; en algunos regímenes (como los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530) se extiende a quienes cursan estudios básicos o superiores, aunque bajo determinados requisitos y condicionamientos.

53 En ese sentido: MARTÍ BUFFIL, Carlos. Obra citada, página 487; FAJARDO CRIBILLERO, Martín. Obra citada, páginas 222-223; y, ALMANSA PASTOR, José. Obra citada, páginas 431-443.

54 Normalmente, a la viudez se le reconoce un 50% de la pensión, mientras que a cada beneficiario de orfandad y ascendiente únicamente el 20%.

55 Un caso particular se produjo en el régimen del Decreto Ley N° 20530, cuando mediante la Ley N° 25008, publicada el 25 de enero de 1989 en el Diario Oficial "El Peruano", se dispuso incrementar al 100% el porcentaje de las pensiones de sobrevivientes, situación que es regularizada posteriormente mediante las Leyes N° 27617 y N° 28449.

56 Como señala Sánchez-Urán, es importante que la Constitución determine el modelo de la seguridad social bajo el cual se estructurarán las características, principios y aspectos generales (que luego van a ser desarrollados por ley) que regirán en determinado momento histórico en cada país, aunque no compartimos su opinión en el sentido que deba ser atendida únicamente por el Estado. SÁNCHEZ- URÁN, Yolanda. "Seguridad Social y Constitución". Madrid, Editorial Civitas S.A, 155 páginas. En sentido similar: MORGADO VALENZUELA, Emilio. "Las Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica". En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio comparado de 20 Constituciones Hispanoamericanas, Lima, 1993, ADEC-ATC, páginas 97-103; y, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. "Los De-

2. Establecer su forma de financiamiento: sistema de reparto y/o de capitalización.

3. Señalar expresamente que el desarrollo de sus aspectos complementarios (pensión máxima, requisitos de edad y años de aportes, modalidad de reajuste, porcentajes o tasas de cotización, etcétera) será efectuado a través de la legislación ordinaria[57].

En cuanto a la regulación legislativa de los aspectos que correspondan al tratamiento de las pensiones (públicas o privadas) es importante recordar que resulta indispensable considerar los factores económicos y financieros[58], así como las variables sociales y demográficas[59] al momento de determinar los parámetros y particularidades sobre las cuales se desarrollarán.

V. EL DERECHO A LA PENSIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 se establece expresamente que: "*Las normas relativas a los derechos y a las liber-*

rechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución". En: Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Constitución (ponencias), Madrid, 1981, Centro de Estudios Constitucionales, páginas 303-336.

57 En el caso español, Tortuero Plaza nos ejemplifica que a partir de 1984 se incorporaron en las Leyes de Presupuesto lo que se ha venido a conocer como el "derecho común de las pensiones", mediante el cual se ha establecido en dichos dispositivos todo un abanico de medidas sobre la determinación de las pensiones públicas (su identificación, revalorización, montos mínimos, concurrencia, etcétera) lo que ha originado un nivel de unificación extraordinariamente importante. TORTUERO PLAZA, José. "La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la modernización del sistema en clave continuista". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, N° 44, página 39. No compartimos la noción de incorporar los aspectos relativos a las pensiones en las Leyes del Presupuesto, empero, la idea a destacar es el unificar dichos preceptos en una sola norma.

58 Con relación a este punto resulta fundamental la revisión de: BANCO MUNDIAL. "Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Washington, 1994, Informe sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo, 457 páginas.

59 Como las tasas de natalidad y mortalidad, la evolución de la esperanza de vida, etcétera. Sobre este punto, revisar: HENKE, Klaus. "Dependencia de la política social a las condiciones económicas y demográficas" En: Seguridad Social en la Economía Social de Mercado (Werner Lachmann, editor), Buenos Aires, 1995, Konrad Adenauer (Ciedla), páginas 277-285.

tades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Este precepto configura lo que se viene a denominar en la práctica como el "bloque de constitucionalidad", es decir, todas aquellas disposiciones y principios a los que se les reconoce valor constitucional, por lo cual incidirá en nuestro estudio para la determinación del contenido del derecho fundamental a la pensión.

En este punto del ensayo, al igual que en la definición doctrinaria, nos encontramos con un nuevo obstáculo, pues en los principales tratados internacionales ratificados por el Perú no se establece una definición del concepto "pensión", aunque sí algunas directrices que nos permiten delinear su finalidad (dentro del ámbito de la seguridad social). Veamos:

1. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A (III), ratificada y aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959, el artículo 22° y el inciso 1 del artículo 25° aluden a la seguridad social (como derecho) y a los seguros (aparente referencia a las prestaciones), en los términos siguientes:

   > Artículo 22
   > Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.
   >
   > Artículo 25
   > 1. Toda persona tiene derecho (...) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...)

   La principal virtud de esta Declaración en cuanto al campo previsional es reconocer desde finales de la década de los cuarenta a la seguridad social como un derecho humano necesario para lograr la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del individuo (artículo 22°), empero, al tratar respecto de los "seguros" por desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos (contingencias) no precisaba si la alusión estaba

dirigida a un seguro obligatorio estatal, que pudiera entenderse como una concepción primaria de las prestaciones económicas (pensiones).

2. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948 (en la cual asistió y participó el Perú), instrumento de carácter meramente declarativo[60], el artículo XVI se refería a la seguridad social de la siguiente manera:

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

Se aprecia claramente que este instrumento utilizó como base para su redacción a la Declaración Universal de Derechos Humanos, por tanto nada nuevo añade respecto a las observaciones formuladas anteriormente.

3. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, abierto a la firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, ratificado y aprobada por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129 del 28 de marzo de 1978, el artículo 9° señala escuetamente:

> Artículo 9
> Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

En este tratado no se establece pauta, principio, característica y/o elemento alguno vinculado con el concepto "pensión".

4. En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 en el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Orga-

[60] No hemos encontrado referencia legal alguna respecto de su aprobación y/o ratificación.

nización de los Estados Americanos, ratificada y aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448, el artículo 9° se refiere a la seguridad social, sus contingencias y prestaciones, señalando:

> Artículo 9 Derecho a la seguridad social
>
> Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
> Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

En este tratado, que -a pesar de estar vinculado- es independiente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica[61] (en el que no se hace mención alguna al derecho de la seguridad social o a la pensión), vemos un tratamiento más detallado de ambos conceptos, pues no sólo refiere a un medio de protección ante las contingencias que padezca una persona y le impidan obtener los medios para llevar una vida "digna y decorosa", sino que se plantea el supuesto del traspaso de tal prestación a sus dependientes, en caso de muerte (concepción de la pensión de sobrevivientes), así como la necesaria regulación de las prestaciones de salud (atenciones médicas) y los subsidios temporales. En términos generales, podemos afirmar que se aprecia una influencia del desarrollo científico de la materia previsional en dicho tratado.

5. El Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la seguridad social - Normas Mínimas, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1953, ratificado y aprobado por el Perú (sin plantear excepciones) mediante Resolución Legislativa N° 13284 del 15 de di-

[61] Suscrito en San José el 22 de noviembre de 1969, aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978 y ratificado por la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979.

ciembre de 1959, es sin duda el instrumento de carácter internacional que vincula a nuestro país -hasta la fecha- que desarrolla con mayor detalle los aspectos relativos a la seguridad social y sus prestaciones, a tal punto que el análisis del mismo merecería otro ensayo, en todo caso, para los fines del presente estudio debemos señalar que no se establece una definición específica del concepto "pensión", sino determinados parámetros básicos que la legislación de cada país que lo adopte deberá tener en cuenta respecto a las prestaciones de vejez (Parte V, artículos 25° a 30), de invalidez (Parte IX, artículos 53° a 58°), y de sobrevivientes (Parte X, artículos 59° a 64°), incluida la forma de cálculo del pago periódico que se efectúe de las mismas (Parte XI, artículos 65° a 67°).

Como se aprecia de lo expuesto en los puntos precedentes, los tratados internacionales ratificados por el Perú no fijan una definición del concepto "pensión", empero, la mayoría de ellos establecen ciertos principios que deben ser considerados al momento de elaborar la normatividad constitucional y legislativa interna respecto de dicha materia.

Finalmente, resulta importante recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en una conocida sentencia (Caso Cinco Pensionistas contra el Perú), de fecha 28 de febrero de 2003, respecto del derecho de pensión, equiparándolo con el de propiedad (fundamento 103), en la medida que la Convención Americana de Derechos Humanos -como hemos referido- no regula el derecho en cuestión, sin embargo, esta tesis ha sido descartada recientemente por el Tribunal Constitucional peruano[62], el cual considera que si bien la pensión forma parte del patrimonio de una persona, no se puede establecer sin más su asimilación con la propiedad, 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.

Sin duda, comulgamos más con la postura del Tribunal Constitucional peruano que con la argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[62] Fundamentos 96 y 97 de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado).

VI. EL DERECHO A LA PENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si bien la elaboración de la normatividad constitucional y legislativa relativa a la seguridad social y -en particular- al derecho fundamental a la pensión debe partir de los preceptos constitucionales, y su interpretación desde los tratados internacionales ratificados por el Perú, para los fines del presente ensayo resulta indispensable una revisión crítica de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional peruano sobre la materia estudiada[63], así como la constatación del tratamiento que los Tribunales Constitucionales de España[64] y Colombia[65] dan a este tema, por ser sus principales fuentes jurisprudenciales de influencia.

Como hemos referido anteriormente en este ensayo[66], el Tribunal Constitucional peruano se había pronunciado desde hace un tiempo respecto del contenido esencial de los algunos de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de 1993, pero es a partir de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado) que puede establecerse un "antes y después" de los pronunciamientos del Tribunal, en general, y del tratamiento de las pensiones, en particular, al haberse determinado su contenido esencial, fallo que ha sido complementado con el recaído en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, en el cual se ha establecido el contenido constitucionalmente protegido del citado derecho.

En tal sentido, procederemos a efectuar la revisión crítica de ambas sentencias.

A. El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

El 12 de junio de 2005 fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulados), sobre las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de

63 Para revisar las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, ver: www.tc.gob.pe.

64 Para revisar las sentencias del Tribunal Constitucional español, ver: www.tribunalconstitucional.es. También resulta de utilidad la relación efectuada por: CERVILLA GARZÓN, María. "¿Se pueden modificar retroactivamente las pensiones?". Madrid, Editorial Tecnos S.A., 69 páginas.

65 Para revisar las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, ver: www.ramajudicial.gov.co.

66 Nota al pie N° 17.

las Leyes N° 28389 (que reformó los artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993) y N°28449 (que estableció las nuevas reglas para el régimen pensionario de los funcionarios y servidores públicos, Decreto Ley N° 20530), fallo en el cual se ha determinado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

Efectivamente, el fundamento 107 de la citada sentencia (partiendo de los principios que sustentan este derecho: dignidad humana, igualdad, solidaridad, progresividad y equilibrio presupuestal) establece los elementos que constituyen su contenido esencial:

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

Estos tres elementos vienen a constituir el núcleo duro de este derecho fundamental, en el cual el legislador no podrá intervenir para restringir o privar a las personas del mismo.

En la medida que Tribunal Constitucional peruano no ha definido la configuración de cada uno de estos tres elementos, lo que -esperamos- posteriores fallos perfilarán, procederemos a efectuar algunas apreciaciones personales en relación a los mismos:

1. El acceso a una pensión (partiendo de la premisa que acceder implica: ingresar, acercarse o entrar en un lugar o situación[67]) alude a la posibilidad de formar parte de un régimen previsional por el hecho de satisfacer los requisitos para aportar al mismo, lo que no genera automáticamente el goce o percepción de una pensión, pues ello estará condicionado al cumplimiento de los supuestos fijados para cada prestación (edad establecida, años de aportes o servicios, incapacidad, etcétera)[68].

[67] Según el Diccionario de la Lengua Española, 22da. Edición, 2001 (Real Academia Española).

[68] Situación ya antes prevista como parte del derecho fundamental a la pensión por Neves Mujica, al analizar la Constitución Política de 1979. NEVES MUJICA, Javier. Obra citada, página 188.

2. El no ser privado arbitrariamente de una pensión implica la preexistencia de un derecho materializado en el cobro de una prestación o, inclusive, la garantía del goce futuro de la misma (por haber cumplido los requisitos previstos por ley), el cual no podrá ser conculcado sin mediar sustento fáctico o jurídico suficiente. Por ejemplo: que el beneficiario de una pensión de cesantía reingrese al servicio del Estado puede generar -de manera válida- la suspensión del pago de la misma[69].

3. En cuanto al derecho a una pensión mínima vital, que resulta el complemento de la pensión máxima (tope), que según el propio Tribunal Constitucional formaría parte del contenido no esencial[70] del derecho fundamental a la pensión, entendemos que -de igual manera- debería formar parte de dicha configuración, más no del contenido esencial. En efecto, un sistema de reparto estructurado sobre la base del principio de solidaridad (en que los mayores aportes de algunos proveerán las prestaciones de aquellos que aportaron menos) la pensión tiene como extremos un máximo y un mínimo, por lo tanto, ambos elementos deberían formar parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, por lo cual podrían ser susceptibles de una determinación posterior en vía legislativa[71]. Entendemos que al incluirlo como parte del contenido esencial, se pretende resguardar ciertos parámetros que permitan garantizar una prestación que, cuando menos, sirva para cubrir los gastos vinculados a las necesidades básicas del pensionista (principio de dignidad).

El Tribunal Constitucional también precisa (párrafo final del fundamento 107) que este derecho tiene un contenido no esencial, compuesto por el reajuste y el tope pensionario, además de un contenido adicional, integrado por las pensiones de sobrevivientes (viudez, orfandad y/o ascendientes), los cuales sí pueden ser mate-

---

69 Como establece el inciso d del artículo 54° del Decreto Ley N° 20530.

70 El último párrafo del fundamento 99 de la sentencia comentada.

71 Cabe recordar que la pensión mínima no fue desarrollada en los textos originales de los Decretos Leyes N° 19990 ni 20530, siendo incorporada en ambos regímenes por normas posteriores, empero, en ambas leyes se prevé la existencia de la pensión máxima (artículos 78° y 57°, respectivamente). De la misma manera, la no inclusión de la pensión mínima dentro del texto constitucional se resaltó al debatirse el proyecto respectivo. Consta en: CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO - CCD. "Debate Constitucional". Lima, 1993, Tomo I (Primera Legislatura), página 434. Con lo expuesto, se corrobora el origen legal, y no constitucional, de ambas conceptos previsionales.

ria de revisión para su libre configuración legal (claro que dentro de los parámetros fijados por el propio Tribunal).

Sobre la base de dicha diferenciación, se consideraron constitucionales la eliminación de la nivelación, la fijación de un tope y las modificaciones en la regulación de las pensiones de sobrevivientes.

Efectuado este breve comentario respecto de los elementos que a juicio del Tribunal Constitucional forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, pasaremos a revisar la definición del contenido constitucionalmente protegido, establecida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC.

B. El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a pensión

Para poder determinar las pretensiones que podrían ser planteadas en la sede de la jurisdiccional constitucional a través del proceso de amparo en materia pensionaria, y de esta manera aplicar la causal de improcedencia contemplada por el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237 (en concordancia con su artículo 38°), era necesario que el Tribunal Constitucional, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, delimite su contenido constitucionalmente protegido. Este paso lo dio con el fallo recaído en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, que fuera publicado el 12 de julio de 2005 en el Diario Oficial "El Peruano", dentro del proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández en contra de la Oficina de Normalización Previsional - ONP[72].

En este pronunciamiento se identifica el ámbito que es objeto de protección por la norma constitucional con el fin de diferenciarlo de "*aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que este específicamente quiere proteger*"[73]. Como se precisa en el fundamento 8 del fallo comentado, reconocer que el proceso de amparo sólo procede en aquellos casos de afectación di-

[72] Entidad estatal encargada de administrar el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990, en mérito a lo dispuesto por el artículo 7° del Decreto Ley N° 25967.

[73] Ignacio de Otto y Pardo, citado por: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales", página 146.

recta de los derechos fundamentales implica determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión que es tachada de inconstitucional incide sobre el ámbito directamente protegido del derecho invocado, pues el proceso de amparo sólo puede encontrarse habilitado para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal.

Complementando lo expuesto, los fundamentos 9 y 10 de este pronunciamiento precisan que la noción de "sustento constitucional directo" a que refiere el artículo 38° del Código Procesal Constitucional no se reduce a una tutela del texto constitucional formal, sino que alude a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine) en la cual se va a integrar a la norma fundamental con los Tratados de Derechos Humanos, y a aquellos dispositivos legales que desarrollan directamente el contenido esencial (del derecho a la pensión, en este caso), conformando de esta manera el "bloque de constitucionalidad".

Reafirmando lo antes señalado en cuanto a la relación vinculante con el contenido esencial, el fundamento 21 de esta sentencia precisa que todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite a dicho derecho sólo resulta válido en la medida que su contenido esencial se mantenga incólume.

En este orden de ideas, previo a determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, el fundamento 35 del fallo añade que cuando el inciso 20 del artículo 37° del Código Procesal Constitucional establece que el amparo procede en defensa del derecho "a la pensión", ello no supone que todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionados con el sistema previsional (público o privado) habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo, pues tal razonamiento apuntaría a una virtual identidad entre el derecho legal y el derecho constitucional, que a todas luces es inaceptable.

Sobre la base de las apreciaciones mencionadas, el fundamento 37 de la sentencia delimita los lineamientos jurídicos que permiten ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental a pensión o estar directamente relacionados a él, merecen una protección a través del proceso de amparo, a saber:

1. En primer término, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la acti-

vidad laboral pública o privada, dependiente o independiente, que permiten dar inicio al periodo de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones[74], siendo de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido con dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

2. En segundo lugar, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión, siendo de protección en la vía del amparo los supuestos en que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación, cesantía, o invalidez.

3. En tercer orden, forman parte del contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital.

En el último párrafo de este literal se indica que, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional se denomina pensión mínima asciende a S/.415 nuevos soles[75], cualquier persona que

---

[74] No se alude al Decreto Ley N° 20530 por tratarse de un régimen previsional cerrado definitivamente por mandato de la Primera Disposición y Transitoria de la Constitución Política de 1993, que fuera sustituida por la Ley N° 28389, ni al Decreto Ley N° 19846, referido únicamente a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Consideramos que tampoco incluye al Sistema Privado de Pensones en la medida que el propio Tribunal ha señalado que forma parte de la seguridad social (fundamento 140 de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC), tesis esbozada anteriormente en la doctrina nacional por: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social?". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1998, Secretaría General de la OISS, páginas 169-179.

[75] Consideramos inadecuada la fijación de los S/. 415 nuevos soles como parámetro, en tanto se trata del extremo mayor de la pensión mínima (como reconoce el citado literal). En efecto, desde el 23 de abril de 1996 el Decreto Legislativo N° 817 estableció escalas diferenciadas para la pensión mínima, en función a los años de aportación y la naturaleza del derecho (propio o derivado), las mismas que -con variación en cuanto al monto- se mantienen actualmente (Leyes N° 27617 y 27655), razón por la cual consideramos que no podría establecerse como un parangón inamovible la suma de S/. 415 nuevos soles como un pretendido mínimo vital único, debiendo analizarse en la sede judicial y caso por caso el cumplimiento de los presupuestos legales para determinar el mínimo correspondiente. Este punto del pronunciamiento del Tribunal también ha sido cuestionado, alegándose una lesión al bloque de constitucionalidad, por: PORTAL GALDÓS, Alfredo. "La pensión mínima en los fallos del TC". En: Diario Oficial "El Peruano", edición del 7 de setiembre de 2005, página 20.

sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto deberá acudir a la vía judicial ordinaria para dilucidar los cuestionamientos existentes respecto a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de recibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso se considere urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (por ejemplo: los supuestos acreditados de graves estados de salud).

4. Como cuarta opción, serán susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue el otorgamiento de pensión de sobreviventes (viudez, orfandad o ascendientes)[76], pese a cumplir los requisitos para obtenerla.

5. Finalmente, como quinta pretensión viable se señala que las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento que se dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, podrían ser protegidas mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

Cabe destacar, que el literal f del citado fundamento 37 establece -como un parámetro complementario- que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada, con lo cual -entendemos- se ratifica la sumariedad de esta sede procesal constitucional en la que no puede pretenderse la actuación de pruebas, forzando al demandante a presentar documentos y demás medios probatorios de actuación inmediata que demuestren diáfanamente su legitimidad para obrar.

De igual modo, el literal g del mismo fundamento 37 precisa que las pretensiones referidas al reajuste pensionario o al tope máximo deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria, y que las pretensiones vinculadas a la nivelación (de pensión) o aquellas en las que se alegue la aplicación de los derechos adquiridos no

[76] En este punto habría una especie de contradicción, pues el propio Tribunal Constitucional indicó que estas pensiones forman parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, por lo tanto, ¿dónde estaría la afectación a dicho contenido que habilite esta vía procesal?.

son susceptibles de protección a través del amparo por haber sido proscritas constitucionalmente dichas instituciones previsionales[77].

Este fallo tiene por finalidad restringir la "amparización" de las pretensiones pensionarias, limitando su postulación a los casos en que la afectación tenga referencia directa con el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, conforme requiere como supuesto de procedencia el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237, concordante con su artículo 38°.

C. El derecho fundamental a la pensión en las sentencias de los Tribunales Constitucionales de España y Colombia

Como hemos referido, las sentencias del Tribunal Constitucional de España y de la Corte Constitucional de Colombia constituyen las principales fuentes jurisprudenciales de influencia del Tribunal Constitucional peruano, lo cual no ha sido ajeno (al contrario, se efectúan citas expresas a fallos de ambas instituciones en las sentencias comentadas) al campo del análisis del Derecho Previsional.

En la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, no encontramos una sentencia que nos brinde una definición del contenido esencial o del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, empero, si podemos verificar pronunciamientos en los cuales se perfilan algunas características de este derecho, así como del derecho fundamental a la seguridad social, a saber:

1. STC N° 134/1987, de fecha 21 de julio de 1987, en la cual señala que las pensiones no constituyen un derecho subjetivo a una cuantía determinada, por tanto no existe la obligación de que el Estado deba incrementarlas anualmente, pues en el sistema de pensiones no se puede prescindir de las circunstancias sociales y económicas. De igual manera, se precisa que las Leyes del Presupuesto pueden incluir regulaciones relacionadas con dicha materia.

[77] Con la entrada en vigencia de la Ley N° 28389.

2. STC N° 100/1990, de fecha 30 de mayo de 1990, en la cual, además de reiterar lo expuesto en la sentencia antes citada, se precisa que la finalidad perseguida con la congelación (sic) transitoria de las pensiones de cuantías más elevadas respecto de las restantes, en cuanto a la actualización de sus montos es objetiva y razonable, en la medida que se encuentre fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad.

3. STC N° 37/1994[78], en la cual se indica que la seguridad social es una garantía institucional cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal suerte que ha de ser mantenido en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (como se aprecia, el Tribunal Constitucional español enuncia la existencia de un núcleo indisponible en el derecho o garantía de la seguridad social, empero, no lo determina).

A nuestro entender, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, pese a no formular -igual que el español- una definición del contenido esencial o del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, es más precisa con relación a los lineamientos directrices de este derecho, como puede apreciarse en los fallos que a continuación reseñamos:

1. Sentencia T-1000/02, de fecha 15 de noviembre de 2002, en la cual se precisa que la persona que cumple con los requisitos exigidos para acceder a una pensión tiene, *ipso jure*, el status de jubilado y por consiguiente un derecho adquirido[79] al pleno y oportuno reconocimiento de su prestación. De igual manera, añade que la seguridad social en pensiones debe ser respetada con aplicación del principio de favorabilidad y es exigible ante los jueces.

[78] Citada en el párrafo final del fundamento 30 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC.

[79] El artículo 11° de la Ley N° 100 de 1993 (legislación colombiana) ordena respetar y mantener la vigencia de los derechos adquiridos conforme a la normatividad anterior. En el Perú, los derechos adquiridos han sido suprimidos de nuestro ordenamiento jurídico por mandato de la Ley N° 28389.

2. Sentencia T-355/95, de fecha 9 de agosto de 1995, en la cual se desarrolla una serie de aspectos relativos a la pensión de invalidez y de sobrevivientes, reconociendo a ambas prestaciones como derechos subjetivos fundamentales e inalienables.

3. Sentencia T-313/95, de fecha 19 de julio de 1995, en la cual precisa que la pensión de invalidez es un derecho fundamental derivado directa e inmediatamente del derecho al trabajo, cuya falta de reconocimiento tendría la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad psíquica, moral o el derecho a la igualdad entre las personas.

4. Sentencia T-608/96, de fecha 13 de noviembre de 1996, en la cual establece que la pensión adquiere el carácter de derecho fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o amenaza de derechos o principios de esa categoría, y resulta indispensable su protección tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda estrecha relación con el trabajo, al constituir una especie de salario diferido al que se accede previo cumplimiento de las exigencias legales.

5. Sentencia T-1001/99, de fecha 9 de diciembre de 1999, en la cual se define que el mínimo vital es aquella porción de ingresos indispensables e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y su familia, pues sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, de tal forma que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.

VII. CONCLUSIONES PERSONALES

1. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales es necesaria para determinar la validez de las leyes que desarrollan y/o regulan tales derechos, sea para establecer sus elementos mínimos (y los accidentales) o para verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción sobre la base del sistema objetivo de valores de la Constitución,

lo que resulta pertinente en este ensayo en lo que respecta al derecho fundamental a la pensión.

2. El contenido constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental sirve para determinar los extremos del mismo que gozan de tutela en la sede constitucional del proceso de amparo, al tener un reconocimiento en la Constitución, lo que en el caso peruano se determinará a partir de la definición del contenido esencial que de cada derecho fundamental efectúe en su momento nuestro Tribunal Constitucional.

3. La pensión, independientemente de la contingencia que la origine (vejez, años de aportes o servicios, accidente, enfermedad, desempleo o muerte), constituye el pago de una suma dineraria, con carácter generalmente vitalicio, que sustituirá a las rentas percibidas por el asegurado (trabajador en actividad, dependiente o independiente, público o privado) o el pensionista, cuando se presente un estado de necesidad (contingencia), y le permitirá la satisfacción -cuando menos- de sus requerimientos básicos mínimos de subsistencia, siempre que -previamente- haya cumplido los requisitos específicos establecidos por la ley.

   La pensión es un derecho que tiene un origen constitucional, pero que requiere de un desarrollo legal. Se debe evaluar a futuro la conveniencia que se establezca en la Constitución los pilares básicos sobre los cuales se estructuraría su regulación legal.

4. La mayoría de tratados internacionales ratificados por el Perú no establecen una definición del concepto "pensión", empero, determinan ciertos principios que deben ser considerados al elaborar la normatividad constitucional y legislativa interna con relación a dicha materia.

5. Las definiciones del contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión efectuadas por el Tribunal Constitucional peruano en las recientes sentencias recaídas en los Expedientes N° 050-2004-AI/TC (acumulado) y N° 1417-2005-AA/TC presentan ciertas imprecisiones respecto del presunto derecho a una pensión mínima vital, que deberá ser aclarado a futuro con los nuevos pronunciamientos de dicha instancia, empero, constituyen un paso hacía adelante en la elaboración de una doctrina jurisprudencial en pensiones.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel "El Proceso Constitucional de Amparo". Lima, 2004, Gaceta Jurídica S.A.

ALEXY, Robert "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid, 1997, Centro de Estudios Constitucionales.

ALMANSA PASTOR, José. "Derecho de la Seguridad Social". Madrid, 1989, Editorial Tecnos S.A., 6ta. Edición.

ALONSO OLEA, Manuel. "Instituciones de Seguridad Social". Madrid, 1988, Editorial Civitas S.A., 11ra. Edición.

BANCO MUNDIAL . "Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Washington, 1994, Informe sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo.

BERNALES BALLES TEROS, Enrique. "La Constitución de 1993: Análisis Comparado". Lima, 1998, Editora RAO, 4ta. Edición.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Comentarios al Código Procesal Constitucional". Lima, 2004, ARA Editores.

"Pautas para la determinación del Contenido Constitucional de los Derechos Fundamentales". En: Actualidad Jurídica, Lima, Junio 2005, N° 139.

CERVILLA GARZÓN, María . "¿Se pueden modificar retroactivamente las pensiones?". Madrid, Editorial Tecnos S.A.

DÁVALOS, José. "La crisis de los Sistemas Contemporáneos de Seguridad Social". En: Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio, México, 1988, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración al Debido Proceso: ¿cabe un amparo contra otro amparo?". En: Estudios Constitucionales, Lima, 2002, ARA Editores.

FAJARDO CRIBILLERO, Martín. "Teoría General de Seguridad Social". Lima, 1992, Luis Alfredo Ediciones.

FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco. "La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, N° 49.

GAVARA DE CARA, Juan. "Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn" Madrid, 1994, Centro de Estudios Constitucionales.

GILLION, Colin; TURNER, John; BAILEY, Clive y LATULIPPE, Denis. "Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y Reforma". Madrid, 2002, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Colección Informes OIT N° 57).

GRZETICH LONG, Antonio. "Derecho de la Seguridad Social. Parte General". Montevideo, 2005, Volumen N° 1, Fondo de Cultura Universitaria.

HÄBERLE, Meter. "La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional". Lima, 1997, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

HENKE, Klaus. "Dependencia de la política social a las condiciones económicas y demográficas" En: Seguridad Social en la Economía Social de Mercado (Werner Lachmann, editor), Buenos Aires, 1995, Konrad Adenauer (Ciedla).

MARTÍ BUFILL, Carlos. "Derecho de Seguridad Social. Las Prestaciones". Madrid, 1964, Artes Gráficas Diana, 2da. Edición.

MARTINEZ PUJALTE, Antonio. "La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales". Lima, 2005, Tabla XIII Editores.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos. "Derechos de la Persona. Dogmática Constitucional". Lima, 2004, Fondo Editorial del Congreso del Perú.

"Exégesis del Código Procesal Constitucional". Lima, 2004, Gaceta Jurídica S.A.

MORGADO VALENZUELA, Emilio. "Las Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica". En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio comparado de 20 Constituciones Hispanoamericanas, Lima, 1993, ADEC-ATC.

NEVES MUJICA, Javier. "La Seguridad Social en la Constitución". En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación (Francisco Eguiguren, director), Lima, 1987, Cultural Cuzco S.A Editores.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. "Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución". En: Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Constitución (ponencias), Madrid, 1981, Centro de Estudios Constitucionales.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981". En: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, 1981, N° 3.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los efectos de la amparización". En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional, Lima, 2004, Sociedad Per uana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social & Academia de la Magistratura.

"¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social?". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1998, Secretaría General de la OISS.

PECES BARBA, Gregorio. "Derechos Fundamentales". Madrid, 1996, Universidad Complutense.

PÉREZ LUÑO, Antonio. "Los Derechos Fundamentales". Madrid, 1998, Editorial Tecnos S.A., 7ma. Edición.

PORTAL GALDÓS, Alfredo. "La pensión mínima en los fallos del TC". En: Diario Oficial "El Peruano", edición del 7 de setiembre de 2005.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. "La pensión de jubilación: Algunas reflexiones tras sus últimas reformas". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, N° 39.

ROMERO MONTES, Francisco. "La jubilación en el Perú". Lima, 1993, Servicios Gráficos José Antonio.

RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Lima, 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo N° 2.

SÁNCHEZ- URÁN, Yolanda. "Seguridad Social y Constitución". Madrid, Editorial Civitas S.A.

SOSA SACIO, Juan. "Notas sobre el Contenido Constitucionalmente Protegido de los Derechos Fundamentales". En: Actualidad Jurídica, Lima, Enero 2005, N° 134.

TORTUERO PLAZA, José. "La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la modernización del sistema en clave continuista". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, N° 44.