

# FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ: RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY 20530\*

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ\*\*

## **Sumario:**

Introducción. I. Las modificaciones planteadas. II. Los límites de la potestad parlamentaria. III. La aplicación de la ley en el tiempo. IV. La cosa juzgada. V. A manera de conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

La modificación última, por parte del Congreso de la República, de los artículos 11º, 103º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, constituye a nuestro juicio un valioso aporte para la reforma del sistema previsional, específicamente el régimen del Decreto Ley 20530.

No obstante, corresponde distinguir tres niveles específicos de discusión jurídica, en los cuales, según nuestra opinión, los aportes de eventos académicos como el Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se tornan necesarios:

- a) Los límites de la potestad constituyente derivada o de reforma constitucional, en tanto se plantea la posibilidad de que estemos ante una reforma autorizada sólo a un poder constituyente originario.

---

(\*) La presente ponencia ha sido redactada sobre la base de los aspectos más importantes tratados en la investigación realizada, en el presente año, por el autor, conjuntamente con Germán Álvarez y Antonio Paredes en el Centro de Investigación Parlamentaria. La investigación forma parte de un proyecto más amplio destinado al estudio de la seguridad social en el Perú, que se viene realizando en el marco de un Convenio con el BID. Los resultados aparecerán en la página web: [www.congreso.gob.pe/cip/index](http://www.congreso.gob.pe/cip/index)

(\*\*) Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

- b) La aplicación de la ley en el tiempo, puesto que se estaría afectando la irretroactividad de la ley y la ultraactividad normativa prevista para los regímenes pensionarios vigente.
- c) La cosa juzgada, por la posibilidad que la nueva norma derogaría decisiones judiciales que tienen la calidad de cosa juzgada.

Por ello, el propósito de esta ponencia es desarrollar los elementos de juicio de los temas de discusión jurídica planteados líneas arriba. Vamos a tratar los cambios introducidos a través de las modificaciones planteadas (2), los límites de la potestad constituyente o reforma constitucional (3), la aplicación de la ley en el tiempo (4), el tema de la cosa juzgada (5), y finalmente incidir en algunos puntos a manera de conclusiones (6). Se adjunta referencia bibliográfica.

## I. LA MODIFICACIÓN PLANTEADA

La historia de la seguridad social en el Perú es la de un continuo y sistemático intervencionismo del Estado en la creación y defensa de los seguros sociales para cautelar los derechos de los trabajadores frente a las contingencias de la vida. Así, el 12 de agosto de 1936 se creó el seguro social obligatorio a través de la Ley 8433. Posteriormente, de forma paralela, se fueron creando otros regímenes y fondos para determinados trabajadores, basándose en la actividad económica que realizaban. A partir de 1970 lograron su unificación, lo que significó reordenar el sistema existente, superar las diferencias laborales antitécnicas e ingresar a utilizar principios de universalidad, integralidad y solidaridad.

En 1973 se creó el sistema nacional de pensiones con el Decreto Ley 19990, que articuló dentro de su ámbito, además de la pensión de jubilación, la de invalidez y la de sobrevivientes, a los que accedían todos los trabajadores sin distingo laboral. Sin embargo, en 1974 con el Decreto Ley 20530, se aprobó una modalidad de pago de pensiones por el Estado que, por la forma cerrada en que fue articulada, favoreció solo a un sector de empleados públicos<sup>1</sup>. En realidad, sustituyó a la Ley de Goces de Cesantía, Jubilación y Montepío de Funcionarios y Empleados Públicos, “dictada por el Gobierno del mariscal Ramón Castilla el 22 de enero de 1850, en plena bonanza del guano, en virtud de la cual se concedió pensiones con cargo al Tesoro Público a un grupo muy reducido de funcionarios del Estado, como recompensa por los servicios prestados”<sup>2</sup>.

- 
- 1) “Por su carácter cerrado, el régimen del Decreto Ley 20530 se irá extinguiendo a medida que cesen en el trabajo quienes ahora están aún en su ámbito. Tal es la razón por la cual este régimen no puede funcionar como un seguro: al pasar a la cesantía los aportantes, cuyo número es fijo, la base de funcionamiento del régimen desaparece. Por consiguiente, el Estado debe asumir necesariamente el pago de las pensiones” (Jorge Rendón Vásquez, Derecho de la Seguridad Social, Ed. Tarpuy, Lima, 1992, pág. 325).
  - 2) Pedro Morales Corrales, “Alcances de la Reforma Constitucional del Régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530”, en la Revista Actualidad Jurídica, Tomo 126, mayo 2004, pág. 9.

El régimen 20530 fue diseñado como sistema de reparto y cerrado, para los trabajadores del Estado de la carrera pública, no incorporados al Decreto Ley 19990. Se le conoce como “cédula viva” significando que cualquier incremento de remuneraciones públicas, arrastra un aumento similar en las pensiones acordadas. En el año 2003, los 3 863 millones considerados en el presupuesto del sector público (ver el cuadro siguiente), serán cubiertos casi en su totalidad con recursos ordinarios del tesoro público. Una fuente distinta<sup>3</sup> anota que la carga previsual del Estado para la planilla 20530 es de S/. 4 577 millones, equivalente al 98%.

Un problema colateral es el provocado por las listas pasivas, que imponen la cédula viva; ésta toma como espejo la remuneración del trabajador activo, de modo que cualquier incremento debe reflejarse instantáneamente en la pensión. Como quiera que esas listas pasivas han crecido exponencialmente a raíz de las normas de incorporación y reincorporación que se dictaron en la década de los 80, así como los numerosos casos de fraude e incorporaciones ilegales, unido todo ello al hecho incontrovertible de que el Estado no tiene fondos o capitales destinados a cubrirlas, cualquier incremento en la remuneración formal del trabajador debe ser multiplicado, no por el número de servidores en actividad, sino por el total, incluyendo a cesantes y jubilados<sup>4</sup>.

#### PENSIONES D.L. 20530: 2003

RANGO DE PENSIONES	Pensionistas		Planilla Anual	
	CANTIDAD	%	MILLONES S/. 1 /	%
Más de S/. 5113	600	0,2	60	1,5
Más de S/. 3000 hasta S/. 5113	3153	1,1	161	4,2
Más de S/. 1550 hasta S/. 3000	17895	6,2	520	13,5
Más de S/. 0 hasta S/. 1550	268874	92,5	3123	80,8
<b>TOTAL</b>	<b>290522</b>	<b>100,0</b>	<b>3863</b>	<b>100,0</b>

Fuente: ONP. Elaboración: BCR

En este sentido, el principal hecho relevante de la modificación, por parte del Congreso de la República, es la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución

- 3) Exposición del Vice Ministro de Economía ante la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República, octubre 2003.  
 4) Sobre la situación del personal en la administración pública ver el documento de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar y elaborar un informe sobre la situación del personal de la administración pública. Dicha Comisión fue creada por el D.S. Nro. 004-2001-TR del 23 de febrero, publicado el 28 de febrero y vigente desde el 1 de marzo del 2001. También ver el documento de trabajo del Centro de Investigación Parlamentaria (CIP) “Carrera Pública: Problemas y propuestas”, Junio 2003.

de 1993 en los siguientes términos<sup>5</sup>: “Primera.- Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta reforma constitucional: 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley 20530. 2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema privado de Administradoras de Fondos de Pensiones”.

Dicha modificación podemos puntualizarla en:

- a) Cierre definitivo del régimen del Decreto Ley 20530.
- b) Prohibición de incorporación o reincorporación a dicho régimen.
- c) Prohibición de acceso a trabajadores de dicho régimen que no han cumplido con los requisitos para obtener la pensión.
- d) Aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias a trabajadores y pensionistas de los regímenes a cargo del Estado.
- e) Prohibición de homologación remunerativa.
- f) Criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación deben ser los aplicables a las modificaciones y a los nuevos regímenes.
- g) Autorización para iniciar acciones legales para la nulidad de pensiones obtenidas ilegalmente, salvo que haya cosa juzgada.

Asimismo, la norma supone la derogación del régimen excepcional de derecho adquirido que la actual Primera Disposición Final y Transitoria expresa (aspecto que analizaremos en el punto 4), al señalar que los nuevos regímenes pensionarios del sector público que se establezcan no afectan los derechos legalmente reconocidos a los regímenes actuales, en especial a los de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias<sup>6</sup>.

Las modificaciones de los artículos 11º y 103º de la Constitución, resultan irrelevantes, en tanto que en sí mismo no suponen modificación del régimen constitucional, sino incorporación de principios y organización que de hecho se ejecutaban<sup>7</sup>.

En efecto, la modificación del artículo 11 es un agregado de la siguiente manera: “Artículo 1. Agréguese al artículo 11 de la Constitución como segundo párrafo el texto siguiente: La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”. Es decir, dicho párrafo resulta irrelevante y no justifica una reforma constitucional, toda vez que en mérito a la función legislativa

---

5) Esta modificación está pendiente de una segunda votación en el Congreso para la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530. La propuesta del Ejecutivo se encuentra, desde el mes de setiembre, en las Comisiones de Constitución y de Seguridad Social del Congreso.

6) Al respecto, ver Revista Análisis Laboral, Vol XXVIII, Nro. 322, abril 2004, pág. 21-23.

7) Sin embargo, debemos reconocer que es necesario su incorporación en la Constitución, puesto que todas las leyes que se dieran en ese sentido resultarían inconstitucionales.

consagrada en el artículo 103 y siguiente de la Constitución en concordancia con el artículo 102 inciso 1), el Congreso puede expedir leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

Además, debe destacarse, que en la actualidad ya existen normas que regulan el funcionamiento de una institución de Derecho Público, presidida por el Ministro de Economía y Finanzas denominada Fondo Consolidado de Reservas Previsionales-FCRP, la cual se encarga de administrar los fondos de pensiones a cargo del Estado, incluido el Decreto Ley 20530. Dicha entidad fue creada por el artículo 19 del Decreto Legislativo 817 en abril de 1996, regulada y ampliada por diversa normatividad incluso dada por los gobiernos sucesores como el actual, que por mandato de ley viene administrando los fondos que le han sido asignados. Las facultades de dicha entidad no han sido declaradas inconstitucionales, en atención que su constitución no reúne vicios de ilegalidad.

## II. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD REFORMADORA DEL PARLAMENTO

Uno de los límites de la potestad reformadora del Parlamento, por no ser un poder constituyente originario, es la imposibilidad de modificar las cláusulas o disposiciones constitucionales pétreas o intangibles, ya sean expresas, cosa que no sucede en nuestra Constitución o que sean implícitas, esto es a valores fundamentales que conforman el espíritu o *telos* de la Constitución. En ese sentido, en la doctrina del poder constituyente, desde hace muchos años, se considera que “la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación”<sup>8</sup>.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado a propósito de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley 27600, que da origen a la hasta hoy inconclusa reforma de la Constitución de 1993. De la siguiente forma:

“75. Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprendiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido.

---

8) Enmanuel Sieyés, ¿Qué es el Tercer Estado?, Ed. Americalee, Buenos Aires, 1943, pág. 110.

76. Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

- i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839 y el artículo 142° de la Constitución de 1933.
- ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría «destrucción la « de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.

77. En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales”.

El sentido de la larga cita es conocer el organismo competente –el actual Congreso de la República o una Asamblea Constituyente– para producir la reforma, esto es si estamos ante una cláusula pétrea o intangible de la Constitución que sólo puede ser modificada por un Poder Constituyente Originario, sin limitación jurídica ni sometimiento a norma legal alguna –ni siquiera constitucional– para producir tal cambio.

Por ello, debemos preguntarnos si ¿la modificación de la primera disposición final y transitoria constituye una modificación en el estatuto de los derechos humanos, una modificación de un núcleo inderogable de la Constitución en lo que es el estatuto de los derechos humanos en el Perú? La respuesta, a nuestro entender, es negativa. No hay tal cambio y, por el contrario, se ajusta a los criterios de necesidad y justificación de una reforma constitucional por las consideraciones siguientes:

En primer lugar, no estamos ante un caso de derogación del estatuto constitucional de los derechos humanos, que es lo que en primera instancia prohíbe esta limitación. Por vía de reforma no se puede derogar la declaración de los derechos humanos. En ese sentido, la carta de derechos humanos de la Constitución de 1993, y dentro de los derechos económicos, sociales y culturales el régimen de la seguridad social, y dentro de éste el régimen de pensiones, sigue incólume constitucionalmente hablando.

Ahora bien, la pregunta que debe responderse es cuál es el estatuto que la Constitución prevé como régimen pensionario. Es claro que no está en la Primera Disposición

Final y Transitoria sino en los artículos 10º a 12º y en la Segunda y Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Este régimen, según dichas normas, tiene las siguientes características:

- a) Es universal (art. 10).
- b) Es progresivo (art. 10).
- c) Elevación de la calidad de vida (art. 10).
- d) Libre acceso a través de entidades públicas, privadas o mixtas (art. 11).
- e) Supervisión estatal (art. 11).
- f) Eficaz funcionamiento (art. 11).
- g) Intangibilidad de fondos y reservas (art. 12).
- h) Aplicación legal de dichos fondos y reservas (art. 12).
- i) Responsabilidad por su aplicación (art. 12).
- j) Pago oportuno ( 2da. Disposición Final y Transitoria).
- k) Reajuste periódico –no indexación– en las pensiones a cargo del Estado (2da DFT).
- l) Limitación a la previsión presupuestal y a las posibilidades de la economía nacional (2da Disposición Final y Transitoria).
- m) Ausencia de acumulación de servicios de los regímenes de la actividad privada y pública (3era DFT).

El texto que se propone como reforma constitucional no cambia este régimen, apenas se establece que en el caso del Estado, será una entidad única del Gobierno Central el que tendrán a su cargo los regímenes pensionarios<sup>9</sup>. Puede discutirse su conveniencia o no, pero es evidente que no produce un cambio sustancial.

En segundo lugar, además del tema de la cláusula pétrea o intangible, existe una limitación adicional para la reforma constitucional, denominada *restricciones heterónomas*, esto es “*aquellas que derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí misma. Son externas al derecho nacional, aunque éste las admite, recibe e incorpora*”.

En el caso del régimen pensionario, tal restricción está dada por los tratados internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sistema Universal de la ONU y el Protocolo de San Salvador, en el sistema interamericano a cargo de la OEA, las que señalan lo siguiente:

“Art. 9. – Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social”.

---

9) Es decir, en los casos de regímenes pensionarios a cargo del Estado. Además se trata de incorporar el principio operacional fundamental de la seguridad social: el principio de unidad, que presupone que todas las prestaciones de la seguridad social deben ser suministradas por una sola entidad.

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. 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.” Tales disposiciones no contradicen la reforma constitucional propuesta, lo que no requiere mayor comentario. Sin embargo, existen disposiciones restrictivas en dichos tratados que parecieran impedir dicha reforma. Así, sus respectivos artículos 5.2 y 5.4 señalan lo siguiente:  
“2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

“Artículo 4. No admisión de restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de Convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

En este caso, debe tenerse presente que lo que se prohíbe es la violación de la normativa interna, no la posibilidad de modificar la misma. Por eso es que también señalan que:

“Artículo 4.– Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de una sociedad democrática.”

“Artículo 5. Alcance de las restricciones y limitaciones

Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.



### III. LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

Según todas las corrientes modernas, cuando el derecho cambia en el tiempo, se transforma y se trata de una nueva ley, la fecha de su entrada en vigencia será fijada por el legislador o por el Poder Ejecutivo. En ese caso, el derecho nuevo prevalece sobre el derecho antiguo: *lex posterior derogat priori*<sup>10</sup>.

Con la modificación del artículo 103, se sustituye el texto por el siguiente: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas pero no por razón de la diferencia de personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

Dicha norma implica acoger, dentro de nuestro sistema jurídico respecto a la vigencia de las normas en el tiempo, la teoría de los hechos cumplidos o principio de innovación normativa. La misma que se encuentra ya regulada en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Así, dicho dispositivo señala lo siguiente: “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”<sup>11</sup>. Pero no se encuentra recogida expresamente en el ámbito constitucional. Por ello, la importancia de la reforma en este aspecto.

No obstante, cabe señalar que el principio general que regula la aplicación de la ley en el tiempo que reconoce nuestra Constitución en sus artículos 103º y 109º es el de los hechos cumplidos, aunque no de manera expresa<sup>12</sup>. Es decir, la modificación que incorpora expresamente en la Constitución la aplicación a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes, estaba ya implícita en la norma constitucional y que cuenta con reconocimiento legal, pues forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil como se ha mencionado en el párrafo anterior.

Por otro lado, el llamado principio de derechos adquiridos –que en realidad es el principio de ultractividad de la ley, esto es su vigencia más allá de su derogatoria para

10) Al respecto, ver Claude Du Pasquier, *Introducción al Derecho*, Ed. Justo Valenzuela, Lima, 1983. Marcial Rubio Correa, *El Sistema Jurídico Introducción al Derecho*, Sexta edición, Lima, PUC, 1993.

11) El principio de la aplicación de la ley en el tiempo, contenido en el artículo mencionado, establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, razón por la cual el artículo 2121 del mismo Código Civil, recoge explícitamente la teoría de los hechos cumplidos (“A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”).

12) La regla en cuanto a la promulgación y vigencia de las leyes es aquella según la cual éstas rigen desde el día siguiente de su promulgación y en cuanto al futuro. Así, el artículo 109 de la Constitución establece que: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

un determinado grupo de personas–, así como el de la retroactividad de la ley, son formas de aplicación temporal de la ley excepcional y sólo pueden funcionar por consideraciones de orden social y por disposición expresa de la Constitución. Si no existe el supuesto de hecho, esto es la consideración social, no hay razón para su aplicación. Si se elimina esta excepción, deja de existir el derecho<sup>13</sup>.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la sentencia de fecha 28 de febrero del 2003 (caso “Cinco pensionistas vs. Perú”), ha señalado respecto a los derechos adquiridos en materia pensionaria que “La primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 estableció que los derechos legalmente reconocidos en materia pensionaria son derechos adquiridos. Y el Tribunal Constitucional (en varias sentencias) señaló que el derecho a una pensión nivelable regulado por el Decreto ley 20530 constituye un derecho adquirido. Sin embargo, con la reforma al asumirse la teoría de los hechos cumplidos, se habilita la modificación posterior.

A este respecto debe recordarse que la Constitución de 1993<sup>14</sup> eliminó dos casos de aplicación retroactiva de la ley<sup>15</sup>: en materia laboral y en materia tributaria; sin embargo, eso no supuso violación de norma pética alguna o que se estaba violando derecho adquirido alguno<sup>16</sup>. Sencillamente, dejó de ser constitucional. Además, el principio general en el Derecho es el de la no retroactividad de las leyes formulado por la Declaración de los Derechos del Hombre (“la ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo”). Los derechos de los individuos están así protegidos de la arbitrariedad legislativa.

Por ello, siguiendo el principio de aplicación inmediata de la ley –o teoría de los hechos cumplidos–, debemos apoyarnos en el artículo 103º, que expresamente señala que la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos. En consecuencia, lo que debemos preguntarnos es si la nueva norma estará diseñada para tener efectos o fuerza retroactiva.

La modificatoria no dice eso, sino que a partir de ahora y hacia el futuro no rige más el régimen del DL 20530, pero nada dice sobre el pasado, con lo cual queda a salvo no la supervivencia del sistema, sino todas las prestaciones recibidas. Esto es, todas aquellas pensiones que han sido recibidas antes de la modificación no pueden ser

---

13) Es potestad del Estado y podríamos indicar como José Gálvez Egúsqiza (el héroe del glorioso combate del 2 de Mayo), haciendo una defensa de la Constitución de 1856, comparándola con la de 1839, resalta que uno de sus puntos importantes está referido a su artículo 6 en la que señala que “Es la nación y no el empleado quien tiene propiedad de los empleos públicos” (José Gálvez: La Convención Nacional y la Constitución de 1856. En : Pensamiento Constitucional Nro. 6, PUC, Fondo Editorial, Lima 1999, pág. 651)

14) La Constitución de 1993, a raíz del golpe del 5 de abril de 1992, en materia de seguridad social “es opuesta a la anterior, regresando a las Constituciones de 1920 y 1933” (Leopoldo Gamarra Vilchez, “La privatización de la seguridad social”, en la Revista Páginas 150, CEP Lima, Abril 1998).

15) Artículo 103 de la Constitución del 93: “(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo...”.

16) En ese entonces, los que hoy se rasgan las vestiduras, no dijeron nada. Al contrario apoyaron el golpe de 1992.

revisadas. La norma tendría efectos retroactivos si lo que se pretendiera es que se devolviera las pensiones recibidas con anterioridad a la reforma y en eso la propuesta es clara. Dice que las nuevas reglas se aplicarán inmediatamente, no dice que incluye las prestaciones recibidas.

Finalmente, debemos recordar que el derecho a la seguridad social, dentro del cual está el de recibir una pensión, es una relación jurídica de tracto sucesivo que se produce en el transcurso del tiempo y no un acto jurídico de efectos instantáneos y por tanto es posible que se produzca una sucesión de leyes en el tiempo. Siendo el derecho de pensiones caracterizado por ser de tracto sucesivo, hace imperativo que la nueva ley pueda regir sobre no solamente las pensiones venideras y futuras, sino también sobre las que ya se han realizado antes de su existencia, pero a partir del momento de la promulgación de la nueva norma, la que ha derogado parcial o totalmente a una anterior. Es decir, la aplicación inmediata de la ley, es aquella por la cual la nueva norma se refiere a hechos o situaciones producidas antes de su publicación, pero legisla sobre ellos solamente a partir del momento en que han entrado en vigencia y hacia el futuro.

#### IV. LA COSA JUZGADA

La cosa juzgada es la expresión general que se emplea para defender la inamovilidad de los procesos judiciales a los que se ha puesto fin mediante una resolución consentida y ejecutoriada. “Constituye una de las supremas garantías de la administración de justicia, tanto en el campo civil como en el penal”<sup>17</sup>. Esta garantía se apoya en el viejo principio latino *non bis in idem*.

Respecto a la propuesta constitucional que estamos analizando, algunos sostienen que la modificación constitucional supone una derogación de las decisiones jurisdiccionales favorables a los peticionarios de la aplicación del régimen pensionario del DL 20530. Así tenemos sendos comunicados de la Coordinadora Nacional de Defensa de los derechos pensionarios Decretos leyes 19990 y 20530 – CONADEPEN que siempre hacen mención al desconocimiento de los derechos de los pensionistas y trabajadores para “cumplir con las recomendaciones del FMI para facilitar el pago de la deuda externa y beneficiar a las AFPs”<sup>18</sup>.

No nos parece, pues una norma, ni aún de orden constitucional, puede derogar una decisión jurisdiccional. Además, la propuesta de reforma constitucional no tiene como finalidad derogar decisiones jurisdiccionales con calidad de cosa juzgada, lo que se demuestra en el hecho de que la propia norma reconoce la validez de las mismas y

17) Enrique Chirinos Soto, Lectura y comentario de la Constitución de 1993, Tercera Edición, Lima, 1966, pág. 298.

18) Comunicado de la CONADEPEN del 12 de setiembre del 2004 en el Diario La República, página 11.

contra las cuales no cabe oposición alguna. Lo que sucede es que tales decisiones judiciales dejarán de tener eficacia por no tener ya la base legal en que se sustentaban.

Desde el punto de vista metodológico, la interpretación constitucional no puede realizarse con sujeción a formalismos jurídicos, ni a través de respuestas que supongan el sacrificio de una norma con respecto a otra. Los métodos de interpretación jurídica tradicionales, quedan subordinados a otros principios y criterios. Igualmente, este tema tan delicado socialmente, debe tratarse dentro del más amplio sentido de equidad y respeto de los principios de la seguridad social.

Sobre el tema debe uno preguntarse de dónde nace el derecho que estableció la decisión jurisdiccional. La única respuesta posible es de la ley, esto es de la Constitución y de las normas con rango de ley. Si esto es así, qué pasa cuando la ley deja de existir. Obviamente, deja de tener eficacia, pues debe estar sujeta a la ley, que es la fuente del Derecho.

Debe recordarse también, como establece el artículo 139º, inciso 5 de la Constitución, que es obligación de toda resolución jurisdiccional la debida motivación, con expresa mención de la ley aplicable. Por tanto, es claro que la misma tendrá eficacia en tanto el supuesto de Derecho, esto es la actual primera disposición final y transitoria constitucional, mantenga vigencia. Una vez derogada, quedará sin ley aplicable la decisión jurisdiccional.

Esta no es además la única forma de perder eficacia. La prescripción también afecta las decisiones judiciales. La muerte de las partes también, entre otras razones. También se puede condonar o renunciar a la obligación, eso no significa que se esté violando la garantía constitucional. Lo que está claro es que todas las prestaciones recibidas al amparo de dichas decisiones judiciales, hasta la vigencia de la modificación constitucional, deben ser respetadas, pues no sólo se estarían afectando la cosa juzgada, sino la irretroactividad de la ley.

Entonces, ¿por qué respetar las pensiones reconocidas por decisiones jurisdiccionales? La respuesta es obvia: además de la seguridad jurídica de la cosa juzgada que hemos mencionado, las pensiones de jubilación constituyen uno de los temas fundamentales de la seguridad social aunque no la agotan. La seguridad social en materia de pensiones constituye no solo un seguro, donde se corresponden aportaciones actuales y prestaciones futuras, sino que también cumple una función redistributiva, en tanto es equitativo que a los que están en peor situación se les apoye para completar su ahorro o reciban prestaciones relativamente mayores a lo que aportan<sup>19</sup>.

En la medida que las personas no son previsoras, se justifica que la sociedad encuentre conveniente que el Estado intervenga “obligando” a los trabajadores a tener comportamientos previsionales.

19) Joseph Stiglitz, *La Economía del Sector Público*, 2da Edición Antoni Bosch, pág-372

En ese sentido, “las pensiones de jubilación son un bien preferente, un bien que el propio Estado impone a los ciudadanos para su propio bienestar pero también teniendo en cuenta que una buena parte de los costos de que un individuo no haya comprado ese bien recae sobre los otros. Esta es una justificación para que exista un sistema de seguridad social, explica el derecho del Estado a obligar a la gente a comprar un seguro (ahorrando) pero no a obligarlos a comprárselo al propio Estado”<sup>20</sup>.

Similar importancia reviste que los ciudadanos adviertan real y conscientemente, que para el funcionamiento del sistema, el acceso a una pensión está vinculado estrechamente con el ahorro logrado durante la vida laboral. Mediante el ahorro forzoso se está adquiriendo una “póliza” que cubre la pérdida de ingresos ante la imposibilidad de seguir trabajando. Cuando se habla de pensiones, se trata pues de ahorros logrados a lo largo de la vida; no se las puede mirar como “limosna o caridad pública” pero tampoco se puede pretender “transferencias que violenten la equidad”<sup>21</sup>.

## V. A MANERA DE CONCLUSIONES

El análisis que hemos venido realizando a lo largo de la presente ponencia ha incidido en los siguientes puntos:

1. El Congreso de la República tiene la facultad jurídica de sancionar la reforma constitucional propuesta por no ser la primera disposición transitoria una cláusula constitucional intangible, ni contravenir restricciones heterónomas en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
2. La ultractividad de las normas, lo que muchos denominan principio de derechos adquiridos, no es un principio de aplicación de la ley en el tiempo.
3. Sólo por el mandato constitucional se ha reconocido la supervivencia de los regímenes pensionarios vigentes actualmente y esa misma norma puede eliminarla, pues no tiene ningún sustento material. Desde luego, la incorporación en nuestro país de un sistema previsional que tienda a la redistribución de ingresos en beneficio de los más pobres, a construir un modo de vida satisfactorio para todos los peruanos, exige una gran convergencia y renuncias a muchos intereses de grupo, de todos los que se sienten convocados a la tarea de desarrollo nacional.
4. La propuesta de reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, pues ella sólo dispone la aplicación de nuevas reglas a partir de la vigencia de la nueva norma constitucional, por tanto está garantizado el respeto de lo recibido con anterioridad sobre la base de la anterior norma constitucional y de las leyes

20) Joseph Stiglitz, Ob. Cit., pág. 365

21) Violenta la equidad presionar por recibir mucho más de lo aportado, al amparo de derechos no siempre bien adquiridos, lo cual eventualmente reduce la posibilidad de apoyo a quienes enfrentan un mayor nivel de desamparo y acreditan un mínimo de derechos, simplemente por ser ciudadanos.

vigentes en su momento. Asimismo, la reforma constitucional no deroga las decisiones jurisdiccionales sobre la materia. Sencillamente sucederá que dejarán de tener eficacia al no haber base normativa que lo sustente.

5. Finalmente, debe recordarse que, como único y supremo intérprete constitucional, será el Tribunal Constitucional el que decidirá cuáles son los alcances que la reforma constitucional aprobada tendrá en los actuales regímenes pensionarios. Pero es difícil prever cuáles serían las consecuencias para el país en los próximos años, de no aprobarse esta medida. Es decir, resulta necesaria la adecuación de las pensiones a niveles sostenibles económicamente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BCRP: Regímenes de pensiones a cargo del Estado”. Sub gerencia del Sector Público. Departamento de análisis del sector Público, 14 de julio de 2003; [www.bcrp.gob.pe](http://www.bcrp.gob.pe)

Cepal: “Equidad, Desarrollo y Ciudadanía” Santiago 2000, [www.cepal.org](http://www.cepal.org)

Gamarra Vilchez, Leopoldo: “Privatización de la seguridad social”, en la Revista Páginas, Nro. 150, Abril 1998.

MEF: “Los sistemas de pensiones en el Perú”, Mayo 2004.

Jiménez, Luis Felipe y Cuadros, Jéssica: “Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: Cuatro aspectos críticos y sugerencias de política” Cepal, serie Financiamiento del Desarrollo 131, [www.cepal.org](http://www.cepal.org)

Paz, Jorge y Ugaz, Rafael: “Análisis del sistema privado de pensiones desde un enfoque de costos hundidos” CIES, [www.consortio.org](http://www.consortio.org)

Rojas, Jorge: “El sistema privado de pensiones y su rol en la economía peruana” [www.consortio.org](http://www.consortio.org)

Perú: “Documento del Acuerdo Nacional”, 22 de julio del 2002. [www.acuerdonacional.gob.pe](http://www.acuerdonacional.gob.pe)

Perú: “Informe sobre los regímenes previsionales de los DL 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado”. Comisión especial encargada del estudio de los regímenes pensionarios (DS 003-2001-TR); 15 de julio del 2001.

Stiglitz, Joseph: “La economía del sector público”, 2da. Edición. Antoni Bosch.

Utholff, Andreas: “Mercados de trabajo y sistemas de pensiones”, Rev. Cepal 78, [www.cepal.org](http://www.cepal.org)