

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**LA REFORMA DE LA PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE
LA CONSTITUCIÓN DE 1993**

Tesis para optar por el Título de Abogado que presenta la Bachiller:

MARIANELLA LUCERO MELGAR MARAZA

20011102

ASESOR: ELMER ARCE ORTIZ

Lima, Abril, 2010

AGRADECIMIENTOS

Todo trabajo no es fruto únicamente del esfuerzo de quien lo realiza sino también se debe al apoyo de quienes contribuyeron al mismo. De esta forma, quiero agradecer profundamente a las siguientes personas:

A mi Padre por haberme dado esta maravillosa idea para la tesis y proporcionarme material valioso.

A mi Madre por su apoyo constante y preocupación hacia mí.

A mi querido Francisco por su indispensable ayuda, gran paciencia y confianza en mí a pesar de los contratiempos.

A mi asesor el Dr. Elmer Arce quien muy amablemente aceptó acompañarme en este proyecto y quien me demostró que no sólo es un excelente profesional sino una gran persona.

A mi amigo el Dr. Raúl Molina quien se mostró interesado desde un primer momento en el tema de esta tesis y quien siempre estuvo dispuesto a colaborar con interesantes consejos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1.....	6
1. Historia del sistema pensionario Decreto Ley 20530.....	6
1.1. Los antecedentes más remotos del D. Ley 20530.....	6
1.2. Fin de la Ley de Goces y Nacimiento del D. Ley 20530.....	8
1.3. Etapa de modificaciones introducidas al sistema de pensiones.....	14
1.4. La etapa de la declaración de nulidad de incorporaciones indebidas.....	32
1.5. La Reforma Constitucional.....	44
CAPITULO 2.....	51
2. Reforma Constitucional y Estado Social de Derecho.....	51
2.1. Características del Estado Social según la doctrina.....	51
2.1.1. Estado Liberal de Derecho.....	51
2.1.2. Estado Social de Derecho.....	64
2.1.3. El Estado Peruano.....	75
2.2. Posición del Tribunal Constitucional relacionado al Estado Social de Derecho.....	79
2.2.1. Límite al poder de reforma por la Constitución.....	80
2.2.2. El respeto a la seguridad jurídica.....	93
2.2.3. La importancia del respeto a los derechos fundamentales.....	110
2.2.3.1. El derecho a la seguridad social.....	112
2.2.3.2. Derecho a la pensión.....	123
2.2.3.3. El derecho a la pensión nivelable.....	127
2.2.4. Búsqueda de función social.....	133
CAPITULO 3.....	140
3. Otros límites jurídicos constitucionales.....	140
3.1. Contenido esencial y no esencial del derecho a la pensión.....	140
3.2. Derecho de propiedad.....	160
3.3. Irretroactividad de la norma.....	180
3.3.1. Teoría de los hechos cumplidos.....	183
3.3.2. Teoría de los Derechos Adquiridos.....	189
3.4. Prohibición de regresividad.....	210
CAPITULO 4.....	222
4. Aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad.....	222
4.1. Principio de idoneidad.....	224
4.2. Principio de necesidad.....	230
4.3. Principio de proporcionalidad.....	239
CONCLUSIONES.....	251
BIBLIOGRAFÍA.....	271

INTRODUCCIÓN

A veces perdemos de vista la importancia del respeto a aquellos derechos y principios fundamentales que sustentan a nuestro Estado, todo por darle prioridad a soluciones que ayudan a resolver de inmediato algún problema que se suscite. Sin embargo, debemos tener en cuenta que lo importante no es la solución más rápida y fácil, sino aquella que sea la más adecuada y más justa para todos teniendo en cuenta los diversos factores involucrados así como las consecuencias que se pudieran generar. De esta forma, se debe buscar la opción que respete en la mayor medida de lo posible los derechos fundamentales de la persona y que pueda resolver el problema desde su origen.

Tenemos como ejemplo la Ley N° 28389 sobre la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 que entró en vigencia el 16 de noviembre del 2004, mediante la cual se suprimieron los derechos adquiridos en materia pensionaria, y que, por ende, generó la eliminación del derecho a la pensión nivelable e imposición de topes, vulnerando así el Estado Social de Derecho. Esto se da debido a que no se respetaron los principios y derechos sobre los cuales se asienta todo Estado de Derecho y que sirven de sustento a nuestra Constitución.

De esta forma, veremos en este trabajo como se afecta la seguridad jurídica como principio implícito en la Constitución, así como la prohibición de aplicación retroactiva de la norma jurídica, la progresividad de los derechos sociales, el derecho a la propiedad, el derecho a la seguridad social y en específico el derecho a la pensión nivelable.

Este tema suscita un especial interés ya que se concibe al derecho a la seguridad social especialmente al derecho a recibir una pensión, como algo secundario cuando no lo es. Se trata de un derecho fundamental tan importante como otros, y está

reconocido como tal en el art.10 de la Constitución Política del Perú y por lo tanto merece especial atención por el Estado. Había que tomar las medidas adecuadas para cumplir con las pensiones de todos los pensionistas, ya sea de aquellos regidos por el D. Ley 20530, y los del D. Ley 19990. El tema involucra distintas áreas del Derecho tales como Laboral, Constitucional y Seguridad Social.

Además de existir un interés personal, en tanto el tema pensionario será importante para todos cuando llegemos a ese momento en nuestras vidas en donde no trabajemos por alcanzar una edad avanzada, también subyace un interés jurídico puesto que encierra una problemática jurídica muy rica ya que encontraremos argumentos para ambas posiciones. Es decir, para aquellos que están a favor de la reforma porque consideran que deben disminuirse los montos pensionarios y para aquellos que no lo están porque quieren que se respeten sus derechos adquiridos, pero aún así, debemos agudizar nuestros sentidos para determinar con buen criterio qué opción es la que más se ajusta con los derechos y principios que caracterizan a un Estado Social de Derecho.

Ante la situación descrita anteriormente es importante que el Estado deba prever tanto medidas legales adecuadas y necesarias que tengan el menor impacto en la restricción de derechos; así como medidas económicas adecuadas con un manejo responsable del fondo de pensiones que por cierto posee una calidad de intangible según el art. 12 de la Constitución.

Asimismo, no puede señalarse que el gasto realizado para pagar las pensiones es secundario ante la realización de obras públicas, esto es inconcebible puesto que estamos tratando del derecho fundamental a la seguridad social, cuyo fin principal radica en cubrir las contingencias sociales de acaecimiento individual que puedan sufrir las personas a causa de una enfermedad, accidente, invalidez, vejez y sobrevivencia. En este particular caso nos referimos a la vejez, ya que el llegar a determinada edad impide que la persona pueda seguir laborando como antes, teniendo en cuenta que además ha cumplido con aportar durante sus años de trabajo.

Por lo tanto, dichas personas merecen especial protección por el Estado y deben recibir pensiones en los términos pactados, ya que los pensionistas han adquirido un derecho al haber cumplido con todos los requisitos legales y ahora si bien no se les pretende desconocer el derecho en sí, tal como lo alega el Estado Peruano, se están haciendo modificaciones sustanciales al mismo, como cambiar la base de cálculo de las pensiones de una objetiva como la nivelación a una subjetiva tal como la discrecionalidad estatal, para así disminuirlas y colocar topes. Para poder realizar todos estos cambios que antes estaban prohibidos porque contábamos con la garantía de los derechos adquiridos, se hizo la reforma que elimina esta garantía y la cambia a la de los hechos cumplidos. De esta forma no se tendrá ningún "obstáculo" legal para disminuir las pensiones. Esto acarrea la aplicación retroactiva de la norma porque los derechos ya habían sido incorporados a la esfera jurídica de los pensionistas y ahora se les despoja de los mismos.

Esta situación no ofrece ninguna seguridad jurídica al ciudadano puesto que se cambian las "reglas del juego" como si nada y se desconocen aspectos importantes de un derecho y se colisiona con otros. En consecuencia, ¿qué seguridad podemos tener si vemos situaciones como esta en donde el Estado se compromete a algo y luego no lo quiere cumplir en los términos pactados frustrando así las expectativas de las personas y creando una situación de incertidumbre jurídica? Todo esto lo hace considerando solamente razones de tipo económico y no considera el impacto jurídico que se hace con la mencionada reforma puesto que se vulneran principios y derechos constitucionales, además de realizar una afectación en el estilo de vida que llevaban los pensionistas.

Ante todo debe buscarse la medida menos gravosa y la que ofrezca una mayor seguridad jurídica para todos. Justamente es la seguridad jurídica sobre la que descansa el Derecho y hacia la cual pretendemos llegar.

Es preciso investigar sobre el tema para determinar con precisión de qué manera se afectan derechos y garantías fundamentales, para así evitar en un futuro cualquier arbitrariedad que bajo la apariencia de legalidad encierre un medida violatoria de derechos. Todo esto con la finalidad de que exista una mayor seguridad jurídica y las personas mantengan la confianza en aquellas leyes que les reconocen determinados derechos que han adquirido cumpliendo con todos los requisitos.

El Estado debe reconocer que tuvo un manejo irresponsable de los fondos y que si bien el D. Ley 20530 no se formuló en los términos más adecuados, la solución ahora no es cambiar la Constitución, modificando los derechos adquiridos por los hechos cumplidos y disminuyendo las pensiones de este grupo para que con ese "ahorro" se mejore las pensiones de aquellos que pertenecen al D. Ley 19990.

Ello no es propio de un Estado Social de Derecho que cuenta con la obligación de velar por el bienestar de todos y no pretender bajo el principio de solidaridad disminuir sustancialmente las pensiones de unos para dársela a otros, modificando severamente la base de cálculo establecida y amparada por los derechos adquiridos.

El método a usar en la presente tesis es el deductivo ya que se van a extraer conceptos de otros pre existentes, es decir se parte de principios universales para llegar a conclusiones particulares. Asimismo, se usa el método sintético ya que lo importante es la síntesis, es decir se estudian los elementos en conjunto para ver como se relacionan entre sí. A partir de todo lo visto se obtiene una conclusión, para que exista coherencia entre todos los datos con el tema en referencia.

Finalmente y en forma conjunta se hace uso del método empírico ya que a partir de los conceptos obtenidos con el método anterior los mismos se confrontarán con la realidad para ver si funciona adecuadamente. De esta forma, el concepto no se queda en la teoría sino que se lleva a la realidad, todo ello con el fin de analizar si la medida tomada a pesar de ser aparentemente positiva, en la práctica va a llevar a una serie de inconvenientes e incertidumbre.

El esquema formulado para el presente trabajo de investigación consta de 4 capítulos que lo resumen de manera concisa teniendo en cuenta que cada punto sea diferente y pueda tocar los temas en concreto.

Se comenzará por un capítulo histórico que nos servirá para introducirnos en el tema explicando la evolución legislativa en materia de pensiones para entender mejor la situación que genera el problema jurídico. Luego, se seguirá con un capítulo relacionado con la importancia del respeto al Estado Social de Derecho mediante la reforma y se verá sus principales características relacionándolas con el Estado Peruano, así como derechos y principios que defiende.

Con toda esta información se establecerá cuales son los aspectos relacionados directamente con el Estado Social de Derecho que no han sido respetados por la reforma utilizando la doctrina, también se analizará los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en sus fallos y algunas opiniones vertidas en el Diario de Debates del Congreso. A continuación, en el tercer capítulo se verán otros límites jurídicos constitucionales que existen para la reforma, que si bien encuentran un sustento en el Estado Social de Derecho se verán de forma más específica. Finalmente, en el último capítulo se realizará el test de razonabilidad o proporcionalidad para la medida adoptada y se verá como además de restringir derechos, lo cual es factible siempre y cuando se haga bajo ciertas condiciones, estas últimas no se cumplen y de esta forma la medida adoptada por el Estado no resulta ser la más adecuada.

El esquema tiene una formulación simple ya que comienza por un capítulo introductorio, luego va de lo general a lo específico y finalmente termina con el test de proporcionalidad que vendrá a analizar la medida desde otro ángulo. Todo ello nos lleva a la conclusión de que la reforma es inconstitucional y contraviene los fundamentos de nuestro Estado de Derecho que rige la vida de todos los peruanos.

CAPITULO 1

1. Historia del sistema pensionario Decreto Ley 20530**1.1. Los antecedentes más remotos del D. Ley 20530**

En esta primera etapa podemos encontrar los antecedentes más antiguos relacionados con la seguridad social , los cuales luego van a inspirar el nacimiento del famoso Decreto Ley 20530 sobre pensiones.

- En primer lugar, tenemos el mandato del 23 de diciembre de 1773 promulgado por la Corona Española que hacía extensivo los beneficios de invalidez, la cesantía y jubilación a todos los servidores de la Colonia que ejercían la función pública por lo menos durante 12 años, cuando inicialmente sólo comprendía a los trabajadores del resguardo de Madrid. Este mandato contemplaba el otorgamiento de un sueldo completo si hubiera servido treinta años; de las dos terceras partes si hubiera servido veinte años y la mitad si cumplió doce años. ¹

- Posteriormente se promulgó la Real Orden del 8 de febrero de 1803 que fue difundida por el Virrey Don Joaquín de la Pezuela en junio de 1820 y que abarcaba todo lo relacionado con el fondo de pensiones.

- Justamente es la Real Orden de 1803 la que inspiró a nuestro ex presidente Ramón Castilla durante su gobierno (1845-1851) a promulgar la Ley de Goces , Jubilación, Cesantía y Montepío/ Ley General de Jubilación y Cesantía de los Empleados Públicos (Ley de Goces) el 22 de enero de 1850.

Durante el gobierno de Castilla estaba vigente la Constitución de 1839 promulgada por Agustín Gamarra, asimismo conocida como la Constitución de Huancayo de carácter conservador ya que rechazaba las pretensiones federalistas y afirmaba el régimen centralista. ² Esta Constitución fue la primera en tener larga duración, quince años, lo

¹ ANACLETO GUERRERO, Victor Ruperto .Manual de seguridad social (único libro especializado), Lima: San Marcos, 1998, p. 155.

² CHANAMÉ, Raúl. La Constitución Política comentada : historia, análisis, evaluación, Lima : Jurista, 2007, p.11.

cual era bastante para esa época, y rigió hasta 1855 año en cuyo 26 de julio se promulgó el Estatuto Provisorio de la Convención Nacional.³ Sin embargo la Ley de Goces entró en vigencia en 1850, es decir seis años antes de entrar en vigencia la Constitución de 1856, y es por ello que no estaba contemplado el derecho a la pensión en la Constitución de 1839.

Esta ley estaba destinada para los empleados públicos es decir para los trabajadores al servicio del Estado en los casos de enfermedad, edad avanzada y falta de empleo o subrogación:⁴

2. Que la Real Cédula de 8 de febrero de 803, que ha servido de regla para conceder la jubilación a los empleados de la lista civil y de hacienda, no está arreglada a los preceptos de la justicia.

3. Que, el empleado, que legalmente se inhabilite para continuar en el desempeño de sus funciones, debe contar para su subsistencia con una pensión proporcionada a los años que se ha consagrado al servicio público.

Asimismo, en el tercer considerando contemplaba el derecho a una pensión correspondiente a la mitad de su “dotación sin consultar la economía del Erario, ni los años que habían servido”. Es decir, podemos ver que la Ley de Goces tenía un fácil acceso a la pensión que consistía en la mitad de un sueldo, y no tomaba en cuenta el presupuesto estatal y menos aún exigía como requisito una cantidad determinada de años de servicio.

Según el art. 7 de esta Ley, dicha pensión tenía como base la dotación del último empleo siempre que la hubiera gozado por lo menos dos años seguidos, en caso contrario se tomará como referencia el haber del empleo anterior.

Más adelante esta ley señala expresamente a quienes se aplica el derecho a tener una jubilación, es decir a aquellos con edad avanzada o sea setenta años; o a aquellos que tuvieran alguna enfermedad comprobada que les impida laborar:⁵

Art. 1.-Todos los empleados públicos con títulos de gobierno legítimo, tienen derecho a la jubilación en caso de que una edad avanzada, o enfermedad crónica legalmente

³ UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. Historia de las Constituciones del Perú. Lima: Editorial Andina S.A., 1978, p. 339.

⁴ LEY DE GOCES de 1850, Considerandos.

⁵ LEY DE GOCES de 1850, artículos 1 y 2.

comprobadas, les impidan continuar en el desempeño de sus destinos. La edad avanzada de que habla este artículo se entenderá de setenta años para arriba.

Art. 2.- Para tener derecho a los goces que esta ley concede a los jubilados, es necesario no haber sido separado del destino por sentencia de Juez competente y contar con siete años de servicio.

Asimismo, en su artículo 3 contempla la acumulación de los años de trabajo realizados durante el Gobierno Español con la condición de que haya sido de forma ininterrumpida hasta después de la independencia:⁶

Art. 3.- Los servicios prestados en la época del Gobierno Español serán abonables, siempre que los empleados hubiesen continuado sirviendo sin interrupción después de la proclamación de la Independencia. Los que hayan sido separado, sólo tendrán derecho desde el día en que se les destinó por el Gobierno independiente.

- Un año después de la promulgación de la Ley de Goces, el sucesor de Castilla, el General José Rufino Echenique (1851-1855) promulgó el Decreto Supremo del 4 de noviembre de 1851, que ordenaba realizar un descuento del 4% a los empleados públicos (activos y cesantes) para formar el fondo de montepío. El montepío cuenta como definición según el Diccionario de la Real Academia Española: “*Depósito de dinero, formado ordinariamente de los descuentos hechos a los individuos de un cuerpo, o de otras contribuciones de los mismos, para socorrer a sus viudas y huérfanos*”. Es decir, se trata de un fondo formado por contribuciones o descuentos de los trabajadores con el fin de auxiliar a un grupo que necesita apoyo porque sufren algún tipo de contingencia.

De esta forma, con este decreto se completa el esquema diseñado para la Ley de Goces que cubría riesgos de invalidez, cesantía y vejez para los empleados vivos y también contemplaba beneficios para los cónyuges, hijos supérstites o sobrevivientes en caso que el titular fallezca.⁷

1.2. Fin de la Ley de Goces y Nacimiento del D. Ley 20530

Esta etapa se desarrolla bajo la vigencia de la Constitución de 1933, la misma que en su artículo 48 reconoce un régimen previsional ante las contingencias que pueden

⁶ LEY DE GOCES de 1850, artículo 3.

⁷ ANACLETO GUERRERO, Victor Ruperto. *Ob. cit.*, p. 156.

ocurrir tales como la edad, es decir se reconoce una determinada pensión para aquellos que hayan cumplido cierta edad. Asimismo, reconoce instituciones relacionadas a la seguridad social:⁸

Artículo 48.- La ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas.

- El 7 de agosto de 1936 se promulgó la Ley 8435 la misma que se aplica a los funcionarios, profesionales y empleados que trabajen para el Estado en cualquiera de sus dependencias, en el Tribunal Marítimo y otras dependencias fiscales (artículo 1°). Asimismo, también se incluye a los empleados de Municipalidades, Beneficiencias y Compañías Fiscalizadas con fondos propios (artículo 2°). Esta Ley contempla que estas personas están incluidas en la Ley de Goces y en las demás disposiciones referidas a pensiones:⁹

Artículo 1°.- Quedan comprendidos en los beneficios de la Ley de 22 de enero de 1850, del Decreto Supremo de 4 de noviembre de 1851 y en los que conceden las demás leyes y disposiciones vigentes sobre jubilación, cesantía y montepío, todos los funcionarios, los profesionales y los empleados que hubieren prestado o que presten servicios al Estado, en los diversos ramos de la administración pública, Tribunal Marítimo y de todas las demás dependencias fiscales.

Artículo 2°.- Quedan, igualmente, comprendidos en los beneficios de la presente ley todos los empleados de las Municipalidades, de las Beneficiencias y de las Compañías Fiscalizadas con fondos propios de ellas.

- Podemos ver que la Ley de Goces nació como un régimen cerrado puesto que sólo abarcaba a aquellos servidores y funcionarios públicos que ingresaran a trabajar al Estado antes del 11 de julio de 1962. Esto se da debido a que en esta fecha se promulgó el Decreto Supremo que regulaba el Estatuto de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, la misma que establecía que todo trabajador que ingrese a laborar para el Estado a partir de esta fecha cotizaría para esta Caja de Pensiones.¹⁰ Con esto, todos aquellos servidores públicos comprendidos inicialmente en la Ley

⁸ CONSTITUCIÓN de 1933, artículo 48.

⁹ LEY 8435 de agosto de 1936, artículos 1 y 1.

¹⁰ ABANTO REVILLA, César. "Crónica de una muerte anunciada: comentarios sobre la reforma del Decreto Ley N° 20530". Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, Tomo 126, mayo 2004, p. 23.

11377 obligatoriamente estarían adscritos a la Caja de Pensiones si es que entraron a laborar a partir del 11 de julio de 1962.

- Posteriormente, en el mes de mayo de 1973 la Caja de Pensiones se unificó con el régimen de los obreros pertenecientes al Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley 19990.

- El 26 de febrero de 1974 se promulga el Decreto Ley 20530 referido al Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990 (SNP). Se dictó bajo el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado cuando la crisis económica peruana estalló en 1974 y en 1979 continuaba agravándose. La crisis provocó el desgaste del velasquismo, el alzamiento del 5 de febrero y la caída de Velasco en agosto de 1975. Morales Bermúdez, para implementar sus ajustes estructurales, debió gobernar a partir de 1976 con toque de queda y estado de sitio. El paro nacional de julio de 1977 -que obligó a los militares a convocar a la Constituyente y a abandonar el poder- fue también impulsado por la crisis.¹¹

Este Decreto Ley comprendía bajo su ámbito de aplicación a aquellos trabajadores públicos no contemplados bajo el D. Ley 19990 y así lo señala en su art. 1:¹²

Art. 1.-Las pensiones y compensaciones a cargo del Estado correspondientes a los servicios de carácter civil prestados por los trabajadores del Sector Público Nacional, no comprendidos en el Decreto Ley 19990, se sujetarán a las normas establecidas en el presente Decreto Ley.

La finalidad de esta ley era derogar la Ley de Goces de 1850 ya que este sistema se encontraba desfinanciado puesto que nunca se constituyó un fondo y menos aún se realizaron estudios actuariales que establecieran la cantidad de aportes necesarios.

Por lo tanto, este Decreto Ley lo que quería hacer era perfeccionar lo dictaminado por el Decreto Supremo del 11 de julio de 1962 y de esta forma declaró el carácter cerrado

¹¹ MANRIQUE, Nelson. "García y la Constitución de Haya de la Torre". En: Perú 21, 14 de abril, 2008. <http://www.peru21.com/comunidad/columnistas/Html/2008-04-14/manrique0879826.html>

¹² DECRETO LEY 20530 de febrero, 1974, artículo 1.

de este régimen: “ Art. 2.- El presente régimen de pensiones tiene carácter cerrado con sujeción al artículo 17”.¹³

Asimismo, estableció lo que hoy conocemos como Cédula Viva o nivelación respecto de las remuneraciones de los servidores públicos en actividad de modo que a medida que se le aumentaba al trabajador también se le aumentaba al pensionista. Esto se estableció para aquellos que cumplan por lo menos con 30 años de servicios y con sesenta años de edad para hombres o con veinticinco años de servicios y con cincuenta y cinco años para el caso de las mujeres. Sin embargo, si no llegaban a cumplir estos requisitos, ello no significaba que no obtuvieran una pensión sino que contemplaba una pensión de cesantía para los que cumplan 15 años de servicios para el caso de los hombres y 12 y medio años de servicios para las mujeres. También preveía la dación de pensión de viudez de por vida y de orfandad incluyendo las hijas solteras mayores de edad.¹⁴

Según el art. 5 del Decreto Ley 20530 el monto de la pensión equivalía una treintava parte o veinticincoava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los últimos doce meses por cada año de servicios.

Años después, el 12 de julio de 1979 se promulga la Constitución de 1979, que empezó a regir recién el 28 de julio de 1980 cuando se instaló el gobierno de Fernando Belaúnde que reemplazaba al gobierno de facto del General Francisco Morales Bermúdez. Precisamente es en su Octava Disposición Final y Transitoria donde se modifica las condiciones para adquirir la cédula viva disminuyendo la cantidad de años de servicio a veinte y ya no considera el requisito de la edad. Esto hace más fácil el acceso a este beneficio y por lo tanto facilita la entrada de mayor cantidad de pensionistas:

¹³ DECRETO LEY 20530 de febrero de 1974, artículo 2.

¹⁴ MORALES CORRALES, Pedro G. "Alcances de la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530". Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, Tomo 126, mayo 2004, p. 10.

8. DFT: Las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración pública no sometidas al régimen del Seguro Social del Perú o a otros regímenes especiales, se nivelan progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios, a partir del 1º de Enero de 1980. Deben consignarse en el Presupuesto de la República las partidas consiguientes.(subrayado nuestro)

De esta forma, el derecho a la pensión nivelada, es decir la cédula viva adquiere un nivel constitucional a diferencia de antes de la dación de la Constitución de 1979, en donde este derecho sólo era de origen legal y exigía más requisitos para su acceso (30 años de servicios y 60 años de edad para el caso de los hombres; y 25 años de servicio y 55 años de edad para las mujeres).¹⁵

Conjuntamente con esto en el artículo 20 se señala:

Artículo 20.- Las pensiones de los trabajadores públicos y privados que cesan temporal o definitivamente en el trabajo son reajustadas periódicamente teniendo en cuenta el costo de vida y las posibilidades de la economía nacional, de acuerdo a ley.

De esta forma se considera a esta última una norma justa y necesaria en vista de la depreciación de la moneda, la inflación vertiginosa y el aumento abrupto del costo de vida, por ello se dispuso el reajuste periódico de las pensiones. Así pues, un jubilado que percibía una pensión que hace 10 años le permitía vivir tranquilamente, ya no sería igual al momento de dación de la Constitución debido a que los factores mencionados anteriormente generarían la reducción de su capacidad de compra y de servicios a una cuarta o quinta parte de lo que percibía al momento de de cese.¹⁶

Para esto debemos tener en cuenta que el reajuste periódico es distinto a la nivelación automática puesto que el primero se aplicaría en general a todos los cesantes como garantía de que su pensión no será totalmente estática sino que cada cierto tiempo se reajustará, pero no se define en que condiciones será esto. En el caso del segundo, es decir de la nivelación, sólo se da para aquellos que cumplan los

¹⁵ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11º, 103º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 5.

¹⁶ PAREJA PAZ SOLDAN, Jose. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Lima: Editora Ital Peru S.A, Tomo II, 6ta edición, 1980, p.601.

requisitos (20 años de servicios) , y se nivelará su pensión de forma automática teniendo como referencia el sueldo de un funcionario en actividad, es decir para esto si existen parámetros objetivos a diferencia del reajuste que será discrecional.

Asimismo, en su artículo 12 reconoce el derecho a la seguridad social e indica que debe existir un acceso progresivo regulado por leyes, así como su financiación: “ *El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación.*”

En su artículo 13 señala los fines de la seguridad social, puesto que cubre los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad o cualquier otra. Es decir, podemos ver que dentro de los riesgos cubiertos reconoce a la vejez, por ello se da la necesidad de otorgar pensiones para aquellos que trabajaron durante varios años y ya alcanzaron cierta edad.

Para esta época el Seguro Social no contaba con suficientes establecimientos hospitalarios, policlínicos o consultorios adecuadamente distribuidos en todo el país para cubrir los servicios. Asimismo, el Seguro era una institución pública dependiente del Ministerio de Trabajo y por ello existía el temor que parte de sus fondos, depositados en el Banco de la Nación se hayan usado y malversados por el Gobierno en gastos y necesidades públicas no relacionados con la Seguridad Social.¹⁷ Esta situación se repetiría en el transcurso de tiempo y que ayudaría a la crisis del sistema de pensiones.

Sin embargo ante esa situación, se hizo un intento para solucionar este problema y fue así que se dictó la Ley Orgánica del Servicio Social para que ponga en cumplimiento el artículo 14 de la Constitución de 1979 que señala lo siguiente:

Una institución autónoma y descentralizada, gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados, con personería de derecho público y con fondos y reservas propio, aportados obligatoriamente por el Estado, los empleadores y los asegurados, tiene a su cargo la Seguridad Social de los trabajadores y sus familiares.(...)

¹⁷ Ibíd., p.600.

Para ello se agrega para evitar el mal uso de los fondos que “*dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de los de su creación bajo responsabilidad.*”

1.3. Etapa de modificaciones introducidas al sistema de pensiones

En este período podemos ver que se dictaron una serie de leyes que modificaron la estructura inicial del Decreto Ley 20530 y ello generó que en un futuro se diera la crisis presupuestal. Esto se debió a que se dieron muchas facilidades para poder acceder al derecho a la pensión, ya sea disminuyendo los requisitos o ampliando los supuestos de aplicación.

- Para empezar, tenemos al Decreto Ley 21248 que se publicó el día 19 de agosto de 1975 durante el gobierno del General Francisco Morales Bermúdez , momento en cual aún no estaba vigente la Constitución de 1979 sino la de 1933.

Esta Ley estaba destinada para aquellos jubilados o cesantes, tanto civiles o militares, que hubieran laborado ya sea en el Sector Público o el privado, y que en consecuencia han generado el derecho a recibir una pensión.

Sin embargo, con este D. Ley, a este grupo de pensionistas se les permite trabajar en el Sector Público y a consecuencia del ello recibirán su sueldo . Por lo tanto, no dejaran de recibir su pensión, es decir además de recibir su pensión se les dará una “*asignación mensual extraordinaria*” correspondiente a su trabajo realizado. De esta

forma lo señala expresamente en su artículo 1:¹⁸

Art. 1.- Quienes habiendo laborado en el Sector Público o No Público se encuentren jubilados, o cesantes en forma definitiva, en el caso de personal civil; o en la Situación de Retiro o Cesación Definitiva por mandato imperativo de la ley, en el caso de personal militar y policial, podrán laborar en el Sector Público cuando éste lo requiera, ocupando cargos previstos en los Cuadros de Asignación de Personal, sin dejar de percibir su pensión, recibiendo como compensación única por dicho servicio, una asignación mensual extraordinaria que será fijada teniendo en cuenta la naturaleza del cargo a desempeñar, la capacidad y experiencia del servidor (...)

¹⁸ DECRETO LEY 21248 de agosto de 1975, artículo 1.

Esto es distinto al sistema público actual en donde el pensionista o el cesante no puede recibir un sueldo adicional a su pensión.

Por otro lado, en el artículo 3 se precisa que dicho lapso de trabajo no se considerará como años de servicios prestados que se puedan acumular a efectos de obtener una pensión mayor: “*Art.3- Tales servicios no son acumulables a los que dieran lugar al derecho a la pensión, ni genera goces*”. Esto es positivo ya que el permitir que el tiempo laborado posteriormente a la generación del derecho a la pensión pueda considerarse como parte del cómputo de años de servicio sería un beneficio excesivo.

- Asimismo, podemos ver que se dio la Ley 22150 conocida como la Ley de Carrera Diplomática, cuya dación se dio el 25 de abril de 1978 pero su publicación fue el 17 de mayo de 1980 durante el Gobierno del General Francisco Morales Bermúdez. Es decir, en el momento de su dación aún no estaba vigente la Constitución de 1979 a diferencia del momento de su vigencia oficial en el cual la Constitución mencionada tenía también plena vigencia:¹⁹

Art. 67.- Los miembros del Servicio Diplomático que pasen a la situación de Disponibilidad o de Retiro, tendrá derecho a los siguientes goces:

(...)b) Si tiene 15 o más años de servicios y menos de 30, percibirán como pensión mensual tantas treintavas partes de las remuneraciones pensionables de su categoría, correspondientes al último haber percibido en la Situación de Actividad, como años de servicios tenga.

c) Si tiene 30 o más años de servicios, percibirá como pensión mensual renovable el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a los de su categoría en Situación de Actividad.

d) Si tiene 35 o más años de servicios reconocidos y está en aptitud de ascender conforme al art. 42 en el momento de pasar a la Disponibilidad o al Retiro, percibirá como pensión mensual renovable el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a la categoría inmediata superior en la Situación de Actividad.

e) El Embajador que al pasar a la Disponibilidad o al Retiro haya cumplido 35 años de servicios tendrá derecho a que su pensión sea incrementada con el 14% sobre la remuneración básica; y

f) Si ha percibido una remuneración más alta a la correspondiente a su categoría, tendrá derecho a que su pensión se regule sobre la base de dicha remuneración.(...)

Para esto debemos tener en cuenta que aquellos que se encuentran en situación de disponibilidad y retiro tienen que estar dentro de los supuestos contemplados en los artículos 22 y 31 respectivamente. Sólo la situación de retiro incluye los supuestos de

¹⁹ LEY 22150 de mayo de 1980, artículo 67.

límite de edad y de incapacidad física permanente, es decir supuestos iguales a los de jubilación, sin embargo contempla otros casos tales como sanción disciplinaria, insuficiencia profesional , etc. Es decir, se contemplan amplios y distintos supuestos que permiten obtener una pensión.

Asimismo, mediante esta Ley se permite la incorporación de los diplomáticos, sin excepción, al régimen del Decreto Ley 20530 cuando este era un régimen cerrado. Así lo señala el artículo 72 en donde los excluyen expresamente del D. Ley 19990: “*Art. 72.- Exclúyese del D. L. 19990 a los miembros del Servicio Diplomático, quienes se registrarán por las disposiciones precedentes*”.²⁰

De la misma forma, la Sexta Disposición Transitoria señala que aquellos que cumplan con los requisitos del art. 67 , citado anteriormente y que regula la obtención de una pensión, pueden solicitar la renovación de sus pensiones. Es decir tienen acceso a la Cédula Viva, sin exigírseles los 20 años de prestación de servicios señalados por la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979 ya vigente al momento de publicación de esta Ley:

SEXTA.- Los pensionistas miembros del Servicio Diplomático que reúnan las condiciones establecidas en el Art. 67º; podrán solicitar la renovación de sus pensiones, a partir de la vigencia de esta ley, sin derecho a devengados.

- Posteriormente, durante el gobierno de Fernando Belaunde Ferry, exactamente el 3 de diciembre de 1981 se publicó en el Diario Oficial el Peruano la Ley 23329, la misma que deroga el Decreto Ley 21248.

Con esta Ley se dispone que los servidores del Sector Público, que son cesantes, que ingresaron antes del 11 de julio de 1962 ,y que hubieran reingresado a trabajar para el Estado, dejarán de recibir sus pensiones. Sin embargo, el tiempo laborado durante su reingreso computa como años de servicio que se pueden acumular para el derecho a la pensión.²¹

Art. 1.- Derógase el Decreto Ley 21248.

²⁰ LEY 22150 de mayo de 1980, artículo 72.

²¹ LEY 23329 de diciembre de 1981, artículos 1 y 2.

Art. 2.-Los servidores del Sector Público sometidos al régimen de jubilación e ingresados antes del 11 de julio de 1962 que, encontrándose en la situación de cesantes, hubiesen reingresado o reingresen al servicio del Estado, dejarán de percibir las pensiones que gocen, con acumulación del tiempo de los nuevos servicios al de los anteriores, para el cómputo de la pensión definitiva de cesantía o de jubilación a que tuvieren derecho.

Así podemos ver que con la Ley 21248- derogada por la ley en mención-se permitía que los pensionistas reciban su sueldo y la pensión a la vez, sin la posibilidad de acumular el tiempo de trabajo para el cómputo de la pensión. Todo esto a diferencia de la Ley 23329, en la que el reingreso al Sector Público impide recibir la pensión y sueldo a la vez, optando por la percepción del sueldo únicamente, sin embargo el trabajador tiene la posibilidad de acumular el tiempo de servicios a fines de obtener una determinada pensión.

- Luego, se publica la Ley 23495 el 20 de noviembre de 1982 con Decreto Supremo No 0015-83 PCM que la reglamenta, dictada bajo el gobierno de Fernando Belaúnde. Esta ley se aplica a todos aquellos cesantes y jubilados con más de 20 años de servicios al Estado puesto que gozan de la nivelación progresiva. Esta Ley da algunas precisiones sobre la nivelación, específicamente señala que la nivelación se hará con los sueldos de los servidores públicos en actividad del mismo cargo u otro similar.²²

Art. 1.- La nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al régimen del Seguro Social o a otros regímenes especiales, se efectuará con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, con sujeción a las siguientes reglas:(...)

Mediante la nivelación, tal como lo señala el artículo 5 de la Ley 23495, si se efectúa algún aumento al sueldo del servidor público en actividad que realice un cargo u otro similar al último cargo del pensionista, de la misma manera corresponderá aumentar la pensión correspondiente al pensionista .

También podemos ver que en la mencionada Ley, en su artículo 3 se dispone que para aquellos cesantes y jubilados con 70 años de edad “gozarán de nivelación en la forma establecida en el inciso c) del artículo anterior”. Es decir, obtendrá la nivelación

²² LEY 23495 de noviembre de 1982, artículo 1.

siempre y cuando: 1) tenga 70 años de edad; 2) Si es varón y tiene más de 35 años de servicios o si es mujer y cuenta con más de 30 años de servicios. Sin embargo, más adelante este artículo indica que para aquellos que tengan 75 o más años de edad “*la nivelación se hará de forma inmediata*”, por lo tanto no se pedirá como requisito el cumplimiento de determinados años de servicio.

Asimismo, en su art.8 esta Ley señala expresamente que se deben respetar los derechos adquiridos de los pensionistas, es decir se respetaran los beneficios obtenidos anteriormente a la dación de esta Ley:²³

Art. 8.- Los alcances de la presente Ley, no afectan los beneficios ya obtenidos por los Pensionistas de la Administración Pública, por constituir dichos beneficios derechos adquiridos.

Es preciso indicar que se hace mención a los beneficios obtenidos y respecto a ellos constituyen derechos adquiridos, así podemos ver que los derechos adquiridos que se van a respetar son aquellos que signifiquen beneficios para el pensionista y no un perjuicio. Esto debemos recalcarlo puesto que actualmente al hacerse referencia a los derechos adquiridos se refiere a todo , ya sea que signifique una ventaja o desventaja para el pensionista puesto que se refiere a las condiciones en las que se obtuvo un derecho, sin distinguirlos.

- Posteriormente, el 15 de diciembre de 1984 se publica la Ley 24029 más conocida como la Ley del Profesorado mediante la cual se incluye a los profesores dentro del Régimen del Decreto Ley 20530 a pesar de estar ya cerrado.

Para esto, en su artículo 45 inciso g), indica que dentro de las causas por las que se produce el cese de los profesores tenemos al tiempo de servicios. De esta forma, para las mujeres se requiere 25 años de servicios y para los hombres 30 años de servicios para poder obtener una pensión de jubilación.

Conforme a lo anterior, tenemos al artículo 58 que señala que las pensiones de cesantía o jubilación de los profesores, no contenidas en el régimen de Seguridad Social, se nivelarán con los sueldos correspondientes a los profesores en actividad:²⁴

²³ LEY 23495 de noviembre de 1982, artículo 8.

Art. 58.- Las pensiones de cesantía y jubilación del profesorado al servicio del Estado, no sometidas al régimen de Seguridad Social del Perú, se nivelan automáticamente con las remuneraciones vigentes para el profesorado en servicio, con arreglo a Ley.

Art. 59.-Las pensiones de cesantía se otorgan a los profesores al amparo del Decreto Ley 20530 con base en el último sueldo percibido con todas las bonificaciones pensionables.

Luego en la Undécima Disposición Transitoria se hace una referencia a los actuales jubilados y cesantes que tengan más de 75 años disponiendo que no dejarán de percibir las bonificaciones que les corresponda, sin embargo el monto de las mismas sumado con la pensión no deben exceder la remuneración de un profesor en actividad.

-El 8 de junio de 1985 se publicó la Ley 24156 que se aplicaba a aquellos funcionarios y servidores públicos con título universitario o equivalente, ya sea obtenido en el Perú o en el extranjero revalidado en el país. Asimismo, deberán estar comprendidos dentro del régimen de la Ley 11377 y deberán contar con 15 años de servicios los hombres y 12 años y 6 meses para las mujeres. Para este grupo de personas se permitirá que se añada a su tiempo de servicios un período adicional de hasta 4 años para formar parte del cómputo total de años de servicio para obtener la pensión:²⁵

Art. 1º.- Los funcionarios y servidores públicos con título universitario o de nivel equivalente, optado en el país, o en el extranjero y revalidados en el país, comprendidos en el régimen de la Ley No. 11377, con un mínimo de quince años de servicios reales los varones y doce y medio las mujeres, aún cuando éstos sean simultáneos con los servicios prestados al Estado, agregarán a su tiempo de servicios, un período adicional de hasta cuatro años de formación profesional, cualquiera sea el régimen de pensiones en el que se encuentren.

Estos años acumulados estarán afectos a los descuentos para pensiones y servirán no sólo para beneficios pensionarios sino para todos sus efectos.

Debemos tener en cuenta que el Decreto Ley 20530 hace referencia a estos 4 años de formación profesional, sin embargo precisaba en su artículo 41 que se “computará de abono (...) después de quince años de servicio efectivos, los hombres y doce y medio las mujeres” y además, que estos años de estudio “no sean simultáneos con servicios al Estado”. Sin embargo, luego con la Ley 24156, a la que hacemos

²⁴ LEY 24029 de diciembre de 1984., artículos 58 y 59.

²⁵ LEY 24156 de junio de 1985, artículo 1.

referencia, no se realiza ninguna precisión sobre la oportunidad en la que se considerarán esos años adicionales y encima los permite tomar en cuenta aunque fueren simultáneos a los servicios para el Estado.

De esta forma, jurisprudencialmente se originó un inconveniente ya que se procedió a considerar estos años de estudio anteriores a los años de servicio amparándose en la falta de precisión de la Ley 24156. Así en varias ocasiones el Tribunal Nacional del Servicio Civil, entidad encargada de resolver en última instancia los conflictos de derechos pensionarios de los servidores públicos, interpretó que estos 4 años de formación profesional debían anteponerse a la fecha de ingreso real del trabajador a la Administración Pública. De esta forma, se retrotraía indebidamente la fecha de ingreso del trabajador permitiendo a varios servidores ingresar al régimen del D. Ley 20530 a pesar de encontrarse ya cerrado.²⁶

Así pues esta tesis es recogida en la Resolución No. 009-90-TNSC del 23 de julio de 1990, emitida por la Primera Sala a propósito del proceso de reclamación interpuesto por Juana Arce Gracey (Exp. 995-89), la cual fue considerada como jurisprudencia obligatoria por una de las dos salas del Tribunal del Servicio Civil. De esta forma, amparándose en una interpretación libre de la Ley 24156, que contraviene lo dispuesto en el Art. 41 del D. Ley 20530, y en virtud de la aplicación del principio *in dubio pro operario* y el principio de retroactividad benigna en materia laboral, recogidos en la Constitución de 1979, se permitió que se retrotraigan los 4 años de formación profesional al inicio efectivo de los servicios.²⁷

En tal caso no sería del todo adecuado usar estos principios ya que en primer lugar no existe dudas sobre los alcances de la norma que se va a aplicar y en segundo lugar

²⁶ DEFENSORIA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 85: La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530 : los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral, Lima : Defensoría del Pueblo, 2004, p. 17.

²⁷ GONZALES HUNT, César. “La errática jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional y los criterios de interpretación constitucional”, Diálogo con la jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, Año 9, No. 58, julio 2003, p.50.

considerar la anteposición de los años de servicios del art. 1 de la Ley 24156 no es una norma más beneficiosa que el Art. 41 del Decreto Ley 20530.²⁸

Sin embargo, tal interpretación del art. 41 del D. Ley 20530 no es correcta puesto que este artículo le concede esta posibilidad de agregar estos 4 años pero a aquellos que ya se encuentren incorporados en el régimen.

De esta forma, un trabajador cuya fecha de ingreso real era el 1ro de enero de 1975 no podía acogerse al Decreto Ley 20530 ya que ingresó después del 26 de febrero de 1974. Sin embargo, gracias a la ficción de anteponer los 4 años de estudio se cambia la fecha de ingreso real y se consideraría como si entró a laborar el 1 de enero de 1971.²⁹

Así, podemos ver que se daban muchas facilidades para aquellos dentro del régimen del D. Ley 20530, porque a más años de servicio puede corresponder aumentar la cantidad de la pensión, y también permitía que más personas ingresaran a este régimen.

Gracias a estas interpretaciones se posibilitó el ingreso de muchos pensionistas a este régimen supuestamente ya cerrado.

Afortunadamente, este criterio adoptado fue dejado sin efecto por la jurisprudencia uniforme de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República. Así tenemos a las sentencias del 26 de setiembre de 1987 referido al Exp. 526-96 y del 2 de octubre de 1998 referidos a los Expedientes No. 1511-97 y 1518-97.³⁰

-Unos meses después de la dación de la Ley anterior, se publicó la Ley 24366 el día 22 de noviembre de 1985 que se aplicaba a aquellos funcionarios y servidores públicos que contaban con 7 o más años de servicios al momento de la dación del D.Ley 20530, es decir el 26 de febrero de 1974, quedaban incorporados al régimen

²⁸ Ibíd., p. 51.

²⁹ ROMERO MONTES, Francisco Javier. La jubilación en el Perú, Lima : S.S. Graf. José Antonio, 1993, p. 141.

³⁰ Ídem.

del D. Ley 20530. Esto se producía siempre y cuando vinieran prestando servicios de forma ininterrumpida hasta la fecha de dación de esta norma de excepción, es decir al 22 de noviembre de 1985.

El artículo 1º lo señala así expresamente:³¹

Art. 1.- Los funcionarios y servidores públicos que a la fecha de la dación del Decreto Ley 20530, contaban con siete o más años de servicios, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones del Estado, establecido por dicho Decreto Ley, siempre que hubieran trabajado ininterrumpidamente al servicio del Estado.

Podemos ver que con esta Ley ya no se considera como requisito el ingreso al Estado antes del 11 de julio de 1962, sino extiende su aplicación al 26 de febrero de 1967, es decir 7 años antes de la dación del Decreto Ley 20530.³²

Así como las anteriores leyes mencionadas esta también permite la entrada a más trabajadores al régimen del D. Ley 20530.

- Luego, el 27 de diciembre de 1987 se publicó la Ley 24779 durante el gobierno de Alan García. Se aplicaba a los Alcaldes y Regidores elegidos en elecciones municipales aún cuando no hubieran percibido remuneración, siempre y cuando hubieran laborado hasta antes del 1 de enero de 1984 y con retroactividad a la elecciones de 1963. Los años de servicios se computarán de abono para obtener beneficios pensionarios. De esta forma se fue añadiendo más gente al régimen del D. Ley 20530 puesto que consideraba años en los que ni siquiera hubo aporte.

Para esto debemos precisar que respecto a los cargos políticos el artículo 44 del Decreto Ley 20530 considera como años de servicios aquellos desempeñados por el Presidente de la República, Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Ministro de Estado o algún funcionario con el mismo cargo, Senador, Diputado, Prefecto y sub-prefecto, con la condición de pagar los aportes correspondientes. Por otro lado, debemos tener en cuenta que el art. 166 de la Constitución considera a los ex

³¹ LEY 24366 de noviembre de 1985, artículo 1.

³² ABANTO REVILLA, César. "Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley No. 20530". Diálogo con la jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, Año 9, Número 58, julio 2003, p. 38.

presidentes constitucionales de la República como Senadores vitalicios, ello les quita la posibilidad de ser pensionistas.³³

- El 26 de junio de 1989 se publicó la ley 25066, la cual autorizaba un crédito suplementario al presupuesto de 1989, sin embargo se incluyó un artículo que no tiene relación directa con el contenido de la Ley pero sin embargo resulta interesante para efectos de esta investigación. Nos referimos al artículo 27 el se aplicaba a los servidores que estuvieran laborando para el Estado ya sea en condición de nombrados y contratados a la fecha de dación del D. Ley 20530 (26 de febrero de 1974) . Este grupo de personas quedaban comprendidos en el régimen de 20530 si a la fecha de dación de esta norma de excepción, es decir 23 de junio de 1989, estaban prestando servicios dentro de los alcances de la Ley 11377 (régimen laboral de la actividad pública) y el Decreto Legislativo 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa).

Por lo tanto, la excepción consiste en que si bien prestaban servicios al Estado al año 1974 , no se les exige la cantidad de años de servicio siempre y cuando al momento de dación de esta norma en 1989, se encontraran trabajando.

Esta norma permitió a una mayor cantidad de gente su inclusión bajo el régimen del D. Ley 20530, incluso a aquellos ingresados hasta el mismo 26 de febrero de 1974.³⁴

- Posteriormente, el 20 de diciembre del mismo año (1989) se publicó la ley 25146 dirigida a los trabajadores del Banco de la Nación que a la fecha de promulgación del Decreto Legislativo 339 es decir el 24 de mayo de 1985, se encontraban dentro de los alcances del régimen del D. Ley 20530 . Gracias al art. 1 de esta ley , estas personas continuarán dentro de ese régimen. Asimismo, y tal como lo señala el art. 2, los pensionistas del Banco de la Nación con derecho a nivelación según la Ley 23495, es decir con un mínimo de 20 años de servicios, nivelarían sus pensiones teniendo como

³³ ROMERO MONTES, Francisco Javier. Ob. cit., p. 143.

³⁴ ABANTO REVILLA, César. Ob. cit., p. 38.

referencia a las remuneraciones de trabajadores activos que realicen un cargo idéntico o equivalente:

Art 2.- Las pensiones de los cesantes del Banco de la Nación con derecho a nivelación de conformidad con la Ley 23495, se nivelarán y modificarán en el mismo monto que corresponda y cada vez que se produzcan variaciones de las remuneraciones de los servidores activos de la propia institución que desempeñen un cargo idéntico, similar o equivalente al cargo de mayor nivel o categoría desempeñado por el pensionista.(...)

Art. 3.- A los pensionistas del Banco de la Nación que reingresen a prestar servicios en la propia institución, les serán aplicables las normas contenidas en la presente Ley.

A partir de texto citado de la ley podemos ver que la nivelación se hará teniendo en cuenta a la remuneración de un trabajador en actividad sin embargo sucede que en ese entonces ya contaba con calidad de servidor del régimen laboral de la actividad privada. Por lo tanto, no sería adecuado hacer la homologación de un pensionista del Sector público con un servidor del régimen privado.³⁵

- Luego se publicó el 20 de mayo de 1990 la Ley 25212, llamada la Ley del Profesorado, que fue dictada en el año en el que Alberto Fujimori asumía el mando en la Presidencia tras el gobierno nefasto de Alan García que dejó al país en una situación inestable y con un alto grado de inflación.

Esta ley se aplicaba a todos aquellos profesores que habían ingresado a la Carrera Pública y señalaba específicamente en su artículo 45 que el cese de los profesores se produce por varias causas y entre ellas se indica en su inciso d) por límite de edad. Asimismo, dicho artículo indica que el cese por tiempo de servicios, para el caso de las mujeres se produce cuando cumplen 25 años de servicios y para los hombres 30 años. Para ambos casos se tomará en cuenta los años de formación profesional, los cuales debemos considerar posteriormente a la fecha de ingreso.

Asimismo, en el artículo 58 se indica que las pensiones de cesantía y jubilación se nivelarán automáticamente con las remuneraciones de los servidores en actividad.

³⁵ MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit., p. 27.

Sin embargo, la parte que más nos interesa es la Décimo Cuarta Disposición Transitoria la cual se aplica a aquellos profesores bajo el régimen de la Ley 24029 y que ingresaron a trabajar al Estado hasta el 31 de diciembre de 1980. Es para estos docentes que si bien estuvieran en ese momento bajo el régimen del Decreto Ley 19990, quedaban comprendidos en el régimen del D. Ley 20530.³⁶

Décimo Cuarta.- Los trabajadores de la educación comprendidos en la Ley del Profesorado No 24029, que ingresaron al servicio hasta el 30 de diciembre de 1980, pertenecientes al régimen de jubilación y pensiones (Decreto Ley No. 19990) quedan comprendidos en el régimen de jubilación y pensiones previstos en el Decreto Ley No. 20530.

Debemos tener en cuenta que los docentes estaban amparados por la Ley de Goces (hoy Decreto Ley 20530) hasta el 1° de mayo de 1973 fecha en la que fueron incorporados en el Decreto Ley 19990. Sin embargo, con la Ley 25212 se modificó dicha situación y se permitió la incorporación del profesorado al Decreto Ley 20530 si ingresaron a laborar hasta el 31 de diciembre de 1980. Es decir, todos aquellos profesores que ingresaron a laborar a partir del 1° de enero de 1981 se encontraría bajo los alcances del Decreto Ley 19990.³⁷

Con esta disposición, se permite la entrada a nuevos pensionistas al régimen bajo el Decreto Ley 20530 sin justificación alguna. En primer lugar se extiende la fecha de ingreso al servicio puesto que ya no considera como límite hasta el 26 de febrero de 1974 sino hasta el 30 de diciembre de 1980, un poco más de 6 años. En segundo lugar, se incorpora a aquellos que ya estaban incorporados a un régimen de pensiones tal como el D. Ley 19990, y lo que se hace es cambiarlos de un régimen a otro sin motivo alguno. Así podemos ver que esta modificación no tiene alguna justificación válida y lo que hace es cada vez incorporar a más gente que inicialmente no debería estar incluida.

³⁶ LEY 25212 de mayo de 1990, Décimo Cuarta Disposición Transitoria.

³⁷ ROMERO MONTES, Francisco Javier. Ob .cit, p. 132.

- Unos días después de publicada la ley anterior, específicamente el 31 de mayo de 1990 se publica la Ley 25219 la misma que se aplicaba a los trabajadores del complejo Petrolero que pertenecían a la actividad privada, asimilados a Petro Perú y adicionalmente que hayan ingresado hasta el 11 de julio de 1962. Así pues, se considera que estos trabajadores están incorporados al régimen del D.Ley 20530.³⁸

Art. 1.- Los trabajadores del Complejo Petrolero y similares de la actividad privada que fueron asimilados a PETRO PERU, ingresados hasta el 11 de julio de 1962, quedan incorporados al régimen de pensiones previstos por el Decreto Ley 20530, equiparándose así con las pensiones de los trabajadores jubilados provenientes de la ex Empresa Petrolera Fiscal.

El problema respecto a esta Ley radica en que se considera a trabajadores bajo el régimen privado que posteriormente fueron asimilados a Petro Perú, comprendidos bajo el régimen del D.Ley 20530, siendo este un régimen para servidores públicos. De esta forma, se va considerando a más gente dentro del régimen del D. Ley 20530.

- Menos de un mes después de la entrada en vigencia de la Ley anterior, es decir el 14 de junio de 1990 se publicó la Ley 25243 en cuyo único artículo comprende a los militares y policías. Así pues, considera el tiempo de servicios prestados por estas personas como servicios prestados para el Estado, cuando en un principio este grupo no estaría comprendido dentro de la Carrera Administrativa tal como lo señala el artículo 2 del Decreto Legislativo 276:

Artículo 2.- No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero si en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.

No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.

- Luego el 17 de julio de 1990 se publica la Ley 25273 la cual se aplica a los servidores públicos que cumplieran con los siguientes requisitos:

a) Deben haber ingresado a laborar para el Estado bajo la Ley 11377 antes del 12 de julio de 1962;

³⁸ LEY 25219 de mayo de 1990, artículo 1.

- b) Estar comprendidos en la Ley de Goces;
- c) Se encuentren laborando al momento de vigencia de esta Ley (17 de julio de 1990), sin solución de continuidad en empresas públicas o privadas; y
- d) Al momento de traspaso debían estar aportando al Régimen de Pensiones del Estado. Para estos trabajadores se ordena su reincorporación al régimen del D, Ley 20530:

Artículo 1.- Reincorpóranse en los alcances del Decreto Ley 20530, a aquellos servidores que ingresaron a prestar servicios al Sector Público bajo el régimen de la Ley No. 11377, antes del 12 de julio de 1962, comprendidos en la Ley General de Goces del 22 de enero de 1850, y que a la fecha se encontraran laborando sin solución de continuidad en las empresas estatales de derecho público o privado, siempre que al momento de pasar a pertenecer a las referidas empresas hubieran estado aportando al Régimen de Pensiones a cargo del Estado.

A partir del texto anterior podemos ver que hay un grupo de servidores públicos que trabajaron hasta antes del 12 de julio de 1962, incluso estuvieron incorporados bajo la Ley de Goces sin embargo dejaron de prestar servicios al Estado para laborar bajo empresas ya sean públicas o privadas, lo cual debía realizarse de manera ininterrumpida. Asimismo, al momento de pasar a pertenecer a las referidas empresas, debían haber aportado al régimen de pensiones a cargo del Estado. Sin embargo, mediante esta Ley se permite que este grupo de personas se reincorporen al régimen del D. Ley 20530, a pesar de que al momento de dictado de la ley ya no se encuentran laborando para el régimen público, sino ya estaban sujetos al régimen laboral de la actividad privada aunque antes habían pertenecido a la carrera administrativa, habiendo pasado de la administración pública a la empresa sin interrupción.

Para comprender el dictado de esta ley es necesario investigar sus antecedentes y motivaciones. Debemos precisar que las que son hoy empresas públicas anteriormente eran entidades públicas cuyo régimen laboral era el de la Ley N° 11377. Sin embargo, al darles la naturaleza de empresa o incorporarlas en la misma se les cambió al régimen laboral bajo la Ley 4916. De esta forma, los trabajadores de entidades públicas bajo el régimen de la Ley 11377 pasaron a formar parte de la

empresa pública pero con un régimen laboral distinto. Por ejemplo: los trabajadores de la Empresa Petrolera Fiscal se encontraban bajo la Ley 11377 pero luego pasaron a PETROPERU por mandato legal y cambiaron su régimen a la Ley 4916.³⁹

Con este cambio se originó un gran problema puesto que algunos de estos servidores había ingresado a laborar antes del 12 de julio de 1962 y tenían la expectativa de obtener una pensión bajo el Decreto Ley 20530 sin embargo tal posibilidad se frustró puesto que se les cambió de régimen. De esta forma, se generó que muchos servidores de edad avanzada no podían obtener pensión, ni del régimen del D. Ley 19990 ni del D. Ley 20530 puesto que no reunían en ninguno de los dos los requisitos de tiempo y otros para obtener una pensión.

De esta forma, la Ley 25273 se dictó con la finalidad de solucionar este problema y hacer justicia a estos servidores al permitirles acumular de forma excepcional el tiempo de servicios prestados bajo los regímenes de las Leyes 11377 y 4916 para así permitirles obtener una pensión.

La dación de esta ley ha generado la errónea creencia de que la Ley 25273 ha modificado los esquemas de los Decretos Leyes 19990 y 20530, especialmente el artículo 14 de este último, el cual prohíbe la acumulación de tiempo de servicios prestados bajo el régimen de la actividad privada con los de la pública. Sin embargo, no es la finalidad de esta ley derogar este artículo sino que establece una excepción para este caso puntual y así solucionar el problema de un grupo de empleados que se vieron perjudicados por el cambio de régimen jubilatorio.⁴⁰

Las consideraciones de la Ley 25273 aparecen en el Dictamen Conjunto N° 2839 de fecha 16 de mayo de 1990 de las Comisiones de Trabajo, Seguridad Social y Economía y Finanzas de la Cámara de Diputados. Según este Dictamen la Ley 25273 se ha dictado con la finalidad de proteger a los servidores que ingresaron a laborar

³⁹ ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Ob. cit.*, p. 134.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 135-136

antes del 11 de julio de 1962 bajo la Ley 11377 pero que con posterioridad fueron incorporados en empresas públicas con régimen laboral privado impidiéndoles obtener una pensión a cargo del Estado. Incluso en algunos casos, tampoco podían acogerse al Decreto Ley 19990 para así poder una pensión, puesto que no reunían el mínimo de años requeridos de aportación al IPSS.⁴¹

Finalmente debemos tener en cuenta lo citado por el autor Romero Montes: *"Cuando del tenor literal de un dispositivo legal no fluye claramente el sentido de la norma, es necesario recurrir a sus motivaciones, es decir a sus consideraciones o fundamentos."*⁴²

- El 17 de enero de 1991 se publicó la Ley 25303 llamada la Ley Anual sobre el Presupuesto para el Ejercicio de 1991, la misma que fue prorrogada para el ejercicio de 1992 por el artículo 269 de la Ley 25388, lo mismo sucedió para 1993 mediante el art. 24 de la Ley 25986 y finalmente se reiteró de manera expresa en la Novena Disposición Transitoria de la Ley del Presupuesto para 1994 , Ley N° 26269.

La Ley 25303 disponía en su artículo 292 que esta ley estaría dirigida a todos aquellos que recibían pensión ya sea de jubilación, cesantía, montepío, gracia, viudez, sobrevivencia o cualquier otro concepto. Asimismo, requería que se tratara de un ex trabajador o beneficiario que estuviera a cargo del Sector Público y Empresas del Estado. Esta Ley disponía topes para los pensionistas puesto que señalaba expresamente que no podían percibir pensiones mayores a las que recibe *"mensualmente el funcionario del más alto nivel Administrativo del Sector al cual pertenece la Empresa o Institución."*⁴³

Por lo tanto, se estableció topes a las pensiones en 1991 sin embargo ante esta situación 21 senadores y 61 diputados del Congreso de la República, plantearon una Acción de Inconstitucionalidad que fue declarada infundada por el Tribunal de Garantías

⁴¹ Ibíd., p. 136.

⁴² Idem.

⁴³ LEY 25303 de enero de 1991, artículo 292.

Constitucionales mediante Resolución del 18 de diciembre de 1991. Esta Resolución indicaba que el tope establecido era constitucional puesto que concordaba con lo establecido por el artículo 201 de la Constitución de 1979, en donde se reconocía al Presidente de la República como máximo funcionario público. Asimismo, el Tribunal señaló que:⁴⁴

(...)por consiguiente ningún funcionario o pensionista, o beneficiario del sector administrativo que esté ubicado debajo de esa cúspide, puede legalmente, disfrutar de una remuneración o pensión superior a la que corresponde al Jefe de Estado.

De la misma manera, estos topes se basaron en el artículo 57 del Decreto Ley 20530 el cual señalaba que el monto máximo de las pensiones se establece por la Ley del Presupuesto del Sector Público Nacional. Por lo tanto mediante este artículo se reconocía la facultad de establecer topes si así lo determinaban las leyes de presupuesto.⁴⁵

- El 23 de abril de 1991 se promulgó el Decreto Supremo No. 084-91- PCM en el cual se precisa que para tener derecho a gozar de una pensión inherente al último cargo desempeñado por el funcionario este deberá desempeñarlo en forma real y efectiva por un período no menos de 6 meses en forma seguida o 12 meses si es acumulado.⁴⁶

- El 18 de junio de 1991 se publicó la Ley 25333, en ese momento Alberto Fujimori era Presidente del Perú. Esta ley se aplicaba a los profesionales titulados en los Institutos Superiores Tecnológicos. De esta forma en el art. 1 de la mencionada Ley se les consideraba comprendidos dentro del inciso a) del artículo 9 del Decreto Legislativo 276, conocida como la Ley de bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. En su artículo 2 indica que son considerados profesionales nivel "E". Así a estas personas se les consideraría como parte del Grupo

⁴⁴ MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit., p. 29.

⁴⁵ Ibíd., p. 28.

⁴⁶ ANACLETO GUERRERO, Victor Ruperto. Ob. cit., p. 158.

Profesional que anteriormente sólo comprendía a aquellos con título universitario y por ende les corresponderá una remuneración mayor.

- El 4 de diciembre de 1991 se publicó el Decreto Legislativo 767, conocida como la Ley Orgánica del Poder Judicial cuyo artículo 197 se aplicaba a los magistrados del Poder Judicial que hubieren laborado por lo menos 10 años para dicha Entidad. Para los magistrados que cumplieran con este requisito se les permitía su incorporación al régimen del Decreto Ley 20530.⁴⁷

Art. 197.- Los Magistrados incluidos en la Carrera Judicial, sin excepción están comprendidos en el régimen de pensiones y compensaciones que establece el Decreto Ley N° 20530 y sus normas complementarias, siempre que hubieran laborado en el Poder Judicial por lo menos diez años. La compensación por tiempo de servicios, en todos los casos, se calcula agregando a la remuneración principal toda otra cantidad que perciban en forma permanente salvo las que tienen aplicación a un determinado gasto que no sea de libre disposición.

Debemos tener en cuenta que en un comienzo estos servidores no fueron incorporados dentro del régimen de pensiones a cargo de la seguridad social en el año 1962, sino que continuaron bajo la Ley de Goces de 1850 hasta el 1° de mayo de 1973, fecha en que el Decreto Ley 19990 los incorporó dentro del IPSS. De esta forma, los magistrados que entraran a laborar a partir del 1° de mayo de 1973 estaban comprendidos en el régimen del D. Ley 19990.⁴⁸

Sin embargo, con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1991 modificó la situación descrita anteriormente puesto que ordenaba que los magistrados incluidos en la carrera judicial quedarían comprendidos bajo el régimen de pensiones del D.Ley 20530, siempre y cuando hubieren laborado en el Poder Judicial por lo menos diez años.⁴⁹

Esto significa que se cambia el régimen de los magistrados, de pertenecer en un primer momento al D. Ley 19990 para luego pasar al D. Ley 20530 con el único

⁴⁷ DECRETO LEGISLATIVO 767 de noviembre, 1991, artículo 197.

⁴⁸ ROMERO MONTES, Francisco Javier. Ob. cit., p.131.

⁴⁹ Ídem.

requisito de tener por lo menos 10 años de servicios. De esta forma, se permite tener una pensión con tan sólo 10 años de servicios y no toma en cuenta ni la edad, ni la fecha de ingreso a laborar, permaneciendo abierto para todos los magistrados.

1.4. La etapa de la declaración de nulidad de incorporaciones indebidas

A partir de las incorporaciones indebidas mencionadas anteriormente y agregándole a ello el hecho de que cada entidad asumía un criterio propio para resolver las solicitudes pensionarias, generaba una situación en la que habían distintas interpretaciones sobre los artículos del Decreto Ley 20530. A esto se le suma los pronunciamientos equívocos dictados por el Tribunal de la Administración Pública, que poseían calidad de precedente obligatorio para todas las sedes administrativas. Entre ellos podemos encontrar aquella interpretación de la Ley N° 24156 en donde se consideró que los 4 años de formación profesional podía anteponerse al inicio real de servicios, por ejemplo tenemos a la Resolución N° 009-90-TNSC del 23 de julio de 1990 de observancia obligatoria que recoge dicho criterio.⁵⁰

Ante la situación descrita anteriormente y con la finalidad de terminar con las incorporaciones o reincorporaciones indebidas, el Ejecutivo decide expedir el Decreto Legislativo 763 publicado el 15 de noviembre de 1991. Este Decreto Legislativo está dirigido a aquellos servidores cuyo incorporación contraviene las normas.

De esta forma en la parte inicial señala que en atención al artículo 59, segunda parte de la Constitución Política de 1979 y el artículo 2 del Decreto Legislativo 276, aquellos trabajadores que prestan servicios en empresas del Estado no se encuentran comprendidos en la carrera administrativa y por ende resulta improcedente su incorporación o reincorporación al régimen del Decreto Ley 20530. Asimismo, señala que muchas de estas se producen en contravención de las normas y esto genera un incremento de gasto y *“además de poner en peligro la subsistencia del régimen, con*

⁵⁰ ABANTO REVILLA, César, Ob. cit., p. 36.

daño potencial tanto de quienes vienen percibiendo pensión cuanto de quienes tienen la posibilidad de acceder a este beneficio”⁵¹

El contenido del mencionado Decreto es el siguiente:⁵²

Artículo 1º. Es nula de pleno derecho y en consecuencia está prohibida toda incorporación o reincorporación al régimen del Decreto Ley No. 20530 que se haya efectuado o se efectúe, con violación del artículo 14 de la citada norma.

No se encuentran comprendidos en el presente artículo los casos contemplados en las Leyes Nos. 25146, 25219 y 25273, que se contraen a trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley No. 11377 que, por imperio de la Ley y sin solución de continuidad, pasaron al régimen laboral de la actividad privada.

Artículo 2.- Al resolver todo procedimiento administrativo o judicial sobre pedido de incorporación o reincorporación al régimen del Decreto Ley No. 20530, en los cuales se pretenda acumular servicios prestados bajo regímenes laborales diferentes, deberá observarse lo establecido en el artículo 14 de la citada norma, sin perjuicio de los casos de excepción citados en el artículo anterior.

A partir del texto anterior podemos ver que queda prohibida la incorporación o reincorporación al régimen del Decreto Ley 20530 que se haya realizado en contravención al artículo 14 de dicha norma. Según dicho artículo señala que NO son acumulables con el Sector Público los tiempos de servicios prestados:⁵³

- a) A otro Sector que no sea público.
- b) Al Sector Público pero bajo el régimen laboral de la actividad privada, salvo el caso de la Décimo Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley 19990.
- c) Los prestados a la Fuerza Armada o Fuerza Policial con los servicios civiles ya sea bajo el régimen de la actividad pública o privado. Sólo se considerarán acumulables los servicios militares con los civiles siempre que estos últimos se desarrollen bajo el régimen de la actividad pública y se hayan prestado con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley 20530.

Por lo tanto serán declaradas nulas de pleno derecho dichas incorporaciones o reincorporaciones, sin embargo se exceptúan los casos de las siguientes leyes:

⁵¹ DECRETO LEGISLATIVO 763 de noviembre de 1991, artículo 1.

⁵² DECRETO LEGISLATIVO 763 de noviembre de 1991, artículos 1 y 2.

⁵³ DECRETO LEY 20530 de febrero, 1974, artículo 14.

- Ley 25146: referido a los trabajadores del Banco de la Nación, los cuales seguirían formando parte del régimen del D. Ley 20530 y la nivelación se produciría respecto de servidores activos.
- Ley 25219: referido a los trabajadores del Complejo Petrolero y similares de la actividad privada asimilados a Petro Perú seguirán siendo considerados bajo este régimen.
- Ley 25273: referido a los trabajadores públicos que luego pasaron al régimen laboral privado y a los cuales se les ordena su reincorporación al régimen del D. Ley 20530.

De la misma forma, en el artículo 2 se reitera lo ordenado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 763. Indica que al momento de resolver algún procedimiento administrativo o proceso judicial referido a casos de incorporación o reincorporación deberá respetarse el ya mencionado artículo 14, salvo las excepciones.

Asimismo, en su último artículo se señala expresamente que se deroga la Ley N° 23329 la misma que dispone que los servidores del Sector Público, que son cesantes, que ingresaron antes del 11 de julio de 1962, y que hubieran reingresado a trabajar para el Estado, dejarán de recibir sus pensiones. Sin embargo, el tiempo laborado durante su reingreso computa como años de servicio que se pueden acumular para el derecho a la pensión.

Por lo tanto, gracias a esta norma las empresas y entidades del Estado se dedicaron a identificar los casos y procedieron a realizar las desincorporaciones correspondientes. Para ello emitieron resoluciones administrativas que declararon la nulidad de estas incorporaciones indebidas, sin necesidad de un previo pronunciamiento jurisdiccional. Sin embargo, los pensionistas en lugar de cuestionar jurisdiccionalmente tales decisiones para verificar la legalidad o no del acto, decidieron acudir a la vía de acción de amparo y así obtuvieron medidas cautelares que establecían que en tanto se

resolvieran las pretensiones, el Estado y las empresas públicas seguían obligados a efectuar el pago de las pensiones correspondientes.⁵⁴

Finalmente, tras algunos años, puesto que la conformación del nuevo Tribunal Constitucional se dio en 1995, se resolvieron las demandas interpuestas de forma favorable, ya sea por el Tribunal Constitucional y por el Poder Judicial según los casos. En la totalidad de casos el TC estableció que las entidades públicas y las empresas del Estado no podían realizar las desincorporaciones de manera unilateral debiendo recurrir a la acción de nulidad de dichas incorporaciones para así poder establecer recién en sede judicial si procedían o no. Sin embargo, hubo muchos casos en donde no se pudieron interponer las acciones de nulidad puesto que ya habían prescrito y ante esta situación simplemente se consolidó ese derecho.⁵⁵

- A partir de los acontecimientos anteriores, el 10 de febrero de 1992 se publica la Ley 25400, en cuyo artículo 1 deroga el Decreto Legislativo 763 al que hicimos referencia anteriormente, es decir deroga el Decreto que permitía declarar la nulidad de pleno derecho de incorporaciones indebidas. Adicionalmente, en su artículo 2 indica lo siguiente:⁵⁶

Artículo 2.- Desígnase una Comisión Técnica encargada de elaborar en el término de 30 días y presentar a través del Poder Ejecutivo, un proyecto de ley que regule en forma integral y definitiva la aplicación en el futuro del régimen pensionario del Decreto Ley 20530, dejando a salvo los derechos adquiridos hasta la dación de la presente ley.
(...)

Así, podemos ver que se requiere presentar un proyecto de ley para aplicar el régimen pensionario y adicionalmente se exige el respeto por los derechos adquiridos hasta que se presente la nueva Ley.

- El 28 de abril de 1992 se publicó el Decreto Ley 25456, el cual en su artículo único deroga la Ley 25400 y restituye la vigencia del Decreto Legislativo 763. Es decir, se

⁵⁴ MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit., p. 28.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ LEY 25400 de febrero de 1992, artículo 2.

vuelve a permitir la declaración de nulidad de las incorporaciones realizadas en contra del Art. 14 del D. Ley 20530.

- En el año 1993, durante el gobierno de Alberto Fujimori, se pone en vigencia la Constitución Política del Perú hasta hoy vigente. A esta fecha ya se había dado un golpe de estado el 5 de abril de 1992, aboliendo la Constitución de 1979, cerrando el Congreso e interviniendo el Palacio de Justicia. A pesar de haber protestas, la OEA aceptó rápidamente la situación y no puso mayores objeciones al gobierno golpista. De esta forma se conformó entonces el denominado Congreso Constituyente Democrático (CCD), el cual elaboró la Constitución de 1993, que permitía la reelección presidencial inmediata para un periodo, a diferencia de la anterior, que la prohibía.⁵⁷

Esta Constitución reconocía en su Primera Disposición Final y Transitoria la teoría de los derechos adquiridos para materia previsional, tal como lo explicaremos más adelante.

- Años después, el 23 de abril de 1996 se publica el Decreto Legislativo 817 bajo el segundo gobierno de Alberto Fujimori (1995-2000). Esta ley le otorga a la Oficina Nacional de Pensiones (ONP) competencia exclusiva para el reconocimiento y calificación de derechos pensionarios adquiridos legalmente derivados del Decreto Ley 20530, mediante el artículo 4. Dicho artículo también reconoce a la ONP como única entidad competente para reconocer y otorgar los derechos pensionarios, es decir se le da una facultad exclusiva.

Asimismo, reconoce la facultad imprescriptible de declarar nulas las incorporaciones indebidas que deberá realizarse de oficio.

⁵⁷ Primer Gobierno de Fujimori, 19 de octubre, 2007.
http://wiki.sumaqperu.com/es/Primer_gobierno_de_Fujimori

De la misma manera, la ONP asumiría la defensa de los intereses del Estado en todos los procesos judiciales sobre derechos pensionarios, siendo necesario que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial crearía las instancias especializadas para poder aplicar esta ley.

En su artículo 5 señala una definición para los derechos adquiridos:⁵⁸

Artículo 5.- Para efectos del otorgamiento y reconocimiento de los beneficios previsionales por parte de la ONP, se entiende por derecho legalmente obtenido exclusivamente aquél que en forma inequívoca se deriva del estricto cumplimiento de los requisitos que fijan las normas que regulan el acceso, la adquisición y el goce de dichos beneficios, cualquiera sea el régimen pensionario que los establezca. Son nulas de pleno derecho las incorporaciones y reincorporaciones efectuadas con infracción de lo establecido en las normas del Decreto Ley 20530, con sus respectivas normas modificatorias y del Decreto Legislativo N° 763, que no constituye derechos legalmente adquiridos al amparo de la Primera y Tercera Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución y de las disposiciones de la presente Ley. Asimismo, son nulas las incorporaciones y reincorporaciones efectuadas con infracción de cualquier norma legal que regule otros regímenes pensionarios.

A partir del texto anterior podemos ver que la definición de derechos adquiridos se refiere a aquel derecho que ha sido obtenido legalmente sólo si proviene del cumplimiento de las normas. Es decir, sólo será considerado derecho adquirido aquel obtenido en cumplimiento de las normas que regulan ya sea el acceso a la pensión y su goce. Por lo tanto, serán consideradas nulas de pleno derecho aquellas incorporaciones que han infringido lo establecido por el D. Leg. 20530 y por lo tanto no serán derechos adquiridos. Si se detecta alguna incorporación que ha sido amparada por una norma que ha contravenido en forma expresa lo dispuesto por el D. Leg 20530, deberá ser considerada como indebida y por lo tanto no constituye un derecho adquirido y en consecuencia podrá ser declarada nula de pleno derecho.

- El 23 de abril de 1997 el Tribunal Constitucional emitió una Resolución sobre una Acción de Inconstitucionalidad que se había iniciado contra el Decreto Legislativo 817. El TC declaró inconstitucionales diversos artículos mediante una sentencia recaída en el Expediente N° 008-96-I/TC.

⁵⁸ DECRETO LEGISLATIVO 817 de abril de 1996, artículo 5.

En el fundamento N° 18 de la resolución señala que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 que consagraba la cédula viva cuando se había cumplido por lo menos 20 años de servicios , había derogado el artículo 57 del Decreto Ley N° 20530. Este artículo, tal como lo explicamos anteriormente, disponía la posibilidad de imponer topes a las pensiones.

Según la opinión de MORALES CORRALES ese fallo no evaluó el criterio establecido por el Tribunal de Garantías Constitucionales en su Resolución de 1991 que establecía que el tope era constitucional y el tope establecido se refería a la remuneración del Presidente de la República (art. 202 Constitución de 1979). Este autor critica que el fallo del TC no señala las razones por las cuales se aparta del criterio anterior, a lo más indicó que los topes eran factibles si al 24 de abril de 1996, fecha en que entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 817, los servidores públicos aún no habían alcanzado los 20 años de servicios y por ende no habrían adquirido tal derecho.⁵⁹

- Posteriormente, el 4 de julio de 1997 se publicó la Ley N° 26835, norma que recogía los artículos no derogados por el Tribunal Constitucional y para ello establecía en su artículo 7° un proceso sumarísimo especial mediante el cual la ONP puede cuestionar los actos de incorporación, reincorporación, reconocimiento y calificación de derechos pensionarios adquiridos indebidamente. Asimismo, también permitía acumularlo con la pretensión de devolución de lo indebidamente cobrado.

La Quinta Disposición Complementaria establecía lo siguiente:⁶⁰

QUINTA.- De conformidad con lo dispuesto en la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 23 de abril de 1997, recaída en la causa No 008-96-I/PC, las pensiones renovables del Régimen del Decreto Ley 20530, obtenidas legalmente en fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo No. 817, se nivelan con los haberes de los servidores públicos en actividad del mismo cargo o cargo equivalente.

⁵⁹ MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit., p. 29.

⁶⁰ LEY 26835 de julio de 1997, 5ta Disposición Complementaria.

Podemos ver que la norma citada permite que las pensiones renovables del D. Ley 20530 se nivelen con los haberes de los servidores públicos en actividad del mismo cargo o equivalente. Esto se hace con la finalidad de evitar que las nivelaciones se realicen respecto de entidades o empresas del Estado que posean el régimen laboral de la actividad privada.⁶¹

Sin embargo, esta norma fue sometida a una acción de inconstitucionalidad, proceso que culminó el 27 de junio del 2001 fecha en la que se publicó en el diario El Peruano la sentencia del Tribunal Constitucional referido al Expediente N° 001-98-I/TC. Mediante la referida resolución se declaró inconstitucionales la mayoría de sus artículos, dentro de los cuales se encuentra el artículo que faculta a la ONP como ente exclusivo para reconocer derechos pensionarios pertenecientes al régimen del Decreto Ley N° 20530.⁶²

- El 12 de mayo del 2002 se publicó la Ley N° 27719, tras una coyuntura en la que hubo miles de solicitudes pendientes de resolver en sede administrativa, puesto que la ONP había perdido la facultad de calificar derechos pensionarios.

Esta Ley mediante su artículo 1 otorgaba a las entidades en las cuales se haya prestado servicios la competencia para el reconocimiento, declaración, calificación y pago de los derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530., así como la representación legal del Estado ante el Poder Judicial:⁶³

Artículo 1.- El reconocimiento, declaración, calificación y pago de los derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del Decreto Ley 20530 y sus normas complementarias y modificatorias, a cargo del Estado, son efectuadas en forma descentralizada por los Ministerios, Organismos Públicos Descentralizados, Instituciones Autónomas, Gobiernos Locales, Empresas Públicas y demás Entidades donde prestó servicios el beneficiario; entidades que tendrán la representación legal del Estado ante el Poder Judicial.

Más adelante en el artículo 9 indican que la ONP seguirá encargado del pago de las pensiones siempre y cuando las Entidades Públicas cuenten con disponibilidad

⁶¹ MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit., p. 29.

⁶² ABANTO REVILLA, César. Ob. cit., p.37.

⁶³ LEY 27719 de mayo de 2002, artículo 1.

presupuestal, legajo personal y la información correspondiente al proceso y reconocimiento de derechos pensionarios.

- El 6 de agosto del 2002 el Tribunal Constitucional emitió una sentencia mediante la cual señalaba que sólo bastaba tener la calidad de servidor público sin interesar la fecha de ingreso, siempre y cuando acreditara por lo menos 15 años de servicios en el caso de los varones o 12 y medio si se trataba de las mujeres. Según el Instituto Peruano de Economía en su Comentario Diario del día 5 de junio del 2003, de 330,000 pensionistas afiliados el régimen del D. Ley 20530, ya sean trabajadores activos o pasivos, se pasó a 837,000 personas, siendo esta una cantidad considerable que superó el Producto Bruto Interno del 2002 que llegó a 156 mil millones de dólares.⁶⁴

- El 18 de junio del 2003 se emitió la sentencia por el Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente N° 189-2002-AA/TC, publicada el 27 de junio en el Diario Oficial El Peruano. Mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró expresamente que el régimen pensionario correspondiente al Decreto Ley N° 20530 es de “carácter cerrado”, y reconoce que posteriores modificaciones lo abrieron de forma indebida.

Es decir con este pronunciamiento el TC hace un *mea culpa* y admite que los criterios usados anteriormente eran equívocos.⁶⁵

Tenemos como ejemplo al caso iniciado por un recurso extraordinario interpuesto por el Sr. Carlos Maldonado Duarte quien laboró desde octubre de 1956 al 31 de octubre de 1982 en el Ministerio de Hacienda, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, por lo tanto se encontraba dentro de los alcances de la Ley de Goces y era un servidor público bajo el régimen laboral de la Ley N° 11377 . Posteriormente y de forma

⁶⁴ MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit., p. 30.

⁶⁵ Ídem.

inmediata tuvo que ser reasignado a la Superintendencia de Banca y Seguros, donde laboró desde el 01 de setiembre de 1982. Atendiendo a estas circunstancias, el demandante, según el fundamento N° 11 de la sentencia, ya obtuvo el derecho adquirido a pensión renovable.

Sin embargo, adquiere este derecho gracias a su pertenencia al D. Ley 20530 y no por la Ley N° 24366, que por cierto el demandante alegaba en su defensa. Esto se da ya que esta Ley sólo se aplica para aquellos pensionistas que se van a reincorporar, sin embargo en este caso el demandante ya se encontraba dentro del régimen del D. Ley 20530.⁶⁶

Respecto a su nivelación, el TC señala que efectivamente le corresponde este derecho puesto que tiene más de 20 años de servicios al Estado, tal como lo indicaba la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1979. La nivelación se realiza respecto de los haberes del funcionario que ocupa actualmente el cargo del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto Ley N.° 20530.

Sin embargo, la pretensión del demandante es efectuar la nivelación con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada puesto que los trabajadores de la Superintendencia de Banca y Seguros pertenecen al régimen laboral de la actividad privada, y el TC se ha pronunciado sobre este aspecto y señala que NO procede.⁶⁷

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Maldonado Duarte contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 392, su fecha 10 de mayo de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos, EXP. N° 189-2002-AA/TC, 18 de junio del 2003, fundamento 11.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00189-2002-AA.html>

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Maldonado Duarte contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 392, su fecha 10 de mayo de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos, EXP. N° 189-2002-AA/TC, 18 de junio del 2003, fundamento 16.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00189-2002-AA.html>

Otro aspecto que también se discute es que mediante Resolución SBS 485-87 (16 de julio de 1987) se reincorporó al demandante en el régimen del Decreto Ley N.° 20530, y mediante la Resolución Administrativa SBS N.° 421-90, (5 de julio de 1990) se le otorgó pensión de cesantía nivelable. Sin embargo, después, fuera de los plazos de ley y sin mediar proceso judicial, en forma unilateral, a través de la Resolución SBS N.° 220-93 (27 de mayo de 1993), la demandada declaró la nulidad de la resolución que le otorgó al demandante su pensión de cesantía. Sobre este punto el TC en su fundamento N° 17 señala expresamente:⁶⁸

Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 008-96-AI-TC, este Tribunal considera que los derechos pensionarios adquiridos por el demandante al amparo del Decreto Ley N.° 20530, no pueden ser desconocidos por la demandada en forma unilateral, puesto que contra resoluciones que constituyen cosa decidida, sólo procede determinar su nulidad a través de un proceso regular en sede judicial; siendo así, en el presente caso, se encuentra acreditada la vulneración de los derechos constitucionales invocados por el demandante.

En consecuencia, a partir de la sentencia a la que hacemos referencia el TC considera que la declaración unilateral de nulidad de resoluciones que reconocen derechos pensionarios no procede puesto que para esos casos es necesario ante todo someterlo a sede judicial y no resolverlo administrativamente, decisión que resulta acertada. Asimismo, señala que estos derechos pensionarios constituyen derechos adquiridos y es imprescindible respetarlos ya que no se pueden desconocer de forma unilateral.

Hubo un pronunciamiento anterior del Poder Judicial en el que la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público sentenció en segunda y última instancia

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Maldonado Duarte contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 392, su fecha 10 de mayo de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos, EXP. N° 189-2002-AA/TC, 18 de junio del 2003, fundamento 17.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00189-2002-AA.html>

que la nivelación de pensiones se hace respecto al “*régimen laboral al que perteneció el trabajador al momento del cese*” sin tener en cuenta si éste es público o privado.⁶⁹

Debemos tener en cuenta que es un régimen destinado para los servidores públicos del Decreto Legislativo 276, el mismo que prohíbe la acumulación de tiempo de servicios con el régimen laboral de la actividad privada. Es por ello que resulta contradictoria la nivelación con la remuneración recibida bajo dicho régimen.

Por otro lado la sentencia del TC a la que hacemos referencia aborda otros puntos importantes tales como:⁷⁰

a) En su fundamento N° 10 hace referencia a la acumulación de 4 años de formación profesional y considera que este abono se agrega con posterioridad a los años efectivamente servidos al Estado y no con anterioridad. Es decir, no se debe agregar al inicio de su relación laboral, haciendo una errónea sumatoria retroactiva, sino como el propio artículo 41° del Decreto Ley N.° 20530 lo establecía, se abona después de cumplir los quince o doce y medio años según corresponda. En el pasado siguiendo antecedentes jurisprudenciales, se aplicó en algunos casos esa errónea sumatoria retroactiva, es por esa razón que el Tribunal Constitucional a partir de esta fecha y para futuro rechaza esa interpretación.

b) En su fundamento N° 11° reconoce que el régimen pensionario no sólo debe ser justo, sino también factible, eficaz y sostenido por cálculos actuariales realistas”, por la importancia del caso examinado el Tribunal Constitucional ha considerado necesario reabrir y profundizar el examen de la materia . En virtud de la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú , “*ha resuelto apartarse del criterio adoptado, precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso al régimen del Decreto Ley N.° 20530*”.

⁶⁹ Sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público, 28 de diciembre de 1999 publicado en el Peruano el 18 de junio del 2000, fundamento Quinto.

⁷⁰ MORALES CORRALES, Pedro. *Ob. cit.*, pp. 30-31.

1.5. La Reforma Constitucional

Ante la situación descrita anteriormente, el Tribunal Constitucional hace una serie de recomendaciones en materia previsional. Así pues, mediante el pronunciamiento en el caso Maldonado Duarte, se hace por primera vez recomendaciones de legislación sobre pensiones. El TC señala que debe legislarse sobre el monto de las pensiones para que así no existan abismales diferencias en su cuantía.

Así pues, el TC plantea la integración entre las reglas constitucionales y su aplicación en función del gasto público ya que el sistema comprende no sólo el ejercicio del derecho sino también la administración de los recursos que se utilizan para el pago de las pensiones. Estos elementos son interdependientes entre sí y no se pueden examinar de manera aislada.

Asimismo, el Tribunal señala que es necesario legislar sobre el monto de las pensiones para que de esta forma no existan abismales diferencias, esto supone por un lado reestructurar el sistema mediante la unificación o tratamiento normativo uniforme para el régimen del D. Ley 19990 y los del D. Ley 20530. Esta regulación debe suponer el respeto a los derechos legalmente obtenidos y garantizados por la 1DFT. Por otro lado, señala que es necesario imponer topes a las pensiones para reducir el monto de las mismas.⁷¹

Podemos ver que el Tribunal Constitucional recomienda una modificación legislativa que tenga en cuenta los principios constitucionales y los artículos I y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, tal como lo señala expresamente el Considerando N° 20 del caso Maldonado:⁷²

Finalmente, este Colegiado considera que en aplicación de las Disposiciones Primera y Undécima de la Constitución Política del Perú y de la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 20530, debe legislarse sobre el monto de pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga. Asimismo, estima su deber formular un llamado para que, de conformidad con los principios constitucionales respectivos, se revise y perfeccione el sistema de la Seguridad

⁷¹ GARCÍA GRANARA, Fernando. “Cédula viva, seguridad social y reforma previsional”, *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, Año 9, No. 58, julio 2003, p. 60.

⁷² *Ibíd.*, p. 59.

Social, teniendo en cuenta los artículos I y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Según el autor GARCÍA GRANARA, la reforma previsional implica establecer un nuevo marco normativo en el cual hayan dos vías complementarias:⁷³

- a) De orden constitucional: se exige la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución para adoptar un nuevo texto mediante el cual se ponga en vigencia una nueva regulación pensionaria aplicable a todos los pensionistas, que incluya la aplicación de topes y sometimiento de las pensiones a los tributos.
- b) De orden legal: que implica la reestructuración del sistema de pensiones y remuneraciones del sector público a fines de establecer las pensiones en función de los recursos y a favor de legítimos pensionistas. Para lograr este fin se requiere la identificación de los casos irregulares y la definición de su revisión judicial.

En conclusión el nuevo marco legal debería basarse sobre cálculos actuariales que permita la subsistencia del sistema en beneficio de los propios pensionistas.

Por todo lo mencionado anteriormente es que se decide hacer un intento de reforma de la Constitución y para ello el Congreso de la República se reúne en dos oportunidades. La primera se da durante la Segunda Legislatura Ordinaria del 2003, el miércoles 26 de mayo del 2004, en la cual se aprobó en primera votación por 96 votos a favor, 5 en contra y 11 abstenciones el texto sustitutorio del proyecto de Ley de reforma constitucional de los artículos 11, 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución. La segunda se da durante la Primera Legislatura Ordinaria del 2004, el jueves 11 de noviembre del 2004, en la cual se aprobó en segunda votación el proyecto de reforma con 88 votos a favor, 13 en contra y 4 abstenciones.⁷⁴

⁷³ Ibíd., p.64.

⁷⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los Debates, Segunda Legislatura Ordinaria de 2003 y Primera Legislatura Ordinaria de 2004.

De esta forma se aprueba la Ley 28389 la misma que entró en vigencia el 16 de noviembre del 2004 mediante la cual :

a) En su artículo 1° modifica el art. 11 de la Constitución Política del Perú agregándose el siguiente texto: *La Ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado*

b) En su artículo 2 modifica el art. 103 de la Constitución Política del Perú mediante el cual se agrega lo siguiente:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las 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 efectos retroactivos, salvo, en ambos supuestos, en material penal cuando favorece al reo(...)

c) El artículo 3 modifica la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución y cambia el texto original por el siguiente:

Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 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 N° 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.*

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una UIT.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una UIT.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán girarse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación. (...)

Para la aplicación de las normas en el tiempo existen dos teorías, la de los derechos adquiridos y los hechos cumplidos. Nuestra Constitución hasta antes de la reforma adoptaba los hechos cumplidos de forma general y sólo de forma excepcional aplicaba los derechos adquiridos para ciertos casos específicos. En la 1 DFT se disponía que

para materia previsional, específicamente de aquellos pensionistas que pertenecen al D. Ley 20530 y 19990 se les iba a respetar los derechos adquiridos por ellos legalmente. Es decir, era una aplicación excepcional para proteger los derechos previsionales de los pensionistas y no un beneficio arbitrario, tal como a veces se trata de hacerlo aparecer frente a la ciudadanía.

Sin embargo, respecto al tema hay opiniones contradictorias en el ámbito nacional, por un lado están los que sostienen que esta reforma promueve la igualdad y estabilidad financiera, tal como lo dice Javier Neves: "*(La reforma) Está encaminada a producir equidad al interior del régimen 20530 y del régimen 19990, y a garantizar la estabilidad financiera de los regímenes pensionarios del Estado*"⁷⁵. Por otro lado, hay otros juristas tal como Carlos Blancas que señala que si el sistema se encuentra desfinanciado es por culpa misma del Estado quien no cumplió con sus aportes correspondientes: "*El hecho es que en 40 años de vigencia de la Ley 20530 el Estado no aportó lo que le correspondía*".⁷⁶

Tras la reforma que se realizó en noviembre del 2004, los pensionistas formularon demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sin embargo fueron declaradas infundadas en junio del 2005.

En el ámbito internacional, tras lo señalado anteriormente el 26 de setiembre del 2005, la Asociación de Pensionistas del Seguro Social, la Asociación de Pensionistas del Banco de la Nación, la Asociación de Pensionistas de Matarani, el Colegio de Abogados del Cusco y la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados del Perú han llevado el caso hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con la finalidad que lo vea la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte de San José de Costa Rica). Para el abogado laboralista, César Gonzales Hunt, quien

⁷⁵ Declaración de Javier Neves en CPN RADIO citada por AgenciaPeru.com, 12 noviembre 2004. www.agenciaperu.com/economia/2004/nov/neves_reforma.htm

⁷⁶ Declaración de Carlos Blancas obtenida del Diario La Razón, setiembre 2004. http://www.mintra.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=261

asesora al Estado en las audiencias: *"Se abre un espacio en el cual la CIDH buscaría un acuerdo entre las partes. Si este camino no prospera, la Comisión hace suya la denuncia y formula una acción contra el Estado ante la Corte de San José y para esto no hay un plazo fijo"*⁷⁷.

Los recurrentes han alegado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que mediante la reforma constitucional llevada a cabo mediante la Ley 28389 (publicada 17 de noviembre del 2004) y la Ley 28449 (publicada 30 de diciembre del 2004) se ha modificado el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley 20530 que permitía a sus beneficiarios percibir una pensión nivelable. Por ello asimismo indican que se han violado diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 2, 4, 10, 17, 21, 25, 25 y 26); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II, XVI, XVIII y XXIII) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 9 seguridad social).⁷⁸

El 1ro de mayo del 2006, la Comisión acumuló las peticiones bajo un mismo expediente 957-05 y el 3 de octubre del 2008 decidió diferir el análisis de admisibilidad a la etapa de fondo del asunto en virtud del artículo 37.3 de su Reglamento. De esta forma ambas partes presentaron sus observaciones y finalmente mediante el Informe N° 38-2009 de fecha 27 de marzo del 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que la petición es admisible pero que el Estado peruano no incurrió en violación de los derechos de los artículos 21, 25 y 26 de la Convención Americana, ni de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 del mismo. Asimismo, la CIDH concluyó que el pedido es INADMISIBLE respecto a los derechos reconocidos en los art. 4 (derecho a la vida), 10 (indemnización), 17 (derecho a la familia) y 24 (igualdad ante la ley). En consecuencia, la Comisión lamentablemente ha considerado

⁷⁷ RAMOS, Alonso. Caso de pensionistas de 20530 tiene para largo en fuero internacional, 22 de enero del 2007. <http://www.larepublica.com.pe/content/view/full/139710/483>

⁷⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 38/2009. Caso 12.670 Admisibilidad y fondo Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Perú, 27 de marzo, 2009, fundamento 1.

que no hubo violación alguna de los derechos fundamentales alegados por los recurrentes.⁷⁹

Sin embargo, debemos tener en cuenta que con fecha 21 de setiembre del 2007 la Comisión Internacional de Juristas se ha pronunciado sobre la reforma en un Amicus Curiae presentado por ella ante la CIDH, la que ha sido trasladada a las partes el 11 de diciembre del 2007. En la misma se pronuncia en forma negativa a la reforma teniendo en cuenta siguientes fundamentos, entre otros:⁸⁰

- Se estaría haciendo una aplicación retroactiva de la norma ya que no respeta los derechos adquiridos
- Desconoce el principio de cosa juzgada porque no reconoce sentencias judiciales firmes que reconocen o reafirman el derecho a obtener la pensión bajo determinadas condiciones.
- Se afecta el derecho de propiedad ya que el Estado no ha dado razones suficientes para demostrar que es necesario afectar este derecho para cumplir con los fines dispuestos. Asimismo se trata de una medida que no es proporcional ya que se han reducido las pensiones de forma sustancial.
- Hay ausencia de pago de indemnización por el Estado ya que se ha afectado de forma sustancial la pensión.
- El derecho a cobrar las pensiones en las condiciones pactadas implica el respeto al principio de buena fe, de previsibilidad y seguridad jurídica inherentes a todo Estado de Derecho. La modificación unilateral una vez cumplidos los requisitos es inaceptable.

Nuestra discusión se va a centrar en el artículo 3 de la Ley 28389 puesto que mediante él se eliminan los derechos adquiridos para los pensionistas del Decreto Ley 20530 y 19990, disponiendo la aplicación inmediata de la ley. Con esto se elimina el

⁷⁹ Ibíd., fundamento 150.

⁸⁰ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Amicus Curiae presentado por la Comisión Internacional de Juristas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Asociación de Ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otros casos contra Perú. fundamentos 30 al 74.

derecho a una pensión nivelable, lo cual sólo se produce si se cumplen 20 años de servicio, y se colocan topes de forma progresiva a quienes reciban pensiones mayores a dos UIT. Asimismo, se establece que se podrán hacer en el futuro otras modificaciones, pero teniendo como criterio principal la sostenibilidad financiera, es decir dependiendo de las condiciones económicas, lo cual quedará sujeto a la libre discrecionalidad del Estado. De esta forma, se cambia un criterio objetivo tal como la nivelación a un criterio meramente subjetivo que puede llegar a ser arbitrario al afectar al derecho de los pensionistas.



CAPITULO 2

2. Reforma Constitucional y Estado Social de Derecho**2.1. Características del Estado Social según la doctrina**

En este punto identificaremos las características de un Estado de Derecho, así como sus elementos, su evolución y su razón de ser. De esta forma, podremos determinar si el Estado Peruano comparte los atributos característicos de un Estado de Derecho según la doctrina. Así podremos valorar mejor su importancia y la necesidad de proteger al estado como tal en todo momento, en especial al momento de realizar la reforma.

Podemos comenzar con el concepto básico de Estado de Derecho citando a Francisco Eguiguren quien lo define como aquel:⁸¹

(...) régimen político donde la organización del Estado, la actuación de sus autoridades y de los propios ciudadanos, están regulados por la Constitución y las leyes y se desenvuelven según lo establecido en este ordenamiento jurídico

Sin embargo, esta noción no ha sido estática en el tiempo sino que se va desarrollando tras una evolución política y social que describiremos a continuación.

2.1.1. Estado Liberal de Derecho

El concepto de Estado de Derecho nace en Alemania durante el siglo XIX, posteriormente fue adoptado por la doctrina italiana, española y en menor grado por la francesa. Todo se origina a raíz de la Revolución Francesa de 1789, que marca el fin del antiguo régimen absolutista propio de la Edad Moderna y el comienzo de la instauración de los regimenes liberales. Así pues la Revolución Francesa significa el paso del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII al positivismo liberal del

⁸¹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. “El Fortalecimiento Institucional del Estado de Derecho en América Latina”. En: Democracia y estado social de derecho, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2000, p. 256.

XIX en donde los atributos del derecho natural tales como dignidad y racionalidad son asumidos por el Derecho positivo.⁸²

Por ello, al Estado de Derecho se le relaciona con el liberalismo y el ascenso social de la clase burguesa a fines del siglo XVIII y principios del XIX.⁸³

Tal como lo señala Elías Díaz : ⁸⁴*“El concepto de Estado de Derecho se vincula así en su origen y desarrollo al Estado liberal, pero, como veremos, no se agota en éste. “ Es decir, si bien se reconoce que el Estado de Derecho nació con el liberalismo no es un concepto exclusivo de éste último por ello al pasar del tiempo se va enriqueciendo y así va siendo adoptado por otros pensamientos.*

Como ya lo mencionamos, el liberalismo es la idea que sustenta el concepto de Estado y surgió como reacción al absolutismo, en donde el poder emanaba de un solo gobernante y de forma totalitaria y sin límites. Sin embargo, el liberalismo *“potencia la naturaleza intrínseca”* del individuo mediante el respeto a los derechos y libertades que se impusieron tras la revolución francesa y la americana. .

Dentro de las ideas liberalistas encontramos al imperio de la ley, separación de poderes y reconocimiento de derechos y libertades del individuo .

De esta forma, el Liberalismo tiene como fundamento básico ⁸⁵:

- La afirmación de la libertad; y
- El reconocimiento del Estado como instrumento para hacer efectivo esa libertad.

Estas ideas que nacieron del pensamiento jurídico-público alemán no tienen como finalidad atacar el principio monárquico sino ser una mediación entre la monarquía y la

⁸² DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Tecnos, 1999, p. 41.

⁸³ CARMONA CUENCA, Encarnación. El Estado Social de Derecho en la Constitución, Madrid : Consejo Económico y Social, 2000, p.25.

⁸⁴ DÍAZ, Elías. Ob. cit., p. 41.

⁸⁵ GONZALES OJEDA, Magdiel. “El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano”. Derecho & sociedad, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 15, No. 23,2004, p. 146.

soberanía popular, y en consecuencia la finalidad es ubicar al Estado y su actuación dentro de un orden legal, mediante formas definidas y procedimientos previsibles.⁸⁶

El principio monárquico alemán postulaba el principio de la unidad del poder del Estado identificado con el Poder Ejecutivo, es por ello que no se aceptaba la separación de poderes. Bajo estas circunstancias resulta difícil establecer un Estado de Derecho ya que no se puede contar con poderes independientes, y es por ello que la elaboración del Estado de Derecho a lo largo del siglo XIX se realiza bajo la definición de los conceptos de ley y reglamento y así se logrará la legalización del Estado. En consecuencia, existe la voluntad conjunta del Monarca y el Parlamento pero la ley ocupa un lugar superior que las demás fuentes del Derecho ya que no pueden contradecirla.⁸⁷

Según Carl Schmitt, citado por Gonzales Ojeda, considera al Estado de Derecho como aquel en donde el Derecho es el límite al poder del Estado, derecho que debe ser entendido dentro de los principios del liberalismo ideológico, de valores jurídico-políticos presentados como naturales que permiten el desarrollo libre de la burguesía, tales como: libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular y separación de poderes.⁸⁸

Asimismo, tenemos la opinión de Antonio E. Perez Luño, citado también por Gonzales Ojeda, en donde sostiene que el Estado de Derecho representó:⁸⁹

(...)la búsqueda de un ideal institucional dirigida a proteger al ciudadano con su libertad, sus valores, así como sus derechos innatos y adquiridos frente al peligro de eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político.

Por lo tanto, el liberalismo conceptualizó al Estado de Derecho como aquel que respeta los derechos y libertades fundamentales porque tales derechos eran considerados como valores que deben inspirar el sistema por ser adecuados.⁹⁰

⁸⁶ CARMONA CUENCA, Encarnación. *Ob. cit.*, p. 26.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 27-28.

⁸⁸ GONZALES OJEDA, Magdiel. *Ob. cit.*, p. 146.

⁸⁹ *Ídem.*

En consecuencia, el Estado de Derecho nace debido a la necesidad de establecer un poder estatal limitado, en donde la voluntad de los gobernantes no se ejerza de forma absoluta ni arbitraria sino enmarcado dentro de límites fijados por leyes que sean adecuadas e iguales para todos. Sin embargo, no basta estar sometido al ordenamiento jurídico de por sí, sino a determinados requisitos ideológicos y éticos que sirvan de fundamento e inspiración a dicho ordenamiento.

Es decir, el Estado de Derecho no se puede identificar con el respeto a cualquier forma de gobierno limitado por normas, sino a un régimen político democrático en el que se respete la libertad, los derechos fundamentales, la primacía de la persona y los valores como solidaridad y justicia.⁹¹

Así pues, podemos encontrar regímenes autoritarios o dictatoriales basados en una Constitución y leyes que le dan una apariencia de legalidad y de Estados de Derecho, pero ello no es así puesto que sólo constituyen instrumentos de dominación que encubren la injusticia y la negación a la democracia. Actúan con legalidad formal pero no material puesto que en la realidad no actúan como un verdadero Estado de Derecho.

La esencia del concepto de Estado de Derecho radica en el control jurídico del Ejecutivo, es decir es una garantía frente a las intervenciones arbitrarias del absolutismo.

Sin embargo, a pesar de que el concepto Estado de Derecho pueda utilizarse con otros contextos socioeconómicos e ideológicos distintos al liberalismo clásico, ello nos obliga a determinar de forma clara y precisa cuáles son los elementos de un verdadero Estado de Derecho. Debemos tener en cuenta que no todo Estado es un Estado de Derecho.⁹²

⁹⁰ LUCAS VERDÚ, Pablo. Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho, Madrid: Universidad de Salamanca, 1955, p. 11.

⁹¹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Ob.cit., pp. 256-257.

⁹² DÍAZ, Elías. Ob.cit., p.43.

Podemos encontrar como principales características del Estado de Derecho las siguientes:

a) Respeto a la Constitución y a la ley:

El Estado cuenta como componente esencial el respeto a la ley por ello se requiere la existencia de una Constitución que defina y regule el sistema político estatal en donde prime el respeto a la Constitución como norma jurídica suprema del Estado y a las leyes. De esta forma, la Constitución es la norma superior que está por encima de cualquier norma jurídica y por tanto fija los límites para que ninguna autoridad se exceda en el poder. La vigencia de la Constitución exige su respeto y también su aplicación real ⁹³

Es una forma de poner frenos a los detentadores del poder en el ejercicio del mismo mediante el establecimiento de reglas fijas, es decir a través de una Constitución cuya finalidad principal sea limitar el ejercicio del poder político para que no se convierta en absoluto y arbitrario.

En sentido ontológico, el *telos* o finalidad de la Constitución es crear instituciones para limitar y controlar el poder político. De esta forma cada Constitución posee una doble significación ideológica:⁹⁴

a) Liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus detentadores: para ello se establecen distintas competencias o funciones para las autoridades delimitando así su marco de actuación para que de esta forma se pueda organizar el Estado. ⁹⁵

b) Otorgarles a los detentadores del poder legitimidad en el proceso del poder: esto se debe a que la autoridad que manda cumple su tarea en virtud de un

⁹³ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Ob.cit.*, pp. 258-259.

⁹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. "La Constitución". En: Derecho Constitucional General, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo I, 1999, pp. 327-328.

⁹⁵ BURDEAU, Georges. "La Estructura interna de la Constitución". En: Derecho Constitucional General, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo I, 1999, p.382.

título otorgado por la Constitución.

En la monarquía, como la ley era la expresión conjunta del Monarca y el Parlamento, ocupaba en consecuencia una posición de supremacía respecto de las demás fuentes del Derecho y por lo tanto no podían contradecirla. En ese caso el rey no podía disponer en contra de lo dispuesto por ley por su sola voluntad.⁹⁶

En el Estado de Derecho, en cambio, la ley significa la concretización racional de la voluntad popular mediante un órgano válido de representación popular. La ley ordinaria se subordina a la ley fundamental que es la Constitución y el control de constitucionalidad de leyes asegura dicha subordinación.

Debemos precisar que no todo imperio de la ley es de por sí un Estado de Derecho, puesto que puede existir una ley que ordene la función estatal pero para ser Estado de Derecho dicha ley debe provenir de una asamblea de representación popular libremente elegida y no producto de una voluntad individual absoluta.⁹⁷

Es a partir del respeto a la ley que se deriva el principio de legalidad, que para algunos autores tal como Elías Díaz dicho principio es considerado como una característica independiente del Estado de Derecho. No obstante, lo consideraremos como principio implícito y derivado del respeto a las leyes.

El principio de legalidad de la Administración significa que ésta se somete a la ley y por ende se requiere un sistema que permita controlar a la Administración para que esta siga un comportamiento conforme a derecho y que “*sirva de garantía para la seguridad jurídica de los particulares*”.⁹⁸

Es decir, la actividad de la Administración debe estar sujeta a la ley y para ello debe existir un mecanismo de control de la legalidad de su actuación en donde se permite también al particular accionar en caso de ver afectado alguno de sus derechos por parte de la Administración. Sin embargo, dicha facultad está garantizada por el respeto

⁹⁶ CARMONA CUENCA, Encarnación. Ob.cit., p. 101.

⁹⁷ DÍAZ, Elías. Ob.cit., p. 45.

⁹⁸ Ibíd., p. 49.

a los derechos fundamentales y la separación de poderes por ello no lo consideraremos como elemento aparte.

Aparte del principio de legalidad que, como vimos, implica el respeto a la ley y obviamente a la Constitución, es que se deriva la reserva de ley es decir que hay materias concretas reservadas que no pueden ser modificadas por ley.⁹⁹

b) Jerarquía normativa/ Seguridad Jurídica:

Según Hans Kelsen, citado por Carmona Cuenca, la jerarquía normativa significa que el orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho situadas en el mismo plano sino una construcción escalonada con diversos niveles de normas jurídicas, una encima de otra. La validez de una norma reposa en la validez de otra y esto conforma una unidad. En consecuencia, si una norma de rango inferior contradice a una norma superior, la primera carecerá de validez puesto que atenta con la jerarquía normativa.¹⁰⁰

Como ya mencionamos del principio de Seguridad Jurídica se derivan otros tales como:¹⁰¹

- Principio de Seguridad Jurídica: este principio es el sustento de los demás que explicaremos a continuación. Este principio exige que el Derecho sea *“cierto, conocido y aplicable a todos por igual”*. Asimismo implica que no se debe castigar una acción que no estaba penada en el momento de su comisión. La seguridad jurídica implica predictibilidad, es decir que tiene que haber una asimilación de los supuestos previstos en las normas con los supuestos fácticos que se dan en la realidad. De esta forma, habrá una mayor garantía y mayor grado de previsibilidad de las consecuencias jurídicas para de esta forma evitar respuestas arbitrarias por parte del Estado.

⁹⁹ CARMONA CUENCA, Encarnación. *Ob.cit.*, p.94.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 103.

¹⁰¹ *Ibíd.*, pp.104-106.

- Principio de Publicidad: implica que las normas deben ser publicadas para que sean eficaces como normas jurídicas. Existe la publicidad formal la que se refiere a aquella que se hace de manera oficial y por escrito; y la publicidad material que se expresa en documentos que se publican tales como pregones, pasquines o periódicos. Esto se realiza con la finalidad de proporcionar seguridad jurídica.
- Principio de Irretroactividad: las leyes son irretroactivas es decir sólo se aplicarán en aquellos supuestos que se susciten después de la entrada en vigencia de la ley y no a casos anteriores. También deriva del principio de seguridad jurídica.
- Principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos: Esto significa que toda actividad de las autoridades debe estar de acuerdo a las normas, por ello cualquier actuación contraria a ellas debe estar prohibida ya que constituye una arbitrariedad.

c) Separación de poderes:

Inicialmente, si nos remontamos al origen del Estado de Derecho en Alemania este no contemplaba la separación de poderes, puesto que en el pensamiento jurídico-público alemán del siglo XIX predominaba el principio de la unidad del poder del Estado identificado con el Poder Ejecutivo derivado del principio monárquico. No obstante, posteriormente con la evolución del concepto de Estado de Derecho en Alemania se produce la transformación de esta idea inicial. De esta forma, la función legislativa que en un comienzo era compartida por el Monarca y la Asamblea representativa va siendo asumida solo por esta última, y la función de gobierno fue adoptada por el Monarca.¹⁰²

La idea de la separación de poderes nació en respuesta a la protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo monárquico del siglo XVII y XVIII. Por ello, este modelo no se encontraba presente en la antigüedad puesto que si bien se

¹⁰² Ibíd., p. 107.

reconocía la necesidad de distribuir funciones lo hacían mediante la asignación de funciones distintas pero que al final recaían sobre la misma entidad.¹⁰³

Este principio fue formulado por Montesquieu en 1748 mediante su obra famosa “*De l'Esprit des Lois*” en el capítulo VI del libro XI en la cual expone la finalidad de la doctrina de la separación de poderes, es decir básicamente garantizar la libertad individual. Asimismo, señala que es una forma de frenar el abuso del poder puesto que cuando un hombre tiene poder siente la inclinación de abusar de él, por ello este principio constituye una garantía.¹⁰⁴

Este dogma de separación de poderes encontró su formulación clásica en el artículo 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre de agosto de 1789 la misma que señalaba que toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de respeto a los derechos ni la separación de poderes, entonces no tiene una constitución. Asimismo, se encuentra establecida en la Asamblea Constituyente Lally-Tollendal en su sesión del 31 de agosto de 1789 en la cual indicó que deben existir tres poderes separados ya que “*un poder único acabará necesariamente por devorarlo todo*”. A esto le agrega que dos poderes combatirán entre sí pero si existen tres poderes se mantendrá un perfecto equilibrio, es decir si entre dos poderes hay enfrentamientos será el tercero el encargado de apoyar a aquel que resulta oprimido.¹⁰⁵

Siguiendo la misma línea André Hauriou opina lo siguiente:¹⁰⁶

Comprende que la libertad exige, para estar protegida que se despliegue el poderoso haz de los derechos del rey; que las diversas partes componentes sean confiadas a diferentes titulares y que estos titulares tengan la facultad de frenarse o impedirse mutuamente, sobre todo cuando uno de ellos intente aventurarse en el camino del despotismo.

¹⁰³ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Barcelona: Editorial Ariel, segunda edición, 1984, p. 56.

¹⁰⁴ CARMONA CUENCA, Encarnación. Ob.cit., p. 107.

¹⁰⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Ob. cit., p. 54.

¹⁰⁶ HAURIUO, André, GICQUEL, Jean y GÉLARD, Patrice. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Barcelona: Editorial Ariel, Segunda Edición, 1980, p.263.

De esta forma, Montesquieu planteaba la separación de poderes con la finalidad de garantizar la libertad individual y de esta forma los destinatarios del poder asimismo estarían protegidos del abuso del poder por parte de sus detentadores. Por ello la separación de poderes implica reconocer que el Estado debe cumplir con ciertas funciones y en mérito de la división del trabajo resulta adecuado que se repartan las funciones entre distintos poderes estatales. En consecuencia, esto beneficia a los destinatarios del poder porque permite distribuir y controlar el ejercicio del poder político.¹⁰⁷

Así pues, un componente esencial de un Estado de Derecho es la separación de poderes que implica la existencia de tres poderes: uno Legislativo que sólo hace las leyes, otro Ejecutivo a cargo del Gobierno que se encarga sólo de ejecutar las leyes y finalmente uno Judicial que resuelve conflictos derivados de la falta de observancia de las leyes y así administra justicia.¹⁰⁸

Estos tres poderes deben “moverse concertadamente” para así colaborar entre sí para que así la separación no sea rígida sino flexible. Si consideramos que se trata de una separación estricta ello nos llevaría a pensar que cada poder cumple su función determinada sin mirar la del otro y menos aún podría limitarlo, lo cual resulta contrario a la finalidad perseguida que implica controlar a los demás poderes para garantizar la libertad

Si bien es importante respetar la designación de actividades específicas a cada poder, no podemos perder de vista que es necesario preservar la unidad del Estado.¹⁰⁹

A partir de lo anterior podemos ver que la separación de poderes además de distribución de funciones e independencia implica a la vez interacción y control mutuo que permita lograr la finalidad de garantizar la libertad de los ciudadanos para que realmente pueda mantenerse el Estado de Derecho y así evitar los abusos del poder.

¹⁰⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Ob. cit.*, p 55.

¹⁰⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Ob. cit.*, p. 261.

¹⁰⁹ HAURIOU, André, GICQUEL, Jean y GÉLARD, Patrice. *Ob. cit.*, p. 266.

De esta forma, la separación de poderes sólo funcionará siempre y cuando realmente tengan una actuación independiente e imparcial.

Por ejemplo, en el caso del Parlamento o el Congreso que cumple una función legislativa, es necesario que se actúe de forma independiente. Si bien puede existir una mayoría parlamentaria oficialista, su función es colaborar con la gestión gubernamental pero sin un “*mero seguidismo acrítico*”. Es decir, es positivo que la mayoría apoye al gobierno pero esto no puede significar que apruebe todo lo que pretenda hacer ya que no se trata sólo de dar una aprobación sino de evaluar si las medidas son realmente adecuadas y si buscan la justicia social. En caso contrario, se puede llegar al extremo de apoyar todas las medidas, incluso violatorias del Estado de Derecho.¹¹⁰

d) Representación popular:

El Estado de Derecho también alude a un sistema político democrático representativo a través de la elección popular de las autoridades que gobiernan el Estado. Es imprescindible que esta elección se desarrolle de forma libre, confiable y transparente, garantizado mediante mecanismos de participación y control ciudadano .

La Constitución de Weimar de 1919 introduce el sufragio universal y es un hito importante puesto que desencadenó posteriormente un proceso de redefinición de las distintas posiciones doctrinales y con ello se genera la democratización de la representación política.¹¹¹

Si bien lo que se quiere es lograr tener un sistema democrático, no basta con hacer lo que dicte la mayoría porque puede suceder que esta mayoría use esta ventaja como medio para violar los postulados básicos de un Estado de Derecho. El fin no justifica

¹¹⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Ob. cit., p. 262.

¹¹¹ CARMONA CUENCA, Encarnación. Ob. cit., p. 31.

los medios y por ello no debe primar a cualquier precio los intereses políticos propios.¹¹²

Ante todo, la finalidad radica en ver reflejada la voluntad popular, es decir de aquellos a quienes va dirigido el poder, a través de formas de participación puesto que ello constituye también parte de un sistema democrático.

De esta forma surge la duda de cómo determinar cual es la voluntad popular y sólo puede representarse a través de la mayoría. Tal como lo señala Locke, sólo se puede identificar a la voluntad de la totalidad con la de la mayoría, y se basa en que el pueblo mediante su consentimiento da lugar a un cuerpo político que va a tomar la dirección hacia donde le indique la mayoría ya que de forma contraria sería imposible la actuación, y debe existir una vinculación de las decisiones que adopte la mayoría respecto a la minoría sino no existiría tal cuerpo político. Asimismo, si bien la mejor opción sería la unanimidad ello resulta imposible y la mayoría cuenta con mayor número de consentimientos que la minoría.¹¹³

Para que exista un Estado de Derecho es imprescindible que la ley sea producto de la voluntad popular, es decir de una asamblea de representación popular libremente elegida por la mayoría. Es decir, si esta asamblea o parlamento ha sido elegida por la mayoría entonces se entiende que la representa y las decisiones que adopten también serán de la mayoría.

e) Respeto a los derechos fundamentales:

Precisamente uno de los componentes principales del Estado de Derecho es el respeto a los derechos fundamentales, ya que la limitación al poder mediante la Constitución y las leyes y la separación de poderes tienen como finalidad que el poder no se extralimite y así atente contra los derechos de los ciudadanos.

¹¹² EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Ob. cit.*, p.263.

¹¹³ GARCÍA- PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, Madrid : [s.n.], 1950 .p. 140.

La finalidad radica en lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los derechos fundamentales de la persona, que son exigencias éticas que constituyen el elemento esencial de legitimidad sobre el que se apoya el Estado de Derecho.¹¹⁴

Debemos precisar que los derechos individuales tienen raíces iusnaturalistas pero se van insertando en el Derecho positivo mediante las constituciones, y a la vez se van instaurando métodos de garantías para estos derechos. Es a partir de este momento que se le denominan derechos fundamentales puesto que están reconocidos en la Constitución. Según Pedro Cruz Villalón, citado por Carmona Cuenca, los derechos fundamentales se pueden definir de la siguiente manera: *“son los derechos subjetivos en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica”*.¹¹⁵

Sin embargo, para el liberalismo sólo se reconocen los derechos individuales que se derivan de una concepción individualista en donde la verdadera esencia la constituye el individuo y no los grupos sociales como lo hará después el estado social. Por ende el liberalismo considera a los valores individuales como superiores a los colectivos.¹¹⁶

Por ello la defensa de los derechos fundamentales en la época liberal sólo se remitía a los derechos individuales y especialmente a los que pertenecían a la burguesía puesto que fue esta clase la principal propulsora del Estado liberal de Derecho.¹¹⁷ No obstante, contaba como defecto que en la realidad no consideraba a los derechos de otras “clases inferiores” a pesar de que formalmente si lo hacía. Por ello, luego el Estado Social de Derecho apareció para corregir estos errores.

Asimismo, el liberalismo como sustento ideológico del Estado de Derecho original, concibe al Estado como una estructura bipolar en donde Estado y Sociedad son dos realidades independientes ya que sus relaciones son mínimas, es así que dentro de

¹¹⁴ DÍAZ, Elías. *Ob. cit.*, p. 51.

¹¹⁵ CARMONA CUENCA, Encarnación. *Ob. cit.*, p.111.

¹¹⁶ GARCÍA- PELAYO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 122.

¹¹⁷ DÍAZ, Elías. *Ob. cit.*, p. 59.

esta estructura aparece el concepto Estado de Derecho como forma de limitar el poder del Estado mediante el Derecho. En consecuencia, el Estado se inhibía frente a los problemas económicos y sociales conformando así una organización racional con determinados valores y con una estructura vertical o jerárquica.¹¹⁸

Es decir, se conforma una antinomia Estado-sociedad, y en consecuencia se da una separación entre la vida pública y privada, en donde la primera queda limitada al Estado y sus órganos y la segunda queda al margen de la actividad estatal. De esta manera, una serie de temas quedan reservados para el ámbito privado en donde el estado mantenía una posición neutral, algunos de estos eran la religión, la economía, la ciencia, etc. En consecuencia, si bien existía un enriquecimiento en los aspectos personales todo esto quedaba separado de la intervención estatal.¹¹⁹

El concepto de Estado de Derecho ha ido transformándose a la par con la evolución histórica, especialmente a raíz del sufragio universal introducido por la Constitución de Weimar de 1919, puesto que desencadenó el proceso de redefinición de las posiciones doctrinales. De esta forma, se produce la democratización de la representación política y en consecuencia hablar de Estado de Derecho también significa aludir a un sistema político democrático representativo a través de la elección de las autoridades mediante un sistema libre, confiable y transparente que garanticen una adecuada representación política.¹²⁰

2.1.2. Estado Social de Derecho

Debemos precisar que el Estado Liberal de Derecho estaba destinado para una situación económica próspera, en un ambiente donde se respire paz social, sin embargo el Estado de Derecho como tal no pertenece a alguna clase o situación determinada sino que se perfila para todas las clases . Es por ello que teniendo en cuenta la necesidad económica de los Estados y las carencias que poseen, se deja de

¹¹⁸ GONZALES OJEDA, Magdiel. Ob. cit., p. 147.

¹¹⁹ GARCÍA- PELAYO, Manuel. Ob. cit., p. 127.

¹²⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Ob. cit., p. 258.

lado el Estado liberal de derecho para adoptar uno nuevo. De esta forma, el Estado de Derecho conserva los postulados básicos del liberalismo como los derechos fundamentales, pero ya no sigue con la etiqueta de estado liberal de derecho sino se transforma en un Estado Social de Derecho.¹²¹

El liberalismo fue alejándose de sus bases iusnaturalistas y se fue impregnando de positivismo, por lo tanto el Estado Liberal de Derecho se apoyaba en normas positivas establecidas por los órganos estatales. Esta situación se daba ya que se desconfiaba del derecho natural y se le consideraba que carecía de seguridad jurídica, la cual sólo podía lograrse mediante el derecho positivo. No obstante, no se puede adoptar una posición positivista extrema puesto que ello llevaría a creer que no hay ley injusta. Por ello, el Estado Social de Derecho lo que hace es respetar el derecho positivo y a la vez no oponerse al derecho natural puesto que busca la justicia social y *“no es posible imaginar una justicia social que no esté basada en la ley moral”*.¹²²

En el Estado Social de derecho ya no se considera al Estado como bipolar en donde Estado y sociedad son dos realidades diferentes e independientes y en donde el Estado adoptaba una postura abstencionista, sino todo lo contrario trata de armonizar estado y sociedad y adopta una actitud más intervencionista.

De esta forma se entiende que el Estado no sólo implica connotaciones jurídicas y políticas sino que también contiene aspectos económicos, sociológicos, históricos, éticos, etc, relacionados con el hombre como ser social. Es por ello que no se puede considerar como dos realidades separadas al Estado y a la sociedad, ya que esta última conforma un orden espontáneo pero dotado de racionalidad. Por lo tanto, la sociedad no posee una estructura vertical como el Estado sino que posee una estructura horizontal sustentada en relaciones competitivas a las que se subordinan otros tipos de relaciones.¹²³

¹²¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Ob. cit.*, p. 14.

¹²² *Ibíd.*, pp. 71-72.

¹²³ GONZALES OJEDA, Magdiel. *Ob. cit.*, p. 147.

Es decir, el Estado Social de Derecho posee una estructura horizontal en la cual considera varios aspectos relacionados entre sí y que deben satisfacerse simultáneamente para lograr una situación de bienestar general y justicia social.

El Estado Social de Derecho es una respuesta al Estado de Derecho o Estado Liberal en donde prevalecía el individualismo y por ello corrige las bases económicas capitalistas de absoluta libertad de mercado. En consecuencia, se da una mayor presencia del Estado en la vida social y económica del país y procura la satisfacción de las necesidades básicas de la Nación.

De esta forma, presenta un nuevo modelo que toma en cuenta los principios básicos del Estado de Derecho pero le agrega nuevas funciones y una nueva estructura orgánica:¹²⁴

El Estado Social de Derecho está, como un paso más, aunque de cierto alcance, en la línea del Estado Liberal de Derecho. A pesar de todas sus variantes, continúa aquél reuniendo las características y exigencias que anteriormente hemos definido como propias de todo Estado de Derecho (...)

Como ya señalamos esto se da mediante un proceso, que obliga a la burguesía titular del liberalismo reformular su ideología con nuevos principios y que generarán una mayor preocupación por parte del Estado por los valores y los Derechos Humanos.

En este sentido, el Estado asume funciones relacionadas con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos, es decir abarca una visión más completa de la realidad.¹²⁵

a) Aspectos económicos: El Estado, tal como lo señala García Pelayo citado por Gonzales Ojeda, es el actor más importante en la economía de un país ya que puede convertirse en el empresario más resaltante en la economía nacional o el cliente más importante de la economía nacional. Así pues, el Estado al conformar la vida económica del país pretende ser el “*conductor proyectivo de la sociedad*”.

¹²⁴ DÍAS, Elías. Ob. cit., p. 103.

¹²⁵ GONZALES OJEDA, Magdiel. Ob. cit., pp.150-151.

b) Aspectos Sociales: En un Estado Liberal las mayorías conforman el elemento fundamental de la producción económica y defensa militar, sin embargo dichas mayorías no participan en el manejo del Estado. Tampoco se reconocen los derechos de segunda y tercera generación, los cuales sí son reconocidos en un Estado Social de Derecho. El Estado asume un nuevo rol en el que se preocupa por otorgar las prestaciones básicas a la Nación y por ello se encarga de distribuir bienes y servicios de tal manera de lograr una vida digna para el hombre.

c) Aspectos Políticos: En el Estado Social de Derecho se genera la integración de Estado y Sociedad y así la democracia cumple un rol importante como un método de organización política del Estado y como un mecanismo para lograr el principio de igualdad.

d) Aspectos jurídicos: En este nuevo Estado se trasciende la formalidad ya que se concibe al Estado no sólo como un conjunto de normas sino también con connotaciones sociales. Es decir, la vigencia de los derechos fundamentales no sólo se remite a su reconocimiento formal sino a su existencia material mediante la presencia de condiciones que permiten su respeto y ejercicio.

La finalidad del Estado Liberal de Derecho era buscar la libertad mediante su característico individualismo y su abstencionismo estatal que colocaba al Estado en una posición neutral ante los problemas sociales, por ello estaba muy lejos de lograr la justicia social.

Sin embargo, el Estado Social de Derecho cuenta como finalidad principal la consecución de la justicia social y por ello el Estado asume una actitud más intervencionista y más activa.¹²⁶

¹²⁶ DÍAS, Elías. *Ob. cit.*, p. 103.

Por ello, la libertad siempre debe estar acompañada de justicia social porque de qué sirve que un ciudadano se considere libre si no tiene las condiciones adecuadas para vivir tales como un trabajo o un régimen de seguridad social. De esta forma, en el Estado Social de Derecho además de la justicia social también debe existir la libertad pero no cualquiera sino una libertad responsable de sus fines y que siempre busque la justicia social.¹²⁷

En conclusión, el Estado de Derecho ya no podía seguir siendo liberal debido a las circunstancias sociales que lo obligaron a “*arrojar por la borda su neutralidad*” e integrar en sus decisiones a la sociedad para así lograr la justicia social sin perder la dosis de libertad. Por ello, se dice que el Estado:¹²⁸

(...) ha dejado de ser formal, neutral e individualista, para transformarse en Estado material de Derecho, en cuanto adopta una dogmática política y establece la justicia social. De esta suerte, puede decirse que nos hallamos ahora ante el Estado Social de Derecho.

Entonces, podemos ver que la gran diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho es que en este segundo no sólo se reconocen los derechos civiles y políticos sino que se incluyen los llamados derechos sociales. Esto se da a raíz de la preocupación que existe por los problemas sociales y debido a la necesidad de reconocer derechos que permitan asegurar una mejor calidad de vida y lograr una mayor inclusión social.

Los derechos sociales nacieron debido a una necesidad de llenar vacías fórmulas tales como la libertad e igualdad que se mostraron insuficientes ante la realidad. De esta forma, se tenía que buscar una forma de garantizar a las clases bajas un mínimo de seguridad económica y justicia social. Así pues, las masas trabajadoras empezaron a tener más exigencias como tener más seguridad económica para así poder ejercer eficazmente sus derechos políticos. En consecuencia, el resultado de

¹²⁷ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Ob. cit.*, pp. 77- 78.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 80.

estas exigencias sería establecer los derechos fundamentales con contenido social y económico que otorguen seguridad económica y justicia social.¹²⁹

El origen de los derechos sociales se remonta al año 1793, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución francesa del 24 de junio del citado año, específicamente en sus artículos 21 y 22. En los mismos reconocía el derecho a la instrucción, la asistencia social y el trabajo.

Posteriormente, también se hace una referencia en el punto VII del Preámbulo de la Constitución francesa en el año 1793; la Constitución Mexicana de Querétaro de 1824 hasta llegar a la Constitución Alemana de Weimar de 1919.

Sin embargo, hasta antes de la Constitución de 1919, el reconocimiento de los derechos se reducían a un exclusivo reconocimiento de una esfera jurídica individual frente al Estado, producto de la revolución liberal burguesa. Es justo con la Constitución de Weimar que se manifiesta una nueva constitución en la que deja de ser sólo una fuente suprema de derecho público que regula la forma de gobierno y las garantías de libertad de los ciudadanos frente al Estado. Se convierte en una ley fundamental de derecho privado con normas preceptivas.¹³⁰

Mientras va cambiando la estructura estatal también va cambiando la constitución de un país, así pues la Constitución de Weimar supuso una referencia importante en la positivización de los derechos sociales y en la implantación del Estado Social. En la historia del constitucionalismo europeo, los derechos fundamentales apenas lograron salir de su ámbito como aspiración para entrar al de la obligación, es decir se les consideraba que no generaban efectos jurídicos sino que tenían una función programática o de apelación. Recién con la Constitución de Weimar es que se considera a los derechos fundamentales como parte integrante del Derecho y de la constitución.¹³¹

¹²⁹ LOEWENSTEIN, Karl. "La Constitución". *Ob. cit.*, pp. 424-425.

¹³⁰ CASCAJO, José Luis. "La tutela Constitucional de los Derechos Sociales". En: *Cuadernos y Debates*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, N° 5, 1988, p. 440.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 441.

Tras la Constitución de 1919, la primera en incorporar a los derechos sociales en su contenido fue la Constitución Española de 1931, sin embargo esta tendencia se acentúa más después de la Segunda Guerra Mundial ya que se da una más generalizada preocupación social en la redacción de las constituciones, tanto en el ámbito nacional e internacional. Entre estos últimos tenemos a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que reconoce diversos derechos sociales tales como la seguridad social, trabajo, igualdad de salario, al descanso y tiempo libre (art. 22 a 27). También tenemos al Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, mediante el cual se reconocen los derechos sociales de forma más explícita.¹³²

En el ámbito europeo este reconocimiento se da a través de la Carta Social Europea del 4 de noviembre de 1961, la misma que fue actualizada el 3 de julio de 1990. Asimismo, en la Unión Europea tenemos la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales aprobada el 9 de diciembre de 1989, con la exclusión expresa del Reino Unido. Sin embargo, ha tenido un uso escaso pero tuvo su extensión en el Protocolo Adicional N° 17 al Tratado de la Unión Europea en 1992.¹³³

Podemos diferenciar los derechos fundamentales de la siguiente manera:¹³⁴

a) Derechos de primera generación: también llamados derechos civiles o individuales que reconocen derechos que les pertenecen al ámbito de actuación de la autonomía de las personas que debe ser respetado por el Estado. Es decir, se relaciona con aquellas decisiones que forman parte del dominio particular, en donde el Estado no puede inmiscuirse y por ende debe respetar. Por ello, se generan obligaciones de no hacer por parte del Estado ya que debe abstenerse de intervenir en aquellas áreas

¹³² CARMONA CUENCA, Encarnación. *Ob. cit.*, p. 153.

¹³³ *Ibíd.*, p.154.

¹³⁴ *Ibíd.*, pp.112-113,

que le corresponden exclusivamente a su titular. Así tenemos entre estos derechos a los siguientes: libertad de conciencia, libertad de cultos, inviolabilidad de domicilio, libertad de expresión, etc.

Asimismo, tenemos a los conocidos derechos políticos que permiten al ciudadano formar parte del ejercicio del poder mediante su participación. De esta forma, ya no sucede lo mismo que los derechos civiles en donde el Estado tiene una obligación de no hacer, en estos derechos sucede lo contrario, hay una obligación de hacer. Entre estos derechos podemos ubicar al derecho de sufragio, al acceso de cargos públicos, etc.

b) Derechos de segunda generación: son los denominados derechos sociales o sociales, económicos y culturales. Se iniciaron con la Constitución Francesa de 1848 pero posteriormente se consolidaron con la Constitución Mexicana de 1917, la Alemana de Weimar de 1919 y la Española de 1931.

Estos derechos configuran pretensiones de los ciudadanos frente a la actividad social y jurídica del Estado que se pueden exigir de forma individual o colectivamente. Constituyen prestaciones positivas por parte del Estado tales como el derecho a la educación, trabajo, vivienda, salud y seguridad social.

Lo que caracteriza a estos derechos no es tanto la esfera de la vida social a la que se refieren, sino la posición jurídica que le otorgan a su titular.

Por ello, la situación varía puesto que en los derechos individuales relacionados con la libertad se exige una abstención por parte del Estado, caso contrario a lo que ocurre con los derechos sociales en donde se exige un actitud positiva del Estado. Incluso por ello el autor Carmona mencionado por Loewenstein los denomina derechos de prestación.¹³⁵

Es decir, para que estos derechos se puedan cumplir en la realidad es necesario que el Estado cree las condiciones materiales necesarias, sin embargo si aún no se han

¹³⁵ Ibíd., p. 150.

creado, servirá de inspiración puesto que constituyen los objetivos deseables en una sociedad justa.

De acuerdo con lo señalado anteriormente Karl Loewenstein lo indica expresamente:¹³⁶

Pero aún allí donde los derechos sociales tienen que esperar hasta que se hayan dado los necesarios requisitos, cumplen un objetivo: para los detentadores del poder son el estímulo que les impulsará a su realización y para los destinatarios del poder significará la esperanza de que un día puedan ser llevados a cabo.

En conclusión, la definición para estos derechos según Mazziotti y Cascajo Castro sería la siguiente:¹³⁷

Los derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación positiva por parte de los poderes públicos, en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad.

En consecuencia, según esta definición podemos concebir a los derechos sociales como aquellos que requieren una prestación, ya sea directa o indirecta, por parte del Estado siempre teniendo en cuenta los beneficios de la vida en sociedad y el principio de igualdad.¹³⁸

Sin embargo, por otro lado, el mayor problema que plantean los derechos sociales es el de su eficacia jurídica ya que a pesar de estar reconocidos en las constituciones ello no obsta para que en la realidad se cumplan. Es decir, formalmente están reconocidos pero realmente no es así y por ello se les considera que carecen de aptitud para ser efectivos.

Las dificultades que atraviesan estos derechos se pueden clasificar en las siguientes:¹³⁹

a) Carácter relativo: El grado de realización de los derechos sociales dependen de la situación económica del país, a diferencia de los derechos individuales en donde basta una abstención del Estado en donde no tiene que gastar ni invertir en nada. Sin

¹³⁶ LOEWENSTEIN, Karl. "La Constitución". Ob. cit., p. 426.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ CASCAJO, José Luis. Ob. cit., p. 447.

¹³⁹ CARMONA CUENCA, Encarnación. Ob. cit., pp. 151-152.

embargo, los derechos de prestación plantean una serie de exigencias en la práctica porque su efectivización depende si el Estado cuenta con los recursos suficientes.

b) Carácter dinámico: Estos derechos así como surgieron a través de las circunstancias sociales también siguen cambiando, es decir no son derechos estáticos en el tiempo sino que son cambiantes y dependientes del momento histórico –social y de las necesidades humanas. Por otro lado, también es preciso reconocer que los derechos individuales no tienen un concepto definido y acabado sino también en cierta medida dependen de las circunstancias que se den durante el tiempo

c) Carácter no justiciable: Si bien pueden estar reconocidos los derechos sociales en la Constitución, si no hay medidas concretas y precisas no será posible su control judicial sobre su cumplimiento.

Asimismo, podemos ver que las nuevas condiciones sociales hacen que la Democracia se reformule en el Estado Social de Derecho. En este nuevo contexto, no basta la igualdad política sino la igualdad social y económica en donde la democracia prioriza los ámbitos moral y material sobre el formal. Como ya hemos mencionado anteriormente, a los derechos civiles y políticos se agregan los derechos sociales, económicos y culturales, de esta forma el hombre constituye el fin supremo de la sociedad y el Estado, donde el bienestar general es lo más importante.¹⁴⁰

Sin embargo, según Gonzales Ojeda, el modelo del Estado Social de Derecho no ha podido lograr la materialidad necesaria para satisfacer las necesidades sociales y económicas. Si bien hay muchos avances científicos y tecnológicos aún se puede apreciar desigualdades económicas, sociales y políticas, así pues no hay un libre acceso a las grandes mayorías desfavorecidas incluso son marginadas.¹⁴¹

¹⁴⁰ Ibíd., p.152.

¹⁴¹ GONZALES OJEDA, Magdiel. Ob. cit., p. 153.

Para superar el Estado Social de Derecho que no obtiene resultados favorables en su totalidad, se plantea el nuevo Estado Democrático de Derecho que supera las limitaciones del Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho permitiendo el acceso de todos a los derechos y a los mecanismos de participación política y económica.¹⁴²

Es decir, en un primer momento se trató de corregir las insuficiencias del Estado liberal de Derecho con el Estado social de Derecho pero al no tener los resultados esperados se propuso el Estado Democrático de Derecho considerado como más coherente y completo. Se le relaciona con el paso del capitalismo al socialismo, por ello este último se identifica con la democracia y se considera que sólo a través de ellos (socialismo y democracia) se puede lograr el cumplimiento real y efectivo de los derechos y libertades del hombre.¹⁴³

No obstante lo anterior, consideramos que esta “nueva” categoría en realidad no tiene nada de novedad en el campo jurídico puesto que inicialmente el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho contemplan a la democracia como uno de sus elementos importantes. El autor Gonzales Ojeda señala que el Estado Democrático de Derecho introduce al Estado Social de Derecho “*mecanismos democráticos en la toma de decisiones del poder y se respeta la representación popular(...)*”¹⁴⁴. Asimismo, considera que el Estado Social de Derecho cuenta con un sistema capitalista y el Estado Democrático de Derecho con un sistema socialista, por ello el nuevo sistema no implica la convivencia de ambos sino la armonización de los principios democráticos especialmente el de participación del pueblo en la administración del Estado.

Sin embargo, dichos elementos también estaban contemplados anteriormente, simplemente lo que hace esta nueva categoría es tratar de centrarse en estos

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ DÍAZ, Elías. Ob. cit., pp. 42 y 134.

¹⁴⁴ GONZALES OJEDA, Magdiel. Ob. cit., p 154.

elementos pero ello no significa que las categorías anteriores no los tomaban en cuenta.

Los postulados son correctos, sin embargo su falta de concreción en la realidad no depende directamente de los conceptos que se usen sino de la carencia de recursos, de la falta de voluntades de las autoridades o del incumplimiento de las normas ya existentes.

Por ello, sólo nos remitiremos al Estado Social de Derecho entendiendo que el elemento democrático va implícito en él.

2.1.3. El Estado Peruano

Según la Constitución de 1993 en su artículo 3 podemos ver que el Estado Peruano es un Estado que respeta derechos basados en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo y en consecuencia es un Estado democrático de Derecho. Asimismo, en su artículo 43, indica que la república del Perú es democrática, social, independiente y soberana, y que se basa en el principio de separación de poderes.

Por lo tanto, el Perú es una República democrática y social cuya fuente de poder político radica en la voluntad del pueblo en donde el Estado busca satisfacer las necesidades de las mayorías y promover el bienestar general de la población basado en la justicia y en el desarrollo integral de la nación, tal como lo señala el artículo 44 de la Constitución. Asimismo, es un Estado social puesto que persigue una justa distribución del poder así como una correcta distribución y redistribución de bienes y servicios.¹⁴⁵

Por ello podemos decir que el Estado Peruano es un Estado Social de Derecho, ya que cumple con todas las características ya señaladas del mismo.

Es un Estado en donde prima el respeto por la Constitución y las leyes y por ende se rige bajo las mismas. Es importante que exista una Norma Suprema que fije los

¹⁴⁵ Ibíd., p. 157.

límites del poder, ya que de esta forma se evitará que los gobernantes hagan un uso ilimitado y arbitrario de poder como en los estados absolutistas, y para el caso de los gobernados establecerá parámetros que deberán cumplir para vivir en sociedad. No basta ser un Estado para ser calificado como Estado de Derecho pues para esto se requiere la participación libre popular y tener un Estado que se rige por normas. Por ello el Estado Peruano, si bien ha pasado por épocas difíciles y de dictadura, se orienta a ser un Estado de Derecho según sus fines y valores que defiende.

Asimismo, existe una jerarquía normativa puesto que hay una Constitución como norma principal y otras normas de rango inferior tales como leyes y reglamentos. Cada una mantiene un rango determinado lo cual implica que la inferior no puede sobreponerse a la mayor ni menos aún derogarla.. Esta diferenciación de jerarquías lo podemos ver en el artículo 200° de la Constitución en donde se establece una clara diferencia entre lo que son normas con rango de ley (num. 4) tales como leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, etc; y aquellas con rango menor a ley que son los reglamentos (num. 5).

De la misma manera, tenemos al principio de seguridad jurídica si bien no reconocido expresamente en la Norma Suprema, es un principio implícito relacionado con otros principios sí reconocidos expresamente, tales como publicidad, irretroactividad e interdicción de arbitrariedad. El primero de éstos se ve reconocido en el art. 109 en donde se indica que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, de esta manera se garantiza el conocimiento público de las normas para así exigir su cumplimiento. El segundo, es decir la irretroactividad se ve reflejada en el art.103 que señala que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos salvo en materia penal siempre y cuando favorezca al reo. El tercero mencionado, la prohibición de arbitrariedad lo podemos ver garantizado en el art. 200 de la Constitución referido a los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, inconstitucionalidad, acción popular y de cumplimiento, los mismos que

proceden cuando una autoridad o persona dependiendo del caso, no cumplan con una determinada norma. Es decir, se pueden iniciar ante la violación de determinadas normas o derechos contenidos en la Constitución, de esta forma se propugna el respeto a la ley y la Constitución y se configuran como garantías para los ciudadanos.

Otro elemento esencial del Estado de Derecho es el principio de separación de poderes, también contemplado en el Estado peruano en el art. 43 de la Constitución en donde señala expresamente respecto a nuestro gobierno: “*Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes*”. En consecuencia tenemos tres poderes, el primero es el Poder Legislativo compuesto por el Congreso unicameral conformado por 120 congresistas elegidos mediante un proceso electoral libre durante un plazo de 5 años de ejercicio (Art. 90 y ss.). El segundo es el Poder Ejecutivo representado por el Presidente de la República que es el Jefe de Estado y personifica a la Nación y también elegido por sufragio directo para un cargo de 5 años (Art. 110 y ss). Finalmente tenemos al Poder Judicial conformado por órganos jurisdiccionales que se encargan de administrar justicia tales como la Corte Suprema de Justicia y demás cortes y juzgados. Para este caso los magistrados son elegidos por el Consejo Nacional de la Magistratura (Art. 138 y ss.). Siguiendo con las características del Estado de Derecho, tenemos a la representación popular que caracteriza por excelencia a los gobiernos democráticos. Este elemento lo podemos ver presente en la elección que se realiza a los miembros del Poder Legislativo (congresistas) y al Poder Ejecutivo (Presidente de la República) tal como lo mencionamos anteriormente. Además, en el art. 176 de la Constitución se menciona que.¹⁴⁶

El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

¹⁴⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, artículo 176.

Este artículo resalta la importancia de un sistema electoral libre en un Estado de Derecho como el Peruano en donde las votaciones reflejen fielmente la voluntad popular que es tan importante para un gobierno democrático ya que implica que las decisiones que adopten también serán de la mayoría y ello le da mayor representatividad al gobierno.

Asimismo, tenemos al respeto por los derechos fundamentales reconocidos expresamente en el Capítulo I de la Constitución y en cuyo art. 3 señala que la enumeración de los derechos de dicho capítulo no excluye a otros que pueden reconocerse a lo largo de la Constitución así como aquellos basados en la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Sin embargo, para ser un Estado Social de Derecho no basta ser un Estado que sólo reconoce derechos individuales sino que su preocupación también se dirige hacia los derechos sociales, es decir busca el bienestar de la sociedad a través de un estado activo e intervencionista que genera las condiciones para ello. Esto lo vemos en el Capítulo II de la Constitución en donde se mencionan los derechos sociales que nuestro Estado garantiza tales como la salud (art. 7), el derecho progresivo a la seguridad social (art. 10), a la educación (art. 13 y ss), al trabajo (art. 22 y ss), entre otros.

Precisamente dada la importancia del respeto hacia estos derechos dentro de nuestro Estado Peruano es que venimos realizando esta investigación.

Anteriormente, ya precisamos que no basta catalogar el Estado en un determinado tipo sino además en hacer respetar sus principios y postulados básicos.

Dentro de los derechos fundamentales encontramos a los derechos sociales, que si bien ofrecen cierta dificultad en su realización, ya que no es suficiente con una posición abstencionista del Estado, requieren de una actitud positiva en donde el Estado trate de proveer los recursos y medios necesarios para hacer efectivos estos

derechos. De esta forma se logrará la mejora en el grado de efectivización de los derechos sociales.

2.2. Posición del Tribunal Constitucional relacionado al Estado Social de Derecho

El Perú al ser un Estado Social de Derecho tal como lo vimos anteriormente requiere que la reforma se realice bajo ciertos parámetros legales específicos y como tal deben respetarse las características que lo definen. A continuación veremos con detalle la posición del Tribunal frente a las características del Estado Social de Derecho lo cual incluye aquellos límites impuestos a la reforma, los principios que deben respetarse y los elementos básicos que lo definen.

El Tribunal Constitucional reconoce de esta manera al Estado Social de Derecho :¹⁴⁷

El Estado Social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley, antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real.

En algunos puntos, las apreciaciones del Tribunal son correctas y en otros no necesariamente. No basta que el Tribunal Constitucional señale que está respetando un determinado límite, principio, derecho o elemento esencial del Estado Social de Derecho, cuando al momento de analizar las conclusiones a las que ha llegado no lo está haciendo ya que adopta una formulación distinta. Por lo tanto, es imprescindible que se respeten todos los límites y principios básicos no sólo con su enunciación sino con su cumplimiento efectivo para así poder lograr un verdadero Estado de Derecho.

¹⁴⁷ Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 11 citado por la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 44.

2.2.1. Límite al poder de reforma por la Constitución

Como vimos anteriormente, la Constitución se convirtió en el instrumento principal para el control del poder, por ello el constitucionalismo radica en la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto propio de la monarquía.

En este punto radica el *telos* de la Constitución, es decir crea instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido hay una doble finalidad: el primero es liberar a los destinatarios del poder del control absoluto por sus detentadores y el segundo es asignarles una participación en el ejercicio del poder. Para alcanzar el primero de estos fines la Constitución establece reglas y procedimientos que deben ser respetados por los detentadores del poder y para el segundo se desarrolla la técnica de la representación popular a través de una asamblea.¹⁴⁸

De esta forma, la Constitución tiene como función principal limitar el poder en un Estado de Derecho, asimismo establece la forma de gobierno y límites de actuación de los entes estatales. Por ello, es necesario que dicha Constitución contenga los principios y valores fundamentales de una nación.

Así es preciso reconocer que la Constitución cuenta con un contenido fundamental , es decir con una esencia que no puede ser vulnerada y que debe respetarse ante todo.

En consecuencia, al realizarse la reforma de la Constitución debe tenerse en cuenta dicho contenido fundamental puesto que si se ve mutilado, la reforma que en apariencia puede ser constitucional por haber sido aprobada siguiendo los parámetros legales, es decir en sentido formal, no sucede lo mismo con su contenido material puesto que atenta con la esencia misma de la Constitución.

Debemos precisar que la reforma constitucional implica sustituir una o varias disposiciones legal-constitucionales por otras siempre y cuando se mantenga la

¹⁴⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Ob. cit.*, 149-151.

identidad y continuidad de la Constitución. Por lo tanto, no es una función normal del Estado, sino todo lo contrario se trata de una facultad extraordinaria y limitada ya que sólo pueden otorgarse facultades limitadas.¹⁴⁹

La reforma constitucional no significa destruir la Constitución, por ejemplo, no sería admisible que una reforma modifique un estado basado en el principio monárquico por otro democrático puesto que sería destrucción. Tampoco significa supresión de la Constitución por ejemplo no podría cambiarse el sistema de sufragio democrático por un sistema de consejos. Sólo pueden modificarse determinadas disposiciones siempre y cuando no se modifique el espíritu de la Constitución. Por ello, menos aún podría admitirse la supresión de una Constitución siguiendo el procedimiento de reforma. De esta forma, lo confirma el artículo llamado *The limitation upon the amending power* escrito por William L. Marbury en el "Harvard Law Review", 33, 1919 en las páginas 223 y ss. en el que señala que "*la facultad de reformar y de completar la Constitución no puede ser ilimitada, y no autoriza a suprimir la Constitución misma*".¹⁵⁰

Siguiendo lo anterior, la reforma tampoco implica el quebrantamiento de la Constitución ni la suspensión de la misma. Se dice esto último puesto que si bien pueden existir casos en los que se inaplican temporalmente determinadas disposiciones constitucionales ello no significa que estas ya no existan o que ya no sean válidas, en este caso no se configuraría un quebrantamiento sino una suspensión.¹⁵¹ En la suspensión no existe quebrantamiento puesto que no hay vulneración de alguna disposición, en cualquier caso ninguna de ellas configuraría una reforma.

Según lo citado anteriormente la reforma constitucional es una facultad extraordinaria mediante la cual se pueden modificar determinadas disposiciones constitucionales

¹⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid : Alianza Editorial, 1982, pp. 118-119.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 119-122.

¹⁵¹ *Ibíd.*, pp. 125-126.

respetando la identidad y esencia de la Constitución modificada. No es permisible mediante una reforma cambiar de un sistema político a otro así de fácil, o modificar principios básicos que sustentan la forma de gobierno o derechos y garantías que protegen a los gobernados. Ante todo se trata de mantener la unidad, coherencia y seguridad.

De esta forma Pareja Paz concuerda: *"Pero la facultad de revisar la Constitución no es total (...) Así no podría por simple reforma variarse la forma de Gobierno, la estructura de los órganos fundamentales o el régimen político"*.¹⁵²

En el sistema Peruano podemos ver que la Constitución de 1993 admite en su texto la facultad de reforma de la Constitución en su artículo 206 de la siguiente manera:¹⁵³

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

Sin embargo, del tenor del artículo anterior no se puede desprender si se trata de una reforma total o parcial. Ante esta situación, según jurisprudencia del mismo TC debe entenderse que el art. 206 se refiere a la reforma parcial puesto que si bien no señala en forma expresa los alcances de la reforma debe entenderse que la reforma sólo puede ser parcial. Esto a diferencia del artículo 32 de la Constitución que admite la reforma total de la siguiente manera:¹⁵⁴

Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. (...)

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

¹⁵² PAREJA PAZ SOLDAN, José. Derecho Constitucional Peruano, 5ta edición, Lima: Ediciones Librería Studium, 1973. p.559.

¹⁵³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ de 1993, artículo 206.

¹⁵⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993, artículo 32.

Por lo tanto, si se admite que puede someterse a referéndum la reforma total de la Constitución, obviamente se entiende que se permite la reforma total a pesar de no estar dispuesto de forma expresa en la Norma Suprema.

Doctrinariamente la facultad de reforma debe ser siempre parcial ya que según lo indica Carl Schmitt la facultad de reformar la Constitución implica solamente la de realizar modificaciones, adiciones o supresiones *“pero manteniendo la Constitución, no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional”*¹⁵⁵

No obstante, si bien según la doctrina la reforma sólo debería ser parcial, nuestra Constitución admite la reforma total. Esto lo podemos encontrar en el art. 32 que menciona la reforma total y en el art. 206 la reforma parcial, en tal caso el Tribunal Constitucional señala en una sentencia anterior, que no podríamos tomar como parámetro la doctrina constitucional porque ya tenemos la disposición constitucional que la admite.¹⁵⁶

En el presente caso, se trata de una reforma parcial puesto que no se está modificando la Constitución en su totalidad ni alterando toda su identidad, sino que se está reformando algunos artículos y la Primera Disposición Final y Transitoria . Si bien no se trata de una reforma total en el sentido de cambiar la forma de gobierno o la identidad de la Constitución, por ello no deja de ser importante puesto que va a afectar derechos y garantías fundamentales.

Debemos tener en cuenta que en la reforma constitucional intervienen varios actores, de esta manera tenemos al Poder Constituyente que según SCHMITT es aquella

¹⁵⁵ SCHMITT, Carl. *Ob. cit.*, p. 119.

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002, fundamento 81. <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/0014-02.htm>

“voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política”. Es decir, es la facultad mediante la cual el pueblo decide instaurar un determinado orden constitucional puesto que es el titular directo de la soberanía y sobre el cual halla sustento la Constitución ya que ésta proviene de una decisión política de un ser político, denominado Poder Constituyente.¹⁵⁷

Este poder se manifiesta cuando se quiere establecer una Constitución en un Estado que nace por primera vez o que ha decidido cambiar de Constitución. Por lo tanto, se trata de un poder único, en tanto ningún otro poder puede ejercer dicha función; extraordinario puesto que su responsabilidad es excepcional y sólo se da bajo circunstancias históricas muy específicas; y finalmente es ilimitado ya que asume de forma absoluta todas las funciones y no tiene límites en su ejercicio.¹⁵⁸

El pueblo es el titular del poder constituyente con capacidad de decisión y actuación política; con voluntad y existencia política; inagotable y con una voluntad inmediata.

¹⁵⁹ Precisamente esta voluntad del pueblo puede verse expresada mediante una Asamblea Nacional o Constituyente acompañado con referéndum o sin él, o solamente un referéndum.

Es a partir de este Poder Constituyente que se derivan a través de la Constitución los poderes constituidos, es decir los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y otros de naturaleza constitucional. En resumen, el Poder Constituyente es el poder originario y creador, mientras que los poderes constituidos son aquellos derivados del primero que se encargan más bien de cumplir con los lineamientos dictados por la Constitución.

¹⁵⁷ SCHMITT, Carl. Ob. cit., pp. 93-94.

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002, fundamento 60. <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/0014-02.htm>

¹⁵⁹ SCHMITT, Carl. Ob. cit., pp. 99-101.

Como ya señalamos anteriormente, el Poder Constituyente es un poder ilimitado que sólo puede condicionarse por valoraciones sociales dominantes, a diferencia del Poder Constituido que posee limitaciones en cuanto poder creado para reformar.¹⁶⁰ En tal caso, cuando se trata del Poder Constituyente lo que se hace en el Perú es convocar a una Asamblea Constituyente cuyos miembros serán elegidos libremente por el pueblo y como tal tendrá las características ya señaladas que corresponden al Poder Constituyente, es decir será ilimitado. Esto a diferencia del Poder Constituido conformado por el Congreso de la República, si bien elegido por el pueblo al igual que la Asamblea, ha sido elegido con una finalidad distinta, es decir para que se encargue de tareas legislativas (leyes ordinarias) y fiscalizadoras inherentes a su naturaleza, por ello posee facultades limitadas. Cosa distinta sucede con la Asamblea puesto que es elegida con la finalidad de elaborar una nueva Constitución.

Esta distinción se da por razones válidas, tales como la ausencia de conocimientos jurídicos sobre temas especializados como el tratamiento de instituciones electorales, de las fuentes del Derecho, impartición de justicia, la seguridad social, etc. El manejo de estos temas además de exigir un conocimiento especializado también requiere una actitud interesada, no de indiferencia que lamentablemente el Congreso ha demostrado tener en la práctica. Asimismo, respecto a temas que le atañen directamente es necesaria una desvinculación de intereses inmediatos, lo cual no cumple el Congreso puesto que no posee una actitud imparcial frente a este tipo de situaciones:¹⁶¹

El tema resulta tanto más vital, cuando el Poder Legislativo no está en condiciones de definir, con auténtica imparcialidad, temas tan importantes como la prohibición de reelección para todos los cargos a los que se accede mediante votación popular, o la posibilidad de incorporar la revocatoria irrestricta para todo tipo de cargos, incluidos

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002, fundamento 71.

¹⁶¹ PALOMINO MANCHEGO, José F. “¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?”. En: Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del derecho constitucional. Lima: Grijley, 2005, pp. 60-61.

los de los propios congresistas. Como es evidente sus intereses inmediatos, no van a poder desligarse de decisiones tan necesarias como las señaladas.

Según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, efectivamente se reconoce que el Poder Constituido por excelencia es el Congreso de la República y por ende no está facultado a realizar una reforma total ya que, tal como lo explicamos anteriormente, no es el Poder Constituyente originario. En consecuencia, la reforma parcial está autorizada para ser realizada por el Congreso, tal como lo indica el art. 206°. De esta forma al ser un poder constituido se encuentra sujeto a una serie de limitaciones que la reforma debe respetar:¹⁶²

108. (...) Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales).

El Tribunal Constitucional en su fundamento 21 en su sentencia sobre la reforma materia de estudio señala que la reforma constitucional tiene límites y que la misma no puede “destruir la Constitución ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando contenido fundamental”. Es decir, cualquier reforma no puede alterar la identidad de la Constitución, lo que hace es adecuar las normas constitucionales para confirmar o reafirmar la mencionada identidad como si fuera una evolución normativa y social. También señala que el contenido de la reforma no puede destruir su fundamento ni su razón de ser.

Más adelante, el Tribunal Constitucional en su fundamento 22 indica que hay límites formales y materiales. Entre los límites formales para realizar una reforma podemos encontrar los siguientes :¹⁶³

¹⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002, fundamento 108.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002, fundamento 72.

- a) Órgano encargado: La Constitución otorga la capacidad reformadora a un determinado órgano que en el caso de Perú sería en principio el Congreso de la República en tanto poder constituido.
- b) Procedimiento: La Constitución establece cuál es el procedimiento que deberá seguir el órgano legitimado para aprobar la reforma constitucional, lo cual incluye la cantidad de legislaturas, sistema de votación, etc.
- c) Referéndum: La Constitución debe precisar si se requiere algún tipo de ratificación por parte del pueblo tras la reforma.

Para el presente caso, el respeto a los límites de procedimiento para la reforma parcial significará el respeto a los requisitos del art. 206 de la Constitución. Es decir, la aprobación por el Congreso por una mayoría absoluta y un referéndum o la aprobación en dos legislaturas ordinarias sucesivas por lo menos en 2/3 del número legal de congresistas.

La reforma materia de discusión fue aprobada en dos legislaturas, la primera se dio en la Segunda Legislatura Ordinaria del 2003 en su 14ª Sesión del miércoles 26 de mayo del 2004 la cual terminó con 96 votos a favor, 5 en contra y 11 abstenciones del texto sustitutorio del proyecto de Ley de reforma constitucional.

La segunda se dio en la Primera Legislatura Ordinaria del 2004 en su 20ava sesión del jueves 11 de noviembre del 2004, la misma que culminó con una votación de 88 votos a favor, 13 en contra y 4 abstenciones.

Asimismo, dentro de los límites formales además de la votación podemos encontrar a la firma que promulga la ley, así como la opinión de los sectores involucrados como respeto al debido proceso, en específico al derecho de defensa. Sin embargo, el TC considera que no hay ninguna vulneración de estos aspectos con lo cual coincidimos ya que respecto a la votación realizada en ambas legislaturas se superó los 2/3 del número legal de congresistas. Respecto al tema de la firma en su fundamento 28 señala que es válido que el Vicepresidente de la República firme la ley de reforma

puesto que el Presidente no podía , y para esto se sustenta en el art.110 y 115 de la Constitución que lo faculta para ello. Finalmente, sobre la opinión de los sectores afectados, esta no resulta indispensable puesto que del tenor del art. 206 no se requiere de la misma, incluso se prescinde del referéndum cuando la votación se hace en 2 legislaturas ordinarias tal como lo señalamos anteriormente. Además, se propició el debate entre los congresistas quienes son los representantes del pueblo y en su labor de legisladores dieron a conocer sus distintas opiniones en dos legislaturas, incluso se contó con la opinión de los representantes de los pensionistas. Por lo tanto, no se ve afectado ningún límite formal de la reforma.

Entre los límites materiales se encuentran aquellos referidos al respeto de los derechos fundamentales y al contenido fundamental de la Constitución, es decir va más allá de los de tipo procedimental para centrarse en la esencia de la Constitución que no se puede modificar mediante ninguna reforma.

Según jurisprudencia del TC dentro de los límites materiales tenemos a los expresos , a los implícitos y al contenido fundamental de la Constitución.

Entre los límites expresos se encuentran las conocidas cláusulas pétreas, las cuales se encuentran expresamente en la Constitución y que establecen que hay ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional que están exceptuados de cualquier reforma. Como ejemplo podemos citar al art. 89 de la Constitución de Francia de 1958, el art. 139 de la Constitución italiana de 1947, art. 119 de la Constitución panameña y en el caso peruano el art 183 de la Constitución de 1839 y el art. 142 de la Constitución de 1933. ¹⁶⁴

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002, fundamento 76.

Por otro lado, tenemos a los límites implícitos que son aquellos que respecto a los cuales la Constitución no dice nada expresamente. Para ser más específicos el Tribunal Constitucional indica que son los:¹⁶⁵

(...)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 la destrucción de la Constitución.

Es decir, se trata de aquellos principios básicos de la Constitución que si bien no están establecidos de forma expresa no por ello dejan de ser menos importantes, sino todo lo contrario resulta que son tan fundamentales que se desprende del modelo estatal y constitucional. Como ejemplos, podemos citar a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático y social de derecho, forma republicana de gobierno, régimen político y forma estatal.

Podemos ver que los límites se identifican finalmente con el contenido fundamental de la Constitución que se refiere a la esencia.

El Tribunal Constitucional lo define como aquellos valores materiales y principios fundamentales que le dan identidad a la Constitución y que conforman la esencia de la misma como la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, separación de poderes, etc. Por ello, una Constitución sin estos elementos si bien puede ser formalmente válida, no sucede lo mismo con su aspecto material y por ende sería ilegítima.¹⁶⁶

Según Karl Loewenstein el mínimo irreductible de una auténtica constitución esta conformado por los siguientes elementos fundamentales:¹⁶⁷

- a) Diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a distintos órganos estatales detentadores del poder para evitar la concentración del poder.

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002, fundamento 76.

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002, fundamento 75.

¹⁶⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Ob. cit., p. 153.

- b) Un mecanismo que establezca la cooperación de los detentadores del poder que permitan el control del ejercicio del poder político.
- c) Un método que permita evitar los bloqueos entre los distintos detentadores del poder para que en caso de no producirse la cooperación esperada se evite que resuelva el impase por sus propios medios.
- d) Método para la adaptación de la norma fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas, es decir el método racional de la reforma constitucional, el cual debe estar contemplado para evitar que la Constitución se mantenga rígida en el transcurso del tiempo.
- e) Reconocimiento expreso de aquellas áreas de autodeterminación individual, es decir los derechos y libertades fundamentales y sus formas de protección frente a la intervención de los detentadores del poder.

Precisamente, nos centraremos en los 2 últimos puntos puesto que se reconoce la necesidad de poseer un método de reforma constitucional para poder adaptarnos a los cambios sin embargo, siguiendo el último punto ello no quiere decir que al hacer la reforma podamos modificar o suprimir derechos fundamentales.

Así, el principal derecho afectado es el de la seguridad social específicamente el derecho a la pensión, además de afectar otras garantías como la seguridad jurídica entre otros que veremos con detalle más adelante.

En conclusión, el contenido esencial de la Constitución lo podemos establecer de la siguiente manera:

- Debemos tener en cuenta el modelo de nuestro Estado y su relación con la Constitución. Así pues, como ya vimos nuestro Estado es social y democrático de Derecho y como tal deben respetarse los derechos fundamentales y prestarle especial atención a los derechos sociales puesto que requieren una actuación positiva del Estado y por ello son proclives a verse desconocidos. Dichos derechos y garantías deben verse reconocidos por la Constitución como Norma Suprema.

Esto es justamente lo que no sucede con la reforma, en lugar de tratar de consolidar y mejorar el derecho a la seguridad social en especial el derecho a la pensión, no se hace puesto que se considera como un derecho no prioritario y que genera gastos que podrían usarse en otras cosas “más importantes”. Esto va en contra del modelo social de Derecho reconocido por la Constitución, en donde se prioriza el desarrollo integral de los ciudadanos garantizándoles sus derechos fundamentales y sociales tales como salud, educación, pensión, etc.

- La Constitución al ser la norma fundamental tiene vocación de permanencia y estabilidad, lo cual no quiere decir que deba ser rígida e inflexible sino que contenga parámetros estables en el tiempo y aquellas modificaciones que se le hagan serán en concordancia con ellas. Por lo tanto, reformar una Constitución cambiando las reglas de juego en la aplicación de normas en el tiempo y afectando derechos fundamentales no van de acuerdo con la vocación de estabilidad puesto que no contaríamos con la seguridad jurídica necesaria. En un futuro podría venir otra reforma y cambiar nuevamente la aplicación de normas en el tiempo y lo único que generará será un perjuicio al ciudadano y un estado de indefensión al no contar con la previsibilidad jurídica esperada.

A partir de todo lo anterior podemos apreciar que si bien la formulación realizada por el Tribunal Constitucional es acertada, no se cumplen estos postulados al momento de examinar la reforma. Si bien sí se respetan los límites formales no sucede lo mismo con los límites materiales y con el contenido esencial de la Constitución, que por cierto el Tribunal no define cual es.

Podemos ver que efectivamente se puede reformar la Constitución y esto lo reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia en su fundamento 18 en donde indica que el poder constituyente puede introducir modificaciones al texto constitucional si sigue los límites formales y materiales establecidos. Asimismo, señala citando a Gustavo Justda Costa e Silva que los límites permiten la estabilidad en el tiempo pero no

relacionado con la estabilidad formal de normas sino de sus contenidos que trascienden en el tiempo.

Siguiendo esta misma línea el Tribunal Constitucional en su fundamento 19 también admite que la posibilidad de reforma constitucional está de acuerdo con el Estado social y democrático de Derecho.

Estas afirmaciones del Tribunal son acertadas puesto que no estamos en contra de la existencia de posibilidad de realizar una reforma constitucional pero esta debe hacerse con sumo cuidado y en situaciones muy especiales cuando no existan otras formas menos gravosas de solucionar el conflicto.

El Tribunal determina que esta reforma es constitucional pero no considera que atenta con la esencia de la Constitución. Se están vulnerando los llamados límites materiales de la reforma ya que se desconocen distintos derechos y garantías fundamentales que sustentan todo Estado de Derecho.

Por lo tanto, en este caso un límite que se impondría sería la imposibilidad de modificar artículos de la Constitución de tal manera que se supriman derechos y garantías que aseguren la estabilidad jurídica en material previsional, tal como sucede aquí que se suprimen los derechos adquiridos. Por ello es posible declarar la inconstitucionalidad de la reforma de la propia Constitución cuando dicha reforma atenta contra los valores y principios fundamentales de la Constitución y de un Estado de derecho. En este caso se eliminan los derechos adquiridos, y se atenta con otros derechos y con el principio fundamental de la seguridad jurídica.

Conforme a ello, tenemos la declaración del congresista Barrón durante la primera votación de la reforma: ¹⁶⁸

¹⁶⁸ Declaración del Congresista Xavier Barrón Cebreros durante la primera votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Segunda Legislatura Ordinaria de 2003, 14 A Sesión, miércoles 26 de mayo, 2004, p. 29.

No se trata de defender privilegios, beneficios, prebendas o granjerías, como se dijo en este Congreso muchos años atrás. Se trata de defender la ley y el respeto al Estado de derecho. (...) La ruptura del Estado de derecho nace cuando perversamente se quiere modificar la Constitución para aplicar leyes retroactivas de manera maligna (...)

2.2.2. El respeto a la seguridad jurídica

En este punto revisaremos la importancia de la seguridad jurídica en un Estado de Derecho y si el Tribunal Constitucional lo tomó en cuenta al momento de resolver en lo que respecta al tema de la reforma constitucional.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que no toda situación puede encontrarse detallada al milímetro en una norma pero sí deben contemplarse principios generales que permitan dar una orientación y garantía. Asimismo debemos tener en cuenta que otra razón para no contemplar todos los aspectos se debe a la cambiante situación económico, social y política que lo amerita. Por otro lado, tampoco podemos pecar en dejar de regular aspectos importantes alegando dichos cambios. El respeto a la seguridad jurídica implica el respeto a los parámetros o principios ya establecidos sin cambiarlos de un momento a otro.

El Tribunal Constitucional en la sentencia a la que hacemos referencia indica en su fundamento N° 16:¹⁶⁹

Las Constituciones modernas se fundan en un conjunto de principios y de reglas cuyos contenidos delimitan, con mayor o menor precisión, el marco en el que se debe resolver cualquier tipo de controversias relativas a los límites de los derechos fundamentales. Es por ello que se requiere, por definición, de un elevado grado de estabilidad y previsibilidad jurídica para permitir que las sociedades puedan alcanzar sus objetivos más valiosos, entre los que se cuenta el de organizar la convivencia humana de un modo adecuado y eficiente.

<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256EA10019C29B>

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 16.

Sin embargo, estabilidad y previsibilidad no significan permanencia estática, sino una continua adaptación a los cambios sociales. Por eso, se considera que la Constitución posee un carácter de ductibilidad.

Efectivamente, a partir del fundamento citado podemos ver que el Tribunal reconoce la importancia de la estabilidad y previsibilidad jurídica ya que gracias a ellas será posible alcanzar los fines de la sociedad. Por otro lado, también admite que a pesar de ello no debemos considerarlo como sinónimo de permanencia e inalterabilidad sino que debe ser flexible para adaptarse a los cambios de la realidad.

Por ello debemos analizar la imprevisión que se da cuando no hay regulación normativa y la previsión constitucional que se da en el caso contrario y que otorga seguridad jurídica, para ver en qué casos y bajo qué razones se deben regular ciertos aspectos.

Hay supuestos que deben regularse con carácter de permanente o dejar de ser regulados porque pueden existir supuestos no contemplados que al momento de dar la norma no se podían prever o simplemente casos en los se pueden modificar normas siempre y cuando no sean estables.

Ante todo debemos tener en cuenta que la Constitución es la Norma Suprema con vocación de permanencia y estabilidad, por ello necesariamente es imprevisora ya que *“está destinado a sobrevivir durante generaciones”*.¹⁷⁰

Una Constitución no puede ser demasiado previsora, es decir que contemple cada detalle porque caería en el exceso de ser demasiado minuciosa y pretender regular todo acontecimiento futuro. En este caso, incluso sería perjudicial porque no lo haría bien y significaría una misión utópica teniendo en cuenta que la realidad es tan cambiante. Desde este punto de vista la imprevisión no resultaría negativa, al contrario, porque permitiría que los legisladores puedan posteriormente normar esa situación con mejores herramientas.

¹⁷⁰ SAGUÉS, Néstor Pedro. “Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”. En: Imprevisión y reforma : dos problemas contemporáneos del derecho constitucional. Lima : Grijley, 2005, p. 13.

En conclusión hay dos tipos de imprevisión una buena y otra mala. Buena en tanto no se exige al legislador regular todas las situaciones que sucederán a futuro puesto que es imposible que pueda preveer eso y mala en el sentido de no regular un aspecto. Esto último puede suceder debido a la falta de pericia, miedo o a propósito, puesto que guarda silencio en algo que debió pronunciarse.¹⁷¹

Por lo tanto, la situación no puede definirse así de fácil puesto que en determinados casos es mejor preveer ciertos supuestos y en otros no, porque esto resultaría ser imposible o incluso sería una tarea demasiado tediosa. En tal caso, lo importante es que deben establecerse los derechos fundamentales y principios básicos que sustenten al modelo estatal con la finalidad de que perduren en el tiempo y que sean estables ya que son positivos y dicha previsibilidad otorga la seguridad jurídica necesaria para poder desarrollarse.

Si bien la realidad cambia ya sea por razones políticas, sociales o económicas debemos tener en cuenta que hay ciertos valores que deben perdurar en el tiempo y que no deben modificarse, y si es necesaria su modificación sólo debe realizarse bajo razones muy específicas y fundamentadas sin afectar derechos y sin generar inseguridad entre los gobernados.

En cuanto a lo que se refiere a la reforma constitucional, es de especial relevancia que se respete el principio de seguridad jurídica para que las personas mantengan la confianza en las leyes que les reconocen determinados derechos que han adquirido legalmente cumpliendo todos los requisitos y que después no quieren que se les desconozca bajo un argumento meramente económico.

Este es un principio implícito alrededor del cual gira toda nuestra legislación ya que está referido a la predecibilidad razonable de la actitud del poder Estatal frente al ciudadano. Es decir, en este caso el pensionista mantiene confianza y una expectativa

¹⁷¹ Ibíd., pp. 14-15.

fundada de que se van a respetar los términos y condiciones en el que adquirió su derecho a la pensión, de modo contrario se cometerían una serie de arbitrariedades si el Estado cambia en cualquier momento las leyes sin mediar protección alguna para el ciudadano.

De esta forma se ve reconocido el principio de la seguridad jurídica por el Tribunal Constitucional en la sentencia que versa sobre la reforma, en su fundamento N° 134 primer párrafo:¹⁷²

A criterio del Tribunal Constitucional, el asunto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la aplicación inmediata del tope previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449, no se encuentra relacionado con una cuestión de aplicación de leyes en el tiempo (teoría de los hechos cumplidos o de los derechos adquiridos) sino con la necesidad de que toda mutación del ordenamiento jurídico se desenvuelva dentro de márgenes razonables y previsibles, en otras palabras, cuestión debe ser abordada con relación al principio de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es un concepto cultural o histórico que empezó como tal cuando apareció el mundo Moderno pero su núcleo central surgió con el pensamiento jurídico liberal . Si bien comienza con el Estado absoluto es un concepto que se prolonga hasta el Estado Social forjándose así como protección al usuario y al consumidor y ante necesidades básicas para la existencia humana.

Debemos precisar que el concepto clásico de seguridad jurídica se inicia desde el campo del Derecho Privado pero luego se complementa con el Derecho Público, constitucional y administrativo. Por ende se trata de un concepto que se genera en ambos campos pero que más allá de ser un derecho fundamental se configura como un “*principio o valor que inspira a todo el Ordenamiento Jurídico y del que se desprende esa certeza, esa ausencia de temor, esa tranquilidad (..)*”¹⁷³

¹⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 134, primer párrafo.

¹⁷³ PECES-BARBA, Gregorio “La Seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho” . En: Anuario de Derechos Humanos. Vol. 6, 1990, pp.220 y 229.

A partir de lo anterior podemos concluir que la seguridad jurídica no es un concepto que nace de la noche a la mañana sino que va evolucionando con el Estado y al final se define como un principio implícito que inspira a todo el Derecho.

En el mismo sentido tenemos la siguiente opinión:¹⁷⁴

Al respecto la seguridad jurídica como principio no se encuentra escrito en la Constitución ni como derecho ni como norma ni como principio, es un derecho implícito, es a raíz de los manifestado por el Tribunal Constitucional que de todas manera forma parte del Derecho

Asimismo tenemos la definición de seguridad jurídica según Arcos Ramírez y señala que ésta expresa la necesidad de que el Derecho cumpla su labor de orden dentro de una estructura de relaciones sociales y políticas. Por ello para que exista un ambiente de convivencia humana es necesario que haya “uniformidad de comportamientos” para que de esta forma se pueda prever las conductas y reacciones de los demás hombres. No obstante, dicha uniformidad no surge espontáneamente sino que es necesario que se genere mediante la creación de los hombres es decir a través de instituciones del derecho.¹⁷⁵

En el siguiente párrafo, se hace referencia a la sentencia recaída en el Expediente N° 0016-2002-A que explica de forma más detallada de lo que se trata la seguridad jurídica:¹⁷⁶

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como establecerá el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho (STCE 36/1991,F.J.5). El principio in comento no sólo supone la absoluta

¹⁷⁴ CRUZADO ALIAGA, Alberto. La norma jurídica penal en blanco y el principio de legalidad y seguridad jurídica.
http://www.derechoclub.com/biblio/zabarburu/CRUZADO/LANORMAJUR_DICAPENALENBLANCO_ATENTACONTRALASEGURIDADJUR_DICA.doc

¹⁷⁵ ARCOS RAMÍREZ, Federico. La Seguridad Jurídica: una teoría formal. Madrid: Dykinson, 2000, p. 32.

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 134, segundo párrafo.

pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas mediante la predecible reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

Si bien el principio de seguridad jurídica está bien definido por el Tribunal Constitucional tal como lo podemos ver en una cita anterior dicho principio no es contemplado en su verdadera magnitud por el mismo al momento de resolver. Es decir, reconoce que se debe respetar pero al final no lo hace ya que se atenta con la seguridad jurídica cuando se le priva a los pensionistas de sus derechos adquiridos legalmente y al modificar los términos en que adquirieron la pensión. Si justamente nuestro ordenamiento jurídico gira en torno a la seguridad jurídica no es posible que en un primer momento se haya aplicado los derechos adquiridos de forma excepcional para el caso de los pensionistas, y luego se haga una reforma y se la modifica por los hechos cumplidos, modificando aspectos sustanciales del modo en que percibían su pensión.

Justamente esta excepción se estableció porque se trata de un tema muy delicado ya que la pensión tiene un carácter alimentario ya que de él depende la subsistencia del pensionista y su familia. Debemos recalcar lo importante que es el derecho a la seguridad social y no debe considerarse como algo que se supedita exclusivamente de la economía del Estado, debe tenerse en cuenta el carácter importante que tiene y no ponerlo por debajo de obras públicas por ejemplo, como si estas fueran más importante que este derecho fundamental.

Si bien no se les pretende desconocer el derecho en sí, tal como lo alega el Estado Peruano, se están haciendo modificaciones sustanciales al mismo, tales como cambiar la base de cálculo de las pensiones de una objetiva como la nivelación a una subjetiva tal como la discrecionalidad estatal, para así disminuirlas y además se coloca el tope de 2 UIT para aquellas pensiones mayores a dicho límite. Para poder realizar todos

estos cambios que antes estaban prohibidos porque contábamos con la garantía de los derechos adquiridos, se hizo la reforma para eliminar esta importante garantía y cambiarla a la de los hechos cumplidos y de esta forma no tener ningún "obstáculo" legal para disminuir las pensiones. Esta situación no ofrece ninguna seguridad jurídica al ciudadano puesto que se cambian las "reglas del juego" como si nada y se desconocen aspectos importantes de un derecho y colisiona con otros. De esta forma, ¿qué podemos esperar en un futuro? Qué seguridad podemos tener si vemos situaciones como esta en donde el Estado se compromete a algo y luego no quiere cumplir en los términos pactados frustrando así las expectativas de las personas y creando una situación de incertidumbre jurídica. Todo esto lo hace considerando solamente razones de tipo económico y no considera el impacto jurídico que se hace con la mencionada reforma puesto que se vulneran principios y derechos constitucionales sobre los cuales se asienta el Estado social de Derecho.

El Tribunal Constitucional considera que su forma de resguardar la seguridad jurídica es estableciendo la reducción de forma progresiva de los topes puesto que establecer de forma abrupta topes a aquellas pensiones mayores a 2 UIT sería incompatible con la seguridad jurídica. Por ello la Ley 28449 establece en su artículo 3 el monto máximo de las pensiones para el Decreto Ley 20530 y en su Tercera Disposición Transitoria fija que el tope se aplica de forma progresiva a razón de una reducción anual del 18% hasta alcanzar el tope de 2 UIT.

Tal como lo señala el TC, y con lo cual coincidimos, los pensionistas ya cuentan con una expectativa respecto a su pensión, han planificado su vida según los ingresos que poseen provenientes de su pensión:¹⁷⁷

Es sabido que algunos pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 percibían pensiones muy superiores a 2 UITs y habían forjado su expectativa de vida personal y familiar sobre la garantía del derecho adquirido que les concedía el régimen constitucional derogado.

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 134, segundo párrafo.

Por ello, la aplicación inmediata del nuevo tope implicaría una variación marcadamente abrupta incompatible con el principio de seguridad jurídica que debe informar a la reforma del ordenamiento jurídico.

Razonablemente este grupo de pensionistas pensaban que no se les iba a modificar su pensión puesto que se encontraban resguardados por la seguridad jurídica y los derechos adquiridos reconocidos constitucionalmente hasta ese momento. Si bien el Tribunal tiene los conceptos claros al final llega a una conclusión incompatible puesto que considera que todo se soluciona estableciendo los topes progresivamente. Esta solución logra amortiguar el impacto de la reforma pero ello no quiere decir que no se va a afectar a los pensionistas, debemos tener en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, que ya no se encuentran en aptitudes de trabajar y que en su mayoría cuentan como único ingreso a su pensión y tal como se dijo ya se han formado una expectativa de vida de acuerdo a ella. Ahora como se les puede decir a esos pensionistas que el Estado tuvo un mal manejo de los fondos y que se equivocaron en su cálculo ya que se han dado cuenta que el D. Ley 20530 les acarrea inconvenientes económicos y por ello se les va a disminuir su pensión y encima se va a congelar. ¿Qué se pretende con eso?, que el pensionista cambie su modo de vida a esas alturas o que se dedique a buscar otros ingresos para compensar la disminución. Ciertamente esta solución no es razonable y resulta inconstitucional.

Lamentablemente, tenemos en el Congreso opiniones contrarias que consideran que para un pensionista de 60 años es suficiente una pensión de mil dólares, cantidad sugerida como tope durante el primer debate, ya que *“hay algunos pensionistas que quieren seguir manteniendo hijos, queridas, nietos y a toda la generación, lo cual es injusto”*¹⁷⁸. Esta opinión está fuera de lugar en una discusión jurídico-política ya que es irrelevante cuál es el destino que el pensionista pretende darle a su pensión que

¹⁷⁸ Declaración del congresista MERA RAMÍREZ durante la primera votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Segunda Legislatura Ordinaria de 2003, 14 A Sesión, miércoles 26 de mayo, 2004, p. 29.

pertenece a su propiedad y puede usarlo como quiera. El problema que se genera es cómo se puede cambiar el nivel de ingresos de una persona que ya se encuentra en la tercera edad y a la que no se le puede exigir que busque otros ingresos ya que justamente de eso se trata la seguridad social, de cubrir este tipo de contingencias. Por el contrario, hay otras opiniones que acertadamente consideran que sólo se conseguirá un verdadero ahorro con un manejo eficiente de la gestión público impregnado de honradez.¹⁷⁹

(...)el ahorro no se consigue sobre la base del sacrificio de las pensiones y de las expectativas legítimas de los trabajadores, sino con eficiencia, es decir, evitando la ineficiencia que existe actualmente en la gestión pública; con austeridad, es decir corrigiendo y evitando el dispendio; con honradez, es decir, habrá una verdadera política de honradez si combatimos efectivamente la corrupción. Ese es el ahorro que se requiere, no el que se quiere lograr sobre la base de no pagar la deuda pensionaria.

Precisamente de eso se trata, de buscar mejores soluciones más efectivas que ataquen el problema de raíz y no optar por la más rápida y gravosa que resulta ser afectar los derechos de los pensionistas. Además, con esta medida no sólo se consigue frustrar las expectativas de los pensionistas sino que genera una inseguridad jurídica en el resto de la población que puede válidamente pensar que así como se modificó un sistema pensionario protegido por los derechos adquiridos con mayor razón se podrán modificar otros aspectos que pueden perjudicar a cualquiera y cambiarle la vida de un momento a otro.

No debemos olvidar que la seguridad jurídica está relacionada con la certeza y como tal también se le vincula directamente con la seguridad social tal como lo señala Peces-Barba cuando indica que seguridad jurídica y seguridad social son dos conceptos que se identifican. El mismo autor lo explica así porque la seguridad jurídica se establece mediante la Ley en la nueva relación libertad-ley propia del Estado Social pero mezclada con conceptos tales como libertad, justicia e igualdad

¹⁷⁹ Declaración del congresista NEGREIROS CRIADO durante la primera votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Segunda Legislatura Ordinaria de 2003, 14 A Sesión, miércoles 26 de mayo, 2004, p. 40.

material. De esta forma, se conforma un concepto de seguridad jurídica impregnado con valores de justicia y libertad dentro de un Estado Social y así “*contribuirá a crear condiciones sociales de superación de necesidades de certeza ante la vejez, la enfermedad o la muerte*”.¹⁸⁰

El mismo autor indica más adelante que la preocupación del Estado Social por crear condiciones de igualdad en libertad tiene influencia en la idea de seguridad jurídica que significa no sólo ausencia de temor ante la incertidumbre sino también tranquilidad porque genera la sensación de creer que lo más débiles no se encuentran abandonados ante los más fuertes.¹⁸¹

Es decir, la seguridad jurídica claramente tiene un alcance en el Derecho Público y se conforma como una protección ante las contingencias que se pueden dar y que se pretenden cubrir con la seguridad social. En otras palabras no se puede hablar de una verdadera seguridad social sino toma en cuenta el principio de la seguridad jurídica en primer lugar, puesto de qué sirve tener un sistema de seguridad social cuando en cualquier momento se puede modificar sin dar ninguna estabilidad cuando precisamente se trata de un sistema que se proyecta a futuro y trata de prever consecuencias futuras relacionadas con medios de subsistencia para personas de la tercera edad. Todo esto va de acuerdo con el fundamento del Estado Social de Derecho puesto que se quiere brindar una especial protección a estas personas que conforman un grupo vulnerable.

Otro tema que sale a colación es aquel relacionado con el acceso legítimo a la pensión puesto que el Estado considera que este sistema es nefasto porque se permitió el acceso a varias personas de forma indebida. Sin embargo, ante esto debemos tener en cuenta que fue el mismo Estado el que se encargó de reabrir el sistema y si bien puede haber sectores o personas individualmente favorecidas

¹⁸⁰ PECES-BARBA, Gregorio. Ob. cit., p. 221.

¹⁸¹ Ibíd., p. 228.

también debemos tener en cuenta que hay varias personas que legalmente obtuvieron este derecho y por ende no se les puede privar de él.

De esta forma, tenemos la opinión de un congresista que señala que con esta medida no se hace una distinción entre “*villanos y benefactores*” y que debemos tener en cuenta que hay personas que obtuvieron legítimamente una pensión, lamentablemente: “*se les pone en el mismo saco de los que la han obtenido ilegalmente. Y si se trata de los que se valieron de malas artes para obtener una pensión, pues ahí está el Poder Judicial para que investigue los casos y aplique la respectiva sanción.*”¹⁸²

Es decir, no se soluciona todo eliminando los derechos adquiridos y modificando la 1ra DFT y los artículos 11 y 103 de la Constitución, sino si se detecta algún caso en el cual se sospeche la entrada indebida a un régimen el mismo deberá investigarse y sancionarse en el Poder Judicial.

Es más, se trata de una modificación unilateral de las condiciones en que se adquirió el derecho a la pensión y esto no puede darse en aras del respeto al principio de buena fe y seguridad jurídica que pertenecen a la noción de Estado de Derecho. Lo que ha hecho el pensionista es acceder de forma legal a un régimen cuyas condiciones fueron establecidas por el mismo Estado y encima sin capacidad de participar en su formulación. Por lo tanto, se dio como una simple adhesión a un “contrato” con determinadas características establecidas unilateralmente y confiando en que se cumplan.

Conforme a lo indicado anteriormente tenemos la opinión coincidente de la Corte Europea y la Comisión Andina de Juristas que señalan que la modificación unilateral provoca una quiebra del equilibrio entre las partes en donde el más perjudicado

¹⁸² Declaración del congresista NEGREIROS CRIADO durante la primera votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Segunda Legislatura Ordinaria de 2003, 14 A Sesión, miércoles 26 de mayo, 2004, p. 41.

resulta ser el pensionista cuando él ni siquiera participó en la formulación de las condiciones del contrato y que es la parte más débil. Esta situación se da ya que el pensionista no se encuentra en posibilidades de buscar otros ingresos debido a su avanzada edad y que la pensión no es sólo un ingreso adicional sino que es principal y de carácter alimentario.

En concordancia con lo mencionado anteriormente tenemos a la opinión de la Comisión Andina de Juristas que indica lo siguiente:¹⁸³

La modificación unilateral de los beneficios previsionales-incluida la forma de cálculo de la pensión- por parte del Estado, una vez cumplidas por el beneficiario las condiciones fijadas por el mismo Estado, suponen una quiebra inaceptable del equilibrio de las cargas que corresponden a ambas partes de la relación-el pensionista y el Estado-; y una ruptura de la confianza aún más injustificable, porque se produce cuando el trabajador deja de ser activo (..) viendo reducidas así por razones de edad las posibilidades de recomponer su ingreso. Es menester recordar además el carácter social y sustitutivo de las pensiones con respecto al salario; el incumplimiento de las condiciones previsionales creadas legalmente por el propio Estado afectan además un crédito de carácter alimentario, que frustra las expectativas sobre el nivel de vida del pensionado que el propio Estado generó.

En conclusión, debemos tener en cuenta que este desconocimiento de las condiciones establecidas inicialmente y que el Estado se comprometió a cumplir genera una sensación de desconfianza entre los pensionistas .

Además, toda esta situación va más allá de lo que parece puesto que se pueden generar **consecuencias** perjudiciales ya que al no tener seguridad jurídica se produce precisamente inseguridad y falta de confianza en el gobierno. De esta forma lo describe el congresista Negreiros cuando señaló que :¹⁸⁴

En el derecho laboral moderno-y en general en el derecho-, se destinan los derechos adquiridos a proteger los derechos fundamentales, es decir los derechos pétreos. En consecuencia, si se van a eliminar los derechos adquiridos, ya no tendrán protección los derechos fundamentales; y algo más si ya no hay protección de los derechos fundamentales, estaremos a merced de los gobiernos y de cualquier política, porque podrán hacer lo que les parezca. (...) pero no sabemos cuál será el destino de los trabajadores y los pensionistas, porque los derechos adquiridos desaparecen en general de todo nuestro ordenamiento jurídico. En adelante, se van a regular las relaciones sociales, laborales y pensionarias por el derecho mercantil, por el derecho civil

¹⁸³ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 69.

¹⁸⁴ Declaración del congresista NEGREIROS CRIADO durante la segunda votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2004, 20 ° C Sesión, jueves 11 de noviembre de 2004, p. 59.

Es decir, no sólo se genera inseguridad entre los pensionistas sino en la población en general ya que pueden percibir que así como se modificó la situación de los pensionistas así también se pueden modificar otras situaciones que pueden afectar a otros grupos de personas en los que pueden estar incluidos.

Esto genera una inseguridad también a nivel de gobierno tal como lo indicamos a continuación:¹⁸⁵

Nada garantiza que en el futuro venga otro Parlamento, con otra composición de fuerzas, que demagógicamente establezca una ley que disponga que no se apliquen las cosas como están, y se vuelva a perforar una vez más el régimen legal.

En consecuencia, con esta reforma ya no hay garantía de estabilidad ya que si bien las situaciones cambian ello no debe ser pretexto para cambiar como si nada principios o derechos de un Estado de Derecho. Esto puede ser un antecedente para futuras medidas inconstitucionales, por ello debemos frenar dicha situación desde ahora impidiendo que se cometan arbitrariedades de este tipo.

Debemos tener en cuenta que la seguridad jurídica tal como lo señala Arcos Ramírez se configura como un “*espacio de certeza y confianza para los ciudadanos*”.¹⁸⁶ Esto se refiere a que evoca una necesidad de certeza respecto a determinadas situaciones para evitar que se sorprendan negativamente las expectativas de los ciudadanos que han sido correctamente fundamentadas. Asimismo, este autor señala que la necesidad de certeza no se refiere necesariamente al de justicia, aunque sería lo ideal, sino a una “certeza de orden” que busca oponerse a la incertidumbre, azar, arbitrariedad, desamparo respecto a una determinada situación. De la misma manera, Pérez Luño señala que la seguridad jurídica se refiere a “*una estructura y funcionamiento regulares*”.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Declaración del congresista AMPRIMO PLÁ durante la segunda votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2004, 20 ° C Sesión, jueves 11 de noviembre de 2004, p. 65.

¹⁸⁶ ARCOS RAMÍREZ, Federico. Ob. cit., p. 33.

¹⁸⁷ Ídem.

Con esto ambos autores tratan de decir que la seguridad jurídica va relacionada directamente con la certeza, confianza y estabilidad, que permite garantizarnos que determinadas situaciones se regularán de la misma manera a través del tiempo y así podremos prever las consecuencias de nuestras acciones con mayor predictibilidad y por ende mayor facilidad.

El autor Arcos Ramírez considera a la previsibilidad o predictibilidad jurídica como parte de la seguridad jurídica y la define como la cara dinámica de la certeza jurídica en donde se tiene en cuenta el elemento futuro pero que toma en cuenta lo ocurrido en el pasado para así poder proyectarlo hacia el futuro. Se trata de una conexión entre el pasado, el presente y el futuro. Por ello la define como aquella que permite a los ciudadanos conocer de forma clara y anticipada lo que está prohibido y permitido, y teniendo en cuenta ello organizar su conducta actual y “programar expectativas para su actuación jurídica bajo pautas razonables de previsibilidad”.¹⁸⁸

Hasta ahora hemos hablado sobre las expectativas que se generan pero debemos precisar algo importante que radica en el hecho que los derechos adquiridos no son simples expectativas sino que son algo más. El mayor fundamento de los derechos adquiridos se encuentra en la seguridad jurídica que otorgan, por ello son más que probabilidades o esperanzas que bien podrían estar correctamente fundamentadas y que exigen su respeto por el Estado. Sin embargo, al darles un rango de derechos adquiridos no se permite poner en duda su respeto sino que es obligatorio siempre.

De esta forma lo señala la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-410/97 con su magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz citado por la CIJ:¹⁸⁹

La jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por lo tanto el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho, en consecuencia pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 38.

¹⁸⁹ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Ob. cit.*, fundamento 32.

En consecuencia, si los ciudadanos usan esta información como referencia para su proyección a futuro es importante que la misma sea cierta, estable y mantenga una cierta uniformidad en el tiempo basada en la justicia. De esta forma no sufrirán ninguna sorpresa abrupta como en nuestro caso los pensionistas que ya habían accedido a un sistema con determinadas características y que le ofrecían ciertos beneficios y por ende aportaron por muchos años y que luego les cambian las reglas de juego por una reforma que lo único que hace es frustrar sus expectativas y atentar con la predictibilidad que hemos hecho referencia. Más aún teniendo en cuenta que no eran simples expectativas sino que se encontraban protegidas por los derechos adquiridos que les otorgaba calidad de intangibles, proscribiéndole al legislador expedir alguna norma que vaya en contra de ellos. A pesar de esto fueron suprimidas y por ende modificadas arbitrariamente sin tener en cuenta su importancia y dejando así desamparados legalmente a los pensionistas.

Hay autores como Peces-Barba que identifica a la seguridad jurídica con la **justicia** por ende se trata de dos conceptos que no son opuestos sino todo lo contrario ya que la seguridad jurídica conforma una dimensión de la justicia y se configura más como una justicia formal o procedimental y no como una justicia material que es la tradicional.¹⁹⁰

Por otro lado, hay autores como Arcos Ramírez quien indica que no se requiere de la justicia para hablar de seguridad jurídica, sin embargo sí reconoce que sería lo ideal y teniendo en cuenta que nos encontramos en un Estado Social de Derecho es preciso respetar dicho valor que fundamenta nuestro sistema. Por ello, para nosotros es importante que tengamos certeza y que esta se relacione con la justicia.

En atención a lo mencionado anteriormente, es imprescindible que exista la justicia, por ello nos preguntamos si sería justo que de un momento a otro se cambie un régimen pensionario garantizado por los derechos adquiridos y que otorgaba

¹⁹⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Ob. cit.*, p. 229.

determinados beneficios para proceder a desconocerlo en dichas condiciones. ¿Sería esta acaso una medida justa cuando la responsabilidad del desequilibrio financiero no se atribuye a los pensionistas, quienes optaron por acceder a un régimen de forma legal?

Adicionalmente, un aspecto que no ha sido considerado por el Tribunal Constitucional en su análisis es que se ha modificado la base de cálculo. Tal como lo señala el penúltimo párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria modificada:

(...) Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

La modificación de la base de cálculo implica la afectación de un rasgo definitorio de la pensión que se ha incorporado al patrimonio de los pensionistas una vez cumplidas las condiciones establecidas por ley previamente, ya que incluye la determinación del monto a ser percibido.¹⁹¹

Efectivamente lo que se realiza es modificar el método de cálculo del monto de la pensión el mismo que antes radicaba en la nivelación con el sueldo de un activo se modifica a uno basado en los criterios de sostenibilidad financiera. Es decir, de una base objetiva tal como la nivelación se cambia a una subjetiva que se convierte en discrecional y por ende no otorga seguridad jurídica ya que depende de la economía del Estado que como sabemos siempre la alegará como excusa para no aumentar las pensiones porque no estamos en condiciones económicas óptimas.

La Comisión Internacional de Juristas ha opinado de la siguiente manera respecto a las modificaciones introducidas por la reforma, en específico sobre la base de cálculo y la imposición de topes:¹⁹²

Las medidas adoptadas han afectado negativamente las pensiones de los pensionarios, reduciendo significativamente su poder adquisitivo y la certidumbre

¹⁹¹ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 70.

¹⁹² Ibíd., fundamento 160.

sobre su procedimiento de su reajuste. Más aún, la reforma constitucional ha reducido la certeza sobre la base sobre la que se sostenía la pensión: al reemplazar la teoría de los derechos adquiridos por la teoría de los hechos cumplidos. Ha librado la discrecionalidad de los poderes públicos las posteriores modificaciones que pueden efectuarse al régimen de fijación y reajuste de pensiones.

Tal como lo señala la CIJ con estos cambios se produce falta de certeza e inseguridad jurídica respecto a la pensión ya que estará sujeta a la discrecionalidad estatal que como ya sabemos tiene una tendencia no en aumentar las pensiones sino en disminuirlas cada vez más, tal como se hace ahora con la reforma.

Los cambios estarán ahora:¹⁹³ “(..)sujetos a la decisión de un órgano político, cuyas prioridades de gasto serán diferentes, lo que contradice la esencia y características de cualquier régimen de seguridad social (..)”

Más adelante señala también que la exigibilidad de este derecho se ve disminuida ya que el encargado de determinar si corresponde un reajuste a la pensión es el propio Estado quien es el encargado de pagar las pensiones y no precisamente de una autoridad técnica e independiente.¹⁹⁴

De esta forma se atenta con los postulados básicos de un Estado Social de Derecho en donde deben prestarse especial atención a la protección de los derechos sociales tales como la seguridad social.

Mediante la reforma, el derecho fundamental a la pensión precisamente el derecho a recibir una pensión nivelada se ve gravemente afectado ya que no sólo se elimina el derecho a su reajuste futuro mediante la nivelación sino que ahora el monto recibido se verá reducido año tras año hasta alcanzar el límite de las 2 UIT. Con esta

¹⁹³ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 47.

¹⁹⁴ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 47.

disposición se atenta con el art. 10 de la Constitución cuya finalidad es asegurar a la persona *“la elevación de su calidad de vida”*.¹⁹⁵

Es decir, en lugar de buscar la forma para pagarle menos a los pensionistas debe buscarse la forma de pagarle mejor a todos sin tener que sacrificar los derechos adquiridos ni afectar otros derechos o principios básicos tales como la seguridad jurídica generando incertidumbre en la población respecto al futuro de sus pensiones ahora sujetas a la libre discrecionalidad estatal.

2.2.3. La importancia del respeto a los derechos fundamentales

Tal como señalamos anteriormente cuando nos referimos a las características del Estado Social de Derecho, es muy importante el respeto a los derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales. Por ello, debemos ahora revisar la opinión del Tribunal Constitucional respecto de los derechos fundamentales, precisamente el derecho a la seguridad social y la pensión para ver si tomó en cuenta realmente su esencia al momento de resolver.

En uno de los argumentos del demandado, este indica que la nueva regulación dispone un tratamiento distinto pero que no es mejor ni peor que el anterior, sin embargo este argumento es desafortunado ya que la nueva situación definitivamente es peor para los pensionistas del D. Ley 20530. Si bien se trata de mejorar el derecho a la seguridad social de los pensionistas del D. Ley 19990 se hace a costas de empeorar el de los pensionistas del D. Ley 20530 y encima no resulta tan cierto puesto que al momento de modificar los derechos adquiridos y congelar las pensiones se afecta a ambos regímenes por igual. De esta forma se genera una situación peor que la inicial.

¹⁹⁵ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 46.

Precisamente uno de los límites expresos para la realizar un referéndum se encuentra en el artículo 32 de la Constitución que señala:” *No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona*”. Con esto podemos ver la proscripción que existe respecto a la supresión o disminución de derechos fundamentales y este límite no sólo debe entenderse para un referéndum sino para todo momento porque precisamente el respeto a los derechos fundamentales es el sustento de todo Estado Social de Derecho.

Asimismo, de acuerdo con lo que indica el Tribunal Constitucional los derechos fundamentales son cosustanciales al Estado social y democrático de Derecho y que los mismos así como otros principios fundamentales: “*no pueden modificarse sustancialmente porque son los que le otorgan la calidad de Estado Social y democrático de Derecho*”¹⁹⁶.

De la misma manera el TC señala que en virtud a esta importancia que se le da a los derechos fundamentales es necesario que todo cambio que les pueda afectar deba encontrarse en una tendencia evolutiva con miras a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera del individuo. Este es un principio que implica que sólo pueden modificarse los derechos fundamentales para mejorar su situación existente.¹⁹⁷

Todas estas afirmaciones del TC son acertadas porque definen correctamente la importancia de los derechos fundamentales como sustento de un Estado Social de Derecho y la necesidad de que cualquier modificación que se realice sea en su mejora. Sin embargo, veremos más adelante que no se realiza lo indicado al momento de declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad.

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 36.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 37.

2.2.3.1. El derecho a la seguridad social

La Constitución en su artículo 10 reconoce a la seguridad social como derecho fundamental de la siguiente manera:

Artículo 10°. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

No sólo es un derecho universal sino que es progresivo y cuya finalidad radica en cubrir las contingencias para mejorar la calidad de vida.

Además, hasta antes de la reforma se encontraba amparado en la Primera Disposición Final y Transitoria que ordenaba respetar los derechos legalmente adquiridos en materia pensionaria de los trabajadores públicos, en específico a los referidos a los Decretos Leyes 1990 y 20530.

Asimismo, en el ámbito internacional es un derecho que se ve reconocido en varios instrumentos internacionales:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22: señala que toda persona tiene derecho a la seguridad social y para ello requiere del esfuerzo nacional y cooperación internacional para satisfacer sus derechos económicos, sociales y culturales relacionados al libre desarrollo de su persona.¹⁹⁸
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su artículo 9: reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social y que cada Estado parte del Pacto se compromete a adoptar las medidas necesarias para lograr su plena efectividad.¹⁹⁹
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVI: indica que toda persona tiene derecho a la seguridad social para protegerla

¹⁹⁸ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS del 10 de diciembre de 1948, artículo 22. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

¹⁹⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC) del 16 de diciembre de 1966, artículo 9. <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/convencion/Pacto-Internacional-Derechos-Economicos.htm>

contras las consecuencias de la desocupación, vejez e incapacidad que le impida física o mentalmente obtener los medios para su subsistencia.²⁰⁰

- La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 26: señala el compromiso de los Estados partes en adoptar providencias tanto a nivel interno como internacional en el área económica y técnica. Todo esto con el fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos derivados de las normas contenidas en la Carta de la OEA.²⁰¹
- El Protocolo de Buenos Aires que incorporó los artículos 43, incisos a, b y h; y 44 a la Carta de la OEA: En el artículo 43 inciso a) señala que todos los seres humanos sin distinción tenemos derecho al bienestar material y al desarrollo espiritual en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y seguridad económica. En su inciso b) señala la importancia del trabajo como derecho y deber social, en tanto aseguren la vida, la salud y la economía en el trabajador y su familia, ya sea durante su vida laboral y durante su vejez, cuando no pueda proveerse de los medios de subsistencia. En el inciso h) solamente señala que es debe desarrollarse una política eficiente de seguridad social. Finalmente, en el art. 44 señala la necesidad de un proceso de integración regional latinoamericano para armonizar la legislación social en los países en desarrollo en el campo laboral y el de seguridad social.²⁰²
- La Carta de la OEA: no menciona directamente el derecho a la seguridad social pero se deduce su reconocimiento de la misma. En su artículo 45 inciso h) incluye entre las condiciones necesarias para lograr un orden social justo el desarrollo de una

²⁰⁰ DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE de 1948 aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, artículo XVI. <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

²⁰¹ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en San José de Costa Rica en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, artículo 26.

²⁰² CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993, artículos 43 y 44. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm

política eficiente de seguridad social. En su artículo 46 señala la necesidad de armonizar la legislación social de los Estados miembro.²⁰³

- El Convenio N° 102 de la OIT de 1952: este instrumento nos ofrece una definición muy clara de lo que es la seguridad social:²⁰⁴

La Seguridad Social tiene como objetivo proteger a todos los miembros de la sociedad frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida. Por ejemplo, la salud, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo, invalidez, muerte o desempleo, tienen que ser garantizados obligatoriamente por el Estado, siendo éste responsable de su cumplimiento, asegurando el carácter redistributivo de la riqueza con justicia social.

- Tenemos otras referencias de elementos internacionales tales como la Recomendación N° 67 sobre la Seguridad de los Medios de Vida de 1944 que nos permite obtener una definición de la Seguridad Social como la protección :*”contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos..”*²⁰⁵

Por otro lado, en el ámbito nacional tenemos al Tribunal Constitucional que define a la seguridad social de la siguiente manera en el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC citado en la sentencia materia de análisis:²⁰⁶

(...) la seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad.

Se trata de un derecho fundamental cuyo fin principal es cubrir las contingencias sociales de acaecimiento individual que pueden sufrir las personas a causa de una

²⁰³ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, pp. 37.

²⁰⁴ CONVENIO N° 102 SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL (Norma Mínima) de la OIT de 1952, ratificado parcialmente por el Perú el 23 de agosto de 1961. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C102>

²⁰⁵ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, pp. 38.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 54.

enfermedad, accidente, invalidez, vejez y sobrevivencia. En este particular caso nos referimos a la vejez ya que el llegar a determinada edad impide que la persona pueda seguir laborando como antes, teniendo en cuenta que además ha cumplido con aportar durante una determinada cantidad de años de trabajo determinado por ley.

En un pronunciamiento anterior sobre la declaración de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817, el TC ha definido la seguridad social de esta manera:²⁰⁷

La seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El derecho a la seguridad social cubre distintas contingencias, dentro de ellas se encuentra la vejez, por ello el Estado trata de cubrirla otorgando a la persona una pensión para que pueda subsistir durante su vejez sin que tenga ya que trabajar. Para esto, la persona aportaba mientras trabaja junto con el aporte del Estado (según el esquema pensionario inicial), y asimismo deben cumplirse determinadas condiciones de años de aporte y edad para poder recibir la pensión. Por ello el derecho a la seguridad social implica el derecho a recibir una pensión, así vemos que están muy relacionados. De esta forma, debemos prestarle la debida importancia al derecho a la seguridad social y a la protección que merece el recibir una pensión porque tiene carácter alimenticio, es decir su finalidad es para cubrir la subsistencia del pensionista que en este caso ha llegado ya a una determinada edad que le impide trabajar como antes.

En conclusión podemos definir a la seguridad social como el conjunto de fuerzas realizadas por una sociedad con la finalidad de prevenir los riesgos sociales y reparar

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N°817. EXP. N° Exp. N° 008-96-I/TC, 23 de abril de 1997.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00008-1996-AI%2000009-1996-AI%2000010-1996-AI%2000015-1996-AI%2000016-1996-AI.html>

sus efectos. Dichos esfuerzos se integran en un sistema de políticas, normas, actividades de la administración, procedimientos y técnicas.

La seguridad social se configura como una garantía institucional según lo menciona el mismo TC en su fundamento 54 que repite el fundamento N° 29 del Caso Anicama Hernández STC 1417-2005-PA . En ambas sentencias se señala que como tal expresa la función social del Estado y se concreta en una serie de medidas adoptadas por el mismo. El Tribunal asimismo señala que por ello se requiere la presencia de un supuesto de hecho al que acompaña una presunción de necesidad que determinará el otorgamiento de una prestación asistencial o como en este caso pecuniaria mediante una pensión. Además, deberá estar regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida.

En tanto garantía institucional la seguridad social se convierte en el soporte sobre el cual se “cimenta” el derecho fundamental a la pensión y las prestaciones de salud, dependiendo del caso. La finalidad es cubrir la contingencia mediante la seguridad social buscando con ello el mantenimiento de la calidad de vida.²⁰⁸

Estamos de acuerdo con la formulación que realiza el Tribunal Constitucional respecto a la seguridad social, sin embargo no la está tomando en cuenta realmente al momento de resolver. Si tenemos en cuenta que la finalidad de la seguridad social es cubrir las contingencias, siendo en este caso el de la vejez, no se está haciendo correctamente.

Tal como lo hemos mencionado anteriormente, no se debe realizar modificaciones a los pensionistas que ya adquirieron un derecho alegando problemas económicos.

²⁰⁸ Sentencia sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosana Podestá Torres contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 133, su fecha 15 de noviembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos. EXP. N.º 09600-2005-PA/TC, Moquegua, 11 de diciembre del 2006, fundamento N° 4.
http://sisviso.plades.org.pe/sisviso/documentos/normas/T0016/sss_001.pdf

Dichas personas merecen especial protección por el Estado y merecen que se les respete su derecho a la seguridad social y tratar que se mejore la situación de todos. Lamentablemente, se hace creer que los pensionistas del D. Ley 20530 son los culpables del desfase económico cuando son personas como cualquiera de nosotros que accedió a un régimen legal. Si bien se dice que del ahorro se procederá a aumentar a los del D. Ley 19990, tal ahorro no será tan cuantioso y se está perjudicando a ambos regímenes estableciendo que ya no habrá nivelación, es decir se congelarán las pensiones de los pertenecientes al D. Ley 20530 y 19990.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha resaltado acertadamente la **importancia** que merecen las personas de la tercera edad mediante la protección objetiva y proporcional de sus derechos pensionarios. De esta forma lo señala citando el fundamento 21 del voto razonado del juez Cancado Trindade en la Sentencia de Reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala en el caso de los Niños de la Calle del 26 de mayo del 2001: *“Un mundo que se descuida de sus ancianos no tiene pasado; ya no participa de la herencia de la humanidad. Un mundo que sólo conoce y valoriza el presente efímero y fugaz (..) no inspira ni fe ni esperanza”*.²⁰⁹

Por ello, señala que es un imperativo constitucional en la sentencia que evalúa la reforma el respeto al derecho a la pensión de aquellas personas con avanzada edad que trabajaron para el Estado una determinada cantidad de años y cumplieron con realizar sus respectivos aportes.

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 41.

Al comienzo el Tribunal Constitucional reconoce correctamente la importancia del derecho a la seguridad social como una inversión, tal como lo indica a continuación:²¹⁰

Toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en, el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social. (...) su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para la real vigencia de otros derechos fundamentales, y en última instancia, para la defensa misma de la persona humana y el respeto a su dignidad.(...)

La seguridad social no debe entenderse como una cuenta en donde el pensionista deposita una cantidad de dinero que será recuperada en su vejez proporcionalmente, es decir la misma cantidad que se aportó será devuelta no más, aunque sí menos. Por el contrario, nos referimos a un derecho fundamental que tiene que ser brindado por el Estado quien aporta junto con los pensionistas y como tal debe ser considerado no como una recuperación proporcional sino como una inversión social cuya única retribución será otorgar una vida tranquila a las personas de la tercera edad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional lo quiere hacer ver como un gasto cuando señala en su fundamento 50 como el ahorro presupuestal ha sido el argumento que más incidencia ha tenido. De esta forma, el Tribunal Constitucional indica lo siguiente:²¹¹

Debido al reducido valor de los aportes, las pensiones del DL 20530 deben ser financiadas a través de los recursos públicos, provenientes de los impuestos que pagamos todos los peruanos. Así, el costo del DL 20530 representa el 17% de los ingresos tributarios del Gobierno Central y el 81% de la inversión pública. En tal sentido, recursos que podrían destinarse a sectores prioritarios, como la salud, la educación y la infraestructura básica, deben ser destinados al pago de pensiones de 290 mil pensionistas, que apenas representan el 2.5% de la PEA del país.

Esta cita se contradice con la anterior ya que se entiende lamentablemente que el uso de los recursos públicos por el Estado para financiar un sistema de pensiones está mal. Este es un gran error ya que justamente los recursos del Estado son para eso,

²¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 56.

²¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 60.

para velar por los derechos de los ciudadanos y otorgar las garantías necesarias mediante el financiamiento que sea necesario.

¿Entonces cómo se financia la salud, la educación pública, incluso las pensiones?.

En especial, teniendo en cuenta lo importante que es el derecho a la seguridad social y que por ser un derecho social es de carácter programático, es decir requiere de una actuación positiva del Estado para que pueda concretarse. Tal como estaba dispuesto el régimen pensionario del Decreto Ley 20530 no bastaba que el pensionista aporte durante años para poder recibir en su vejez una pensión sino que era imprescindible que el Estado aporte también y no sólo eso sino que establezca un sistema adecuado de pensiones y que se encargue de la administración eficiente del fondo de pensiones.

Lamentablemente, tenemos la opinión de la Defensoría del Pueblo que ha declarado lo siguiente:²¹²

Esta situación ha traído como consecuencia que se destinen cada vez mayores recursos del Tesoro Público para financiar el equilibrio del sistema, postergando así la implementación y ejecución de políticas públicas y proyectos de inversión tan necesarios para el desarrollo de nuestro país y específicamente para la lucha contra la pobreza.

Sin embargo, la cobertura del derecho a la seguridad social también es necesaria y más aún que otros intereses porque se trata de un derecho fundamental relacionado a la subsistencia del pensionista.

En la misma línea el Tribunal Constitucional menciona el tema del gasto de los recursos públicos para pagar las pensiones cuando podrían destinarse a sectores prioritarios. Esta afirmación del Tribunal Constitucional es muy desafortunada, ya que con ello quiere decir que la seguridad social no es un sector prioritario, al contrario debemos corregir la cita afirmando que la seguridad social es tan prioritario como la salud y la educación, entre otros. Peor aún, considera a la infraestructura básica como más importante que la seguridad social. Debemos corregir este pensamiento de considerar al pago de pensiones como un gasto innecesario y que no es

²¹² DEFENSORIA DEL PUEBLO. Ob. cit., p. 10.

responsabilidad del Estado, sino todo lo contrario es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y que en un determinado momento este tema será de nuestro interés personal, quizás no ahora pero sí después cuando llegemos a una edad en la que tengamos que preocuparnos por como sobreviviremos cuando ya no podamos trabajar.

Por ello al ser un derecho fundamental no podemos perderlo de vista y priorizar las obras públicas dando a entender de que se trata de un beneficio cualquiera, sino todo lo contrario es un derecho tan importante como los demás y merece que el Estado le brinde mayor protección. De esta forma, al tomar conciencia de su importancia se podrán tomar medidas más adecuadas y responsables respecto al manejo de fondo de pensiones y a los regímenes legales que versan sobre él.

Asimismo, el Estado ha incurrido en una grave irresponsabilidad ya que según el art. 12 de la Constitución los fondos de la seguridad social son intangibles. Esto lo podemos ver ya que el mismo Estado ha reconocido que ha mal utilizado los fondos de pensiones para destinarlo a otros fines como obras públicas y en muchos casos no ha cumplido con su aporte correspondiente. Sobre esta situación la Defensoría del Pueblo señala:²¹³

La situación anteriormente descrita aunada a la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de la crisis que afectaba al sistema a inicios de la década de los 90.

En el mismo Informe Defensorial se señala que las causas del desequilibrio financiero son las siguientes: a) Falta de estudios actuariales adecuados que consideren las variaciones demográficas del país; b) Altos índices de morosidad en las aportaciones; c) Uso indebido de los aportes por parte del Estado; y d) Las modificaciones

²¹³ Ibíd., p. 18.

introducidas al marco legal previsional que tienen como fuente la ley y la jurisprudencia.²¹⁴

Sin embargo, más adelante precisa que la principal causa se debe al manejo irresponsable por parte del Estado :²¹⁵

(...)el fracaso de dichos sistemas tiene, sin duda, en el Estado a su principal responsable; pues este se apropió de los inmensos fondos, no pagó las contribuciones de los trabajadores a su cargo, ni fiscalizó eficazmente las de los demás empleadores. Asimismo, es el Estado quien imprimió una pésima gestión administrativa y financiera al sistema.

Asimismo, tenemos la opinión del congresista Chocano Olivera quien señala que al ser el error del Estado, no se debe culpar a los pensionistas sino a los representantes del Estado como los presidentes de la República, sus ministerios de Economía y Finanzas, ya que se “comieron el fondo” También asevera que así con la misma responsabilidad que tiene el Estado para pagar la deuda externa al Fondo Monetario Internacional, de la misma manera debe respetar el pago oportuno de las pensiones.²¹⁶ Esta opinión resulta razonable puesto que si bien hubo un desequilibrio fue por responsabilidad del Estado por tanto ahora en un denominado de acto de justicia social se pretende solucionar esto perjudicando a los pensionistas en su totalidad.

Incluso tenemos el voto de los magistrados del Tribunal Constitucional en la sentencia que resuelve una acción de inconstitucionalidad sobre el fondo de contribución solidaria para la asistencia previsional.

Si bien se declaró infundada la demanda tenemos a 3 magistrados del Tribunal que manifiestan su preocupación por el uso indebido de fondos por parte del Estado.

²¹⁴ *Ibíd.*, pp. 9-10.

²¹⁵ *Ibíd.*, pp. 29-30.

²¹⁶ Declaración del congresista Chocano Olivera durante la primera votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, *Diario de los Debates*, Segunda Legislatura Ordinaria de 2003, 14 A Sesión, miércoles 26 de mayo, 2004, p. 46.
<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256EA10019C29B>

En consecuencia tenemos a Bardelli Lartirigoyen que señala respecto al sistema previsional del D. Ley 20530 que es preciso que la Contraloría General de la República intervenga para determinar: *“si el fondo ha sido debidamente administrado y que si los dineros que en su caso se prestaron para la ejecución de obras públicas al Estado han sido devueltos oportunamente (..)”*. Asimismo, tenemos el voto de la magistrada Revoredo Marsano en donde indica que de ser afirmativa la respuesta de Essalud respecto a la desviación de fondos definitivamente la sentencia del Tribunal Constitucional hubiera sido diferente. Finalmente, el voto del magistrado Gonzales Ojeda en donde afirma que si bien el aporte para el sistema del D. Ley 20530 era un 12% en donde el 6% debía ser aportado por el Estado:²¹⁷

(...) resulta claro que el Estado no afrontó con responsabilidad el compromiso asumido, en algunas ocasiones incumpliendo con efectuar el referido aporte, y en otras-lo que resulta más grave aún- destinando parte de los montos a fines distintos de los previsionales.

En consecuencia, ante esta situación el Estado debe hacerse responsable de este mal comportamiento fiscal y asumir su cuota de responsabilidad y no cargarla a todo el grupo de pensionistas que accedieron a su derecho a recibir una pensión bajo determinadas condiciones de forma legal. Es preciso que el Estado se de cuenta que el derecho a la seguridad social es más importante que la realización de obras públicas para así impedir que esta situación se vuelva a repetir. Se trata de un derecho fundamental tan importante como otros y por ello el Estado debe preocuparse más en realizar un manejo más eficiente del sistema y de los fondos para evitar problemas en el futuro.

Debe existir un verdadero compromiso por parte del Estado para que pueda mejorar la situación de los pensionistas pero si el mismo Estado no reconoce su irresponsabilidad, no podrá dictar medidas adecuadas y razonables.

²¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N° 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional. EXPS. N° 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS), 27 de setiembre del 2004, parte final.

Encima le atribuye la responsabilidad a los pensionistas haciéndoles quedar como “delincuentes”, considera que en lugar de gastar en pensiones mejor ese dinero se debería destinar a hacer obras públicas y que el hecho que el Estado use los recursos fiscales para financiar las pensiones es un gasto innecesario e inconcebible por parte del Estado. Este es un pésimo enfoque que se le da al derecho a la seguridad social puesto que es un DEBER del Estado encargarse de garantizarlo ya sea mediante una adecuada administración y financiamiento conjuntamente con el pensionista. Sino cambia este pensamiento enraizado de que el pago de pensiones es una “pérdida de dinero” menos importante que otros derechos y obras públicas que podrían realizarse en su lugar, nunca se podrá tener un verdadero sistema de seguridad social que vele adecuadamente por las personas de la tercera edad tal como lo manda la Constitución y las normas internacionales.

2.2.3.2. Derecho a la pensión

El derecho a la pensión se configura como una manifestación del derecho a la seguridad social como garantía institucional, ya que del tenor de los artículos 10 y 11 de la Constitución, el TC en una sentencia que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosana Podestá Torrese ha precisado que la seguridad social se instaura como una garantía institucional del derecho a la pensión ya que posibilita su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado Social y Democrático de Derecho.²¹⁸

En consecuencia, la pensión de jubilación o cesantía, constituye una de las prestaciones sociales básicas que goza de jerarquía constitucional, y que al ser un derecho fundamental no puede ser suprimida ni desconocida por el legislador o la

²¹⁸ Sentencia sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosana Podestá Torres contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 133, su fecha 15 de noviembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos. EXP. N.º 09600-2005-PA/TC, Moquegua, 11 de diciembre del 2006, fundamento N° 3.
http://sisviso.plades.org.pe/sisviso/documentos/normas/T0016/sss_001.pdf

administración. Justamente los derechos constitucionales se encargan no sólo de informar a todo el ordenamiento jurídico, sino también orientar la actuación de todos los poderes públicos. En concordancia con ello tenemos al artículo 44º de la Constitución que señala que es un deber primordial del Estado “*garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*”.²¹⁹

Además, la pensión como derecho fundamental también encuentra sustento en la dignidad de la persona y en el Estado Social de Derecho tal como lo señala el TC en su fundamento 89 en donde indica que: “*El Estado Social y democrático de derecho se despliega y concreta especialmente en los derechos fundamentales sociales, dentro de los cuales(...)se encuentra el derecho a la pensión*”²²⁰.

Por ende, se trata de un derecho social, tal como lo señala el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 74 de la sentencia sobre la reforma:²²¹

El derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social –de contenido económico– Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la procura existencial.

Por otro lado tenemos una definición más precisa del derecho a la pensión según la doctrina de la siguiente manera:²²²

²¹⁹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Informe de *amicus curiae* del Defensor del Pueblo del Perú a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.034, 10 de junio de 1999, punto 22.

²²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 89.

²²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 74.

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 mínimos de subsistencia, siempre que- previamente- haya cumplido los requisitos específicos establecidos por la ley.

En la legislación internacional tenemos a los tratados internacionales ratificados por el Perú tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 22 y 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9) y el Convenio N° 102 de la OIT (art. 25-30, 53-64 y 65-67). En dichos instrumentos más bien no encontramos una definición del derecho a la pensión ya que hacen referencia al derecho a la seguridad social, pero sí podemos ver que se establecen algunos principios que deben tomarse en cuenta al momento de elaborar la normatividad a nivel constitucional y legal sobre dicha materia.²²³

A partir de todo lo citado anteriormente podemos ver que el derecho a la pensión es un derecho fundamental que viene a ser una de las manifestaciones del derecho a la seguridad social pues este abarca distintos tipos de prestaciones tales como de servicios o asistenciales. Asimismo, teniendo en cuenta que estamos en un Estado Social de Derecho en donde se prioriza el respeto a los derechos sociales, el derecho a la pensión también cobra especial importancia por ser un derecho social y tener como sustento el derecho a la dignidad.

En consecuencia, debemos prestarle la importancia que merece al derecho a la pensión que al ser una manifestación del derecho a la seguridad social comparten los mismos fundamentos ya explicados anteriormente.

²²² ABANTO REVILLA, César. “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”. *Laborem*, Número 6, Lima: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2006, p. 436.

²²³ *Ibíd.*, pp. 422-425.

El Tribunal Constitucional reconoce 5 principios sociales que sustentan el derecho a la pensión, algunos coinciden con la doctrina y el Derecho comparado, sin embargo otros destacan su carácter social. De esta forma tenemos a los siguientes principios:²²⁴

- Dignidad humana: El TC señala en el fundamento 46 de la sentencia sobre la reforma que tanto la seguridad social como el derecho a la pensión: “*configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material*”. Por lo tanto, es importante el entregar un monto mensual al pensionista para que pueda llevar su vida con dignidad y cubrir así necesidades.

Además de esto se debe tener en cuenta también la proyección a futuro que realiza el pensionista respecto a sus ingresos, por ello modificar de forma abrupta la forma de cálculo de la pensión no respeta la dignidad de dicha persona.

Este principio es el fundamento básico de todos los derechos fundamentales, ya que tal como señala la Constitución del Perú en su artículo 1 la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo del Estado.

- Igualdad: El otorgamiento de las prestaciones debe realizarse a todas las personas de la misma forma, es decir ante situaciones idénticas se deberá recibir iguales prestaciones. De esta forma, al establecerse determinadas condiciones para acceder a una pensión se deberá tomar en cuenta que para aquellos que cumplieron con los mismos requisitos recibirán la misma pensión.

Aquellos que cumplieron los requisitos para la pensión nivelable, los 20 años de servicios, adquirieron la pensión nivelable, sin embargo ahora dicho grupo sufre las consecuencias de la reforma de forma desigual porque dentro del mismo hay pensionistas que han sufrido un mayor impacto que otros. Esto se da ya que la

²²⁴ GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César. “Seguridad Social, Derechos fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión”. Diálogo con la Jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, Número 82, julio 2005, pp. 22-24.

reforma ha planteado la reducción de pensiones no en función de un porcentaje sino estableciendo un tope tajante de 2 UIT.

- Solidaridad: Implica la obligación de financiar el sistema con los aportes de todas las personas de tal forma que la pensión alcance para la satisfacción de necesidades. Esto conlleva a realizar una redistribución de la renta nacional para lograr la mejora del nivel de vida.

- Progresividad: Existe el compromiso por parte de los Estados de lograr la plena efectividad de los derechos de forma paulatina hasta el máximo de recursos que disponga.

- Equilibrio presupuestal: Tiene como fundamento los artículos 78 y 87 de la Constitución sobre el equilibrio financiero del presupuesto público y el ahorro que redunde sobre el presupuesto. Según el Tribunal Constitucional, se debe tener en cuenta siempre la noción de bien común..

2.2.3.3. El derecho a la pensión nivelable

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de no considerar como parte del contenido esencial del derecho a la pensión a la nivelación, de esta forma concluye que: *“la nivelación no es consustancial al propio régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 sino que fue agregado para un grupo de pensionistas del Decreto Ley N° 20530 (para los que tenían más de 20 años de servicios) (...)”*²²⁵.

Sin embargo, desde que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 disponía que las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración pública, no sometidas al régimen del Seguro Social del Perú o a otros regímenes especiales se nivelaban con los haberes de los servidores públicos en actividad, es desde ese momento que se da nacimiento al derecho a la pensión nivelable. Asimismo, este reconocimiento se

²²⁵ Ibíd., p. 29.

confirma cuando en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 se señalaba que se respetarían los derechos legalmente obtenidos por aquellos pertenecientes a los Decretos Leyes 20530 y 19990. De esta forma, permanecía el reconocimiento al derecho a tener no sólo una pensión sino una que sea nivelable, derecho que nacía a partir del cumplimiento de los requisitos dispuestos.

Debemos entender que se trata de un derecho específico y distinto porque si bien comparte todos los principios que sustentan al derecho a la pensión como lo revisaremos a continuación, además posee la característica fundamental de la nivelación. Siendo esta característica adicional al derecho a la pensión pero que conforma un derecho nuevo que va a nacer cuando se cumplan los requisitos.

De la misma manera que la pensión es un derecho que deriva del derecho a la seguridad social, el derecho a la pensión nivelable deriva del derecho a la pensión. En consecuencia, la pensión nivelable comportará todos los atributos de la pensión pero no sucederá viceversa ya que la pensión no poseerá todas las características de la pensión nivelable.

Respecto a los principios podemos señalar que el derecho a la pensión nivelable comparte los mismos fundamentos que el derecho a la pensión.

Así pues la dignidad, que es el sustento de todo derecho fundamental, también es el fundamento de la pensión nivelable y por ende constituye un derecho fundamental. De esta forma, se le quiere otorgar al pensionista un monto que se reajusta automáticamente teniendo como referencia la remuneración de un servidor activo y con ello se protege al pensionista de los incrementos del costo de vida. Esto con la finalidad de mantener su nivel de vida además de la estabilidad económica y seguridad sobre la proyección de sus ingresos. De esta manera, no llegará un día en el que su pensión se haya disminuido de tal forma que lo afecte, sino se va ajustando teniendo un parámetro objetivo.

Así una persona que logró alcanzar un alto cargo gracias a sus méritos y preparación profesional, recibirá un sueldo mayor y por ende también su estilo de vida será alto. Cuando esta persona cese esperará llevar un nivel de vida por lo menos lo más parecido posible al que tenía y esto será lo más adecuado para su dignidad. Por ello, una forma de mantener dicho nivel de vida se logra mediante la pensión nivelable.

Debe tomarse en cuenta que la dignidad implica llevar una forma de vida adecuada al que corresponda a una persona según su nivel profesional y categoría que ocupó cuando trabajaba. Debemos tener presente que un pensionista que gana un monto mayor que otro no es menos digno que este último sólo por ese hecho.

Se respeta también la igualdad ya que se aplican las mismas consecuencias a quienes cumplieron con las mismas condiciones. De esta forma para todos los que cumplían con el presupuesto de hecho, es decir con los 20 años de aportación, les corresponde una pensión nivelable. A iguales situaciones, iguales prestaciones. Por ejemplo, una persona que cesó como Jefe de Sección de una entidad del Estado ha aportado más durante su vida laboral y en consecuencia recibirá una pensión más alta que aquel que fue sólo un trabajador de dicha sección y también cesó.

Asimismo, se tiene en cuenta la solidaridad ya que los aportantes siguen contribuyendo con las pensiones de los actuales pensionistas. Además, a esto cabe agregar que esta labor no es exclusiva de los aportantes sino también del Estado que debe destinar parte importante de sus recursos para financiar el sistema porque se trata de la protección de un derecho fundamental y social.

En cuanto a la progresividad, precisamente la pensión nivelable tiene como fundamento el bienestar de los pensionistas ya que tiene como objetivo tener una pensión actualizada y reajustada constantemente a los cambios. De esta forma se evita la disminución del monto de la pensión por cambios inflacionarios o la subida del costo de vida, contribuyendo así con la progresividad del derecho.

Finalmente, respecto al equilibrio presupuestal al momento de establecer una norma que permita adquirir derechos se debe tener en cuenta el presupuesto del Estado, sin embargo ello no debe ser obstáculo para implementar medidas que puedan generar mayores ingresos para así lograr la consecución de los derechos sociales.

Asimismo hay que precisar que el artículo 3 de la actual Constitución del Perú señala que:²²⁶

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Por ello, no tendríamos motivo para no considerar a la pensión nivelable como un derecho ya que tal como lo indica el artículo citado, la lista de derechos establecidos en la Constitución no es taxativa entonces ello significa que todos los derechos no se agotan en ella y que pueden existir muchos más. Sólo se requiere alguna vinculación con los principios que sustentan el Estado de derecho y que se funde en la dignidad de la persona, siendo estos requisitos ya cumplidos según lo explicado anteriormente.

Por otro lado debemos tener en cuenta que no todos los pensionistas poseían la nivelación puesto que no habían cumplido los requisitos que dieran nacimiento a dicho derecho, por ello sólo se considera la nivelación como parte del contenido esencial cuando se cumplan los requisitos y así se dé el nacimiento al derecho a la pensión nivelable. Antes de esto, no existe el derecho a tener una pensión nivelable. Por ello, es que en la realidad muchos pensionistas no poseían a la nivelación como parte de su derecho a la pensión puesto que no se había cumplido el supuesto de hecho que permitiera la configuración del derecho a la pensión nivelable. Sin embargo, ello no quiere decir que no exista un derecho a una pensión nivelable sólo por el hecho que no todos los pensionistas lo poseían. En tal caso debería alegarse lo mismo respecto

²²⁶ CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ de 1993, artículo 3.

al derecho a la pensión puesto que no todas las personas que tengan más de 65 años (en el supuesto de la vejez) poseen una pensión, ya que esta sólo se configurará si se cumplen además otros requisitos que la ley establezca y por ello no deja de ser un derecho fundamental digno de protección. Obviamente lo ideal es que este derecho pueda tener una cobertura a toda la población, sin embargo al ser un derecho social va a requerir que la persona cumpla los requisitos tales como afiliación, años de aportes y edad mínima para poder acceder a ella.

Situación diferente es la de otros derechos tales como los derechos individuales como la vida, la dignidad, libertad de expresión entre otros los cuales no requieren una actuación positiva del Estado para su configuración sino que le pertenecen a todas las personas por el sólo hecho de serlo.

Estos derechos implican obligaciones de no hacer o de abstención por parte del Estado ya que basta que no interfiera en la esfera de las personas para poder cumplirlos. Esto a diferencia de los derechos sociales que constituyen pretensiones de los ciudadanos frente al Estado y exige una obligación de hacer por parte del mismo. En este grupo tenemos al derecho a la seguridad social y por ende al derecho a la pensión y a la pensión nivelable, entre otros.²²⁷

Además, debemos tomar en cuenta que hay una gran diversidad en los derechos sociales fundamentales tanto de estructura así como de su contenido o finalidad. De esta forma pueden: *“dirigirse al aseguramiento de “mínimos vitales”, de las condiciones básicas de la existencia o por el contrario, delinear ambiciosos objetivos sociales y de plena realización de la personalidad”*²²⁸.

En consecuencia, hay una serie de complejidades cuando hablamos de los derechos sociales, y si bien pueden establecerse derechos para asegurar el mínimo tal como

²²⁷ CARMONA CUENCA, Encarnación. *Ob. cit.*, p. 113.

²²⁸ GONZALEZ MORENO, Beatriz. *El Estado social naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid : Civitas, 2002, p. 144.

sería el derecho a la pensión, hay otros que pueden aspirar a más y así querer asegurar al pensionista más allá del mínimo y con condiciones más favorables siempre y cuando cumpla con requisitos adicionales, tal como sería el derecho a la pensión nivelable.

Es por ello que hasta la misma 1ra DFT de la Constitución establecía que debían respetarse los derechos legalmente obtenidos, es decir es claro al considerar a la pensión nivelable como un derecho digno de ampararse.

Si bien hay un derecho a la pensión que de por sí no cuenta con la nivelación como parte de su contenido esencial, también debemos precisar que existe un derecho más específico como la pensión nivelable que sí cuenta como elemento esencial a la nivelación, siempre y cuando dicho derecho haya nacido con el cumplimiento del supuesto de hecho en la realidad.

Sin embargo, con la presente sentencia definitivamente, se empeora la situación de los pensionistas del D. Ley 20530 al quitarles el beneficio de nivelación a aquellos que la tenían.

En tal caso si quiere establecerse un tope no debería aplicarse a quienes ya adquirieron el derecho a una pensión nivelable, porque de ser así sería una aplicación retroactiva no admisible. Lamentablemente, con la reforma se hace precisamente esto y debemos tener en cuenta lo que señaló el Tribunal Constitucional en una sentencia sobre la aplicación del Decreto Legislativo 817 que trató de imponer topes. El TC señaló que no lo hubiera considerado inconstitucional si se establecía topes a aquellas pensiones del régimen del D. Ley 20530 siempre y cuando no se apliquen a los pensionistas ni a los servidores activos con 20 o más años de servicios a la fecha de entrar en vigencia el Decreto Legislativo en mención. En el fundamento 22 señala que el artículo 7º no sería inconstitucional, si se respetara el principio de irretroactividad de

las leyes; es decir que no desconozca derechos legalmente obtenidos al amparo de los regímenes 19990 y 20530.

Por lo tanto, se trata de proteger a aquellos que ya adquirieron un derecho a la pensión en los términos ya preestablecidos, y respecto a la nivelación no debemos perder de vista que no se aplica a todos los pensionistas del D. Ley 20530, sino sólo a aquellos que cumplieron con el requisito de 20 años de servicios prestados.

Además, se hace creer erróneamente a la opinión pública que al eliminar el derecho a la nivelación se está haciendo justicia al perjudicar sólo a aquellos que tienen pensiones altas, sin embargo ello no es así ya que al momento de eliminar la nivelación se hace a todos, sin distinguir si ganas más o menos. De esta forma lo señala Carlos Blancas en la acción de inconstitucionalidad interpuesta.²²⁹

Conviene precisar que la supresión de este derecho (nivelación) afecta, por igual, a todas las pensiones de dicho régimen y no únicamente, como falazmente lo ha sostenido la propaganda oficial, a quienes perciben las pensiones más altas.

2.2.4. Búsqueda de función social

Uno de los argumentos alegados en defensa de la reforma y también por el Tribunal Constitucional en su sentencia es aquel referido a la necesidad de una función social, es decir de lograr la justicia social. Incluso lo señala así en la Primera Disposición Final y Transitoria ya modificada: *"Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas (...)"*.

De esta forma nuestra Constitución lo reconoce en los siguientes artículos:²³⁰

²²⁹ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 44

²³⁰ CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ. Edición Oficial: Junio, 1998, artículos 23 y 44.

Artículo 23: (...) El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Artículo 44 :Son deberes primordiales del Estado: (...) y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Por lo tanto, es importante que en un Estado Social de Derecho exista la preocupación por los intereses de la sociedad.

Justamente esta preocupación surgió a raíz de las desigualdades sociales y las necesidades materiales de los hombres en una sociedad con diferencias tanto de tipo social y económico. Ante esta situación de carencia de recursos se requiere la intervención del Estado Social para adoptar políticas e implementar medidas necesarias para satisfacer aquellas necesidades de forma adecuada y oportuna. Esto se logra mediante la prestación de servicios públicos y garantizando la vigencia de los derechos sociales promoviendo así la realización y el desarrollo personal en la sociedad.²³¹

En consecuencia, es preciso que el Estado Peruano como un Estado Social de Derecho se encargue de satisfacer las necesidades sociales y en este caso en concreto nos referimos al derecho a la seguridad social para velar por los intereses de las personas de la tercera edad que aportaron durante años y que adquirieron su derecho a la pensión.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma ha señalado lo siguiente:²³²

Esta fórmula política es la concreción de una evolución histórica (...) a un Estado comprometido con la promoción del bienestar general donde la seguridad social aparece como una garantía institucional que otorga sostenibilidad al derecho a la pensión. De esta manera, la visión netamente formal de los valores de libertad e igualdad incorpora en su substrato más íntimo, un contenido material orientado hacia

²³¹ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 65.

²³² Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 43.

la real consolidación de la libertad pero con justicia social. Por tal razón, la reforma, para que se considere constitucional, debe necesariamente contener una base de justicia social, que no puede ser eludida.

Efectivamente, en este sentido estamos de acuerdo con el Tribunal ya que justamente lo que se busca es promover el bienestar general y ello se logra mediante la satisfacción de los derechos sociales, como sería en este caso la seguridad social.. Esta anhelada finalidad es deseable especialmente si nos encontramos en un Estado Social de Derecho en donde debe primar el respeto a los derechos sociales y la búsqueda del bienestar social mediante la justicia y garantizando la plena efectividad de los derechos. Lo importante es buscar la justicia social en todas las medidas que adopte el Estado, por lo tanto tal como lo indica el TC si queremos una reforma constitucional debemos basarnos en lograr la tan mencionada justicia social. Por otro lado el TC también considera que:²³³

En consecuencia, el contenido social de la Constitución económica no puede justificar, en aras de cubrir altos montos pensionables de un número de personas objetivamente no representativas de la comunidad adscrita al régimen del Decreto Ley N° 20530, que exista un desembolso considerable y constante de recursos presupuestales que deberían dirigirse tanto para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar iniquidades, también para el futuro del sistema pensionario, como para desarrollar actividades estatales tendentes a la seguridad social.

Debemos reconocer que el régimen del D. Ley 20530 puede llegar a otorgar pensiones muy altas, pero ello se debe a los altos sueldos que reciben los empleados en actividad que en muchos casos no se trataba de trabajadores de instituciones públicas sino de empresas del Estado, que en principio no debió corresponderles este régimen. Sin embargo, estas pensiones altas no comprenden a la mayoría y debemos tener en cuenta tal como lo hemos precisado anteriormente que no todas las pensiones de este régimen son nivelables sino sólo cuando se cumple el requisito de 20 años de aporte. Tenemos la opinión del congresista Amprimo Plá que señala: *“Es un régimen que no sólo todos los peruanos (..)quisieran tener, porque permite otorgar pensiones de*

²³³ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 44.

cesantía a los 15 años si es varón o a los 12 años y medio si es mujer, y además son nivelables y heredables”.²³⁴

De esta forma, se hace creer a la opinión pública que basta con cumplir con 15 años de servicios para el caso de los hombres y 12 y medio años de servicios para las mujeres, que es el mínimo requerido para pedir una pensión pero si uno se jubila con estos requisitos obviamente obtiene una pensión menor. Por lo tanto, es erróneo considerar que todos los pensionistas del régimen del D. Ley 20530 gozan de pensiones altas, hay muchos que tienen pensiones modestas y lamentablemente con esta reforma se está perjudicando al final a todos.

Por otro lado, tenemos la opinión de la congresista Núñez Dávila que acertadamente comentó en el debate realizado para la reforma que la nivelación es un beneficio importante que se constituyó como la razón de ser del Decreto Ley 20530, sin embargo debió mantenerse para los que ganaban poco:” *No estoy de acuerdo con que los que ganan mucho gocen de nivelación; a ellos se les tenía que haber bajado el monto de las pensiones, pero sin quitar la nivelación a los que ganan poco.*”²³⁵.

Es decir, para lograr la justicia social tan mencionada adoptan una medida como esta que al final logra que “justos paguen por pecadores” o que se perjudique a todos. Es el caso de la nivelación, considerado como beneficio excesivo para los pensionistas y por ello al momento de hacer la reforma se elimina esto, sin embargo no se percatan que también afecta a aquellos pensionistas que sin ganar mucho gozaban de la nivelación pero ahora gracias a esta medida pierden este beneficio. En consecuencia, se congelan las pensiones de todos los pensionistas, aunque se indique que

²³⁴ Declaración del congresista AMPRIMO PLÁ durante la segunda votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2004, 20 ° C Sesión, jueves 11 de noviembre de 2004, p. 65.
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256F4A001D500A/\\$FILE/PLO-2004-20C.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256F4A001D500A/$FILE/PLO-2004-20C.pdf)

²³⁵ Declaración de la congresista NUÑEZ DAVILA durante la segunda votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2004, 20 ° C Sesión, jueves 11 de noviembre de 2004, p. 66.
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256F4A001D500A/\\$FILE/PLO-2004-20C.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256F4A001D500A/$FILE/PLO-2004-20C.pdf)

dependerá del aumento de la disponibilidad presupuestal, bien podemos adelantarnos en pensar que dicho aumento no sucederá. Esto se debe a las políticas que viene adoptando el Estado en restringir todo gasto que pueda generarse alegando la política de austeridad.

Asimismo, respecto a los aumentos que se van a realizar a los que ganan menos tampoco se va a realizar a la totalidad de pensionistas, así tenemos la opinión de la congresista citada anteriormente:²³⁶

Se dice que los aumentos van a beneficiar a los que ganan poco, eso no es verdad, porque los aumentos no van a ser para la totalidad de los pensionistas. Las pensiones se van a subir a 415 nuevos soles siempre que la persona tenga 65 años de edad, si no tiene (...) no se le va a aumentar a 415 con los 100 nuevos soles de los que se habla. No engañemos a la gente; digamos la verdad.

Por lo tanto, se debe informar bien a la población de las verdaderas consecuencias de esta reforma que si bien plantea mejorar la situación de todos los pensionistas menos favorecidos al final no resulta tan cierto.

De esta forma, si bien el Estado cuenta con un rol social como tarea principal se ve disminuido porque los pensionistas se ven afectados en sus derechos adquiridos y sus expectativas.

Al modificar la 1ra DFT de la Constitución se eliminan los derechos adquiridos para todos los pensionistas del D. Ley 20530 , incluso también a los del D. Ley 19990. Además lo deseable sería mejorar la situación de ambos regimenes y buscar una solución realmente eficaz sin eliminar los derechos adquiridos de los pensionistas.

El Tribunal Constitucional opinó lo siguiente a propósito de la Acción de Inconstitucional interpuesta contra los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Ley N° 27617, que dispone la “Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N.º

²³⁶ Declaración de la congresista NUÑEZ DAVILA durante la segunda votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2004, 20 º C Sesión, jueves 11 de noviembre de 2004, p. 66.

19990 y modifica el Decreto Ley N.º 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones”.²³⁷

De modo tal que cuando la Segunda Disposición establece que el Estado garantiza “el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra”, con ello no sólo se está estableciendo un mandato al Estado de pagar “oportunamente” las pensiones que administra y, en particular, las reguladas por los Decretos Leyes N.ºs 19990 y 20530, sino, además, el de “reajustarlas” periódicamente. En este contexto, el “reajuste” de las pensiones no puede entenderse como una autorización para disminuirlas a quienes tienen ya el derecho adquirido, sino de “incrementarlas”, a fin de garantizar el derecho a una vida digna de quienes son sus titulares.

A partir de la cita anterior podemos determinar que en sí el reajuste de pensiones no debe implicar una reducción de pensiones para aquellos que tienen el derecho adquirido. Sin embargo, en nuestro caso se han eliminado los derechos adquiridos y en consecuencia se puede alegar que el reajuste también implica disminución de pensiones.

Si bien se alega que estas modificaciones se realizan con la finalidad de buscar la justicia social y poder así lograr un ahorro que se redistribuya entre los que menos tienen, realmente no son medidas adecuadas.

Además, debemos tener en cuenta que este régimen ya se encuentra cerrado y tal como lo señala la congresista Chuquival Saavedra es falso que para el año 2015 o 2020 vaya a incrementarse el número de pensionistas de la norma 20530 ya que está cerrado, en proceso de extinción y las personas también van falleciendo.

La solución no es hacer una reforma a la Constitución sino buscar otras medidas más efectivas y menos gravosas. Si ya es conocido que el Estado tuvo un manejo irresponsable de los fondos de pensiones entonces ¿de qué sirve eliminar los derechos adquiridos y poner topes disminuyendo las pensiones cuando el Estado no va a cumplir con su parte? .

En conclusión, para lograr la función social del Estado se necesita buscar la justicia social para los ciudadanos y esto se logra en nuestro caso prestándole especial

²³⁷ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11º, 103º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 75.

atención al derecho a la seguridad social. El Estado debe buscar medidas más adecuadas para satisfacer a ambos regimenes, tanto aquellos pensionistas del D. Ley 20530 como los del D. Ley 19990 . Cada uno tiene sus diferencias y uno puede ser más ventajoso que el otro, pero debemos tener en cuenta que no se puede tampoco eliminar derechos adquiridos y reformar la Constitución, ya que existen principios importantes que los sustentan y que no debemos perder de vista. Al final de cuentas debe buscarse la medida menos gravosa para tratar de satisfacer a todos los pensionistas en lo que más se pueda y tratar de perjudicarlos lo más mínimo posible. Tal como lo señaló en el debate el congresista Risco Montalván, si se trata de buscar equidad y justicia social no deberían confrontarse las pensiones altas con las bajas sino que: *“el gobierno cumpla con la responsabilidad de pagar la deuda interna que ha contraído con los trabajadores por los aportes que se han venido dando en su momento”*.²³⁸ Es decir, el Estado debe asumir su cuota de responsabilidad en este problema para así poder lograr medidas realmente eficaces.

²³⁸ Declaración del congresista Risco Montalván durante la primera votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Segunda Legislatura Ordinaria de 2003, 14 A Sesión, miércoles 26 de mayo, 2004, p. 36.
<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256EA10019C29B>

CAPITULO 3

3. Otros límites jurídicos constitucionales

Para el presente capítulo vamos a determinar las limitaciones de los derechos fundamentales teniendo en cuenta el contenido esencial del derecho que es un tema importante para el adecuado entendimiento de los derechos fundamentales y en consecuencia para el fortalecimiento del Estado de Derecho. Asimismo, veremos si se respeta el derecho de propiedad y el principio de irretroactividad de la norma y a propósito de este último tema revisaremos las teorías de aplicación de normas en el tiempo. Finalmente, analizaremos si se ha respetado la prohibición de regresividad al momento de hacer la reforma teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia nacional e internacional.

3.1. Contenido esencial y no esencial del derecho a la pensión

Ante todo debemos tener en claro que los derechos fundamentales no son absolutos y por ende se permite que estén sujetos a restricciones legales, sin embargo la facultad modificatoria por parte del legislador también posee un límite: el respeto al contenido esencial del derecho.

Constituye una garantía cuyo origen lo encontramos en Alemania, Art. 19 , numeral 2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949: “2) *En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*”.

También posteriormente se reguló en el Art. 53, numeral 1 de la Constitución española de 1978 cuyo texto sigue a continuación:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 161.1.a.

Por un lado tenemos al artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn que reconoce un límite específico para el legislador cuando deba intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales, y por otro lado tenemos al artículo 53 de la Constitución

Española que le otorga al legislador una habilitación general que somete a todos los derechos a una nueva reserva para regular su ejercicio.²³⁹

En el primer caso se relaciona el contenido esencial con cada derecho de forma individual, a diferencia del segundo caso en donde se reconoce un contenido esencial respecto a los derechos fundamentales en general. Sin embargo, para este análisis se usará el criterio de la ley alemana, así pues habrá que determinar un contenido esencial por cada derecho fundamental.

Es preciso tener en cuenta que el contenido esencial es un límite para el legislador para no afectar el núcleo de elementos mínimos sin los cuales el derecho perdería su identidad.²⁴⁰

De esta forma, la garantía del contenido esencial es una regla de rechazo, es decir es un mandato jurídico que califica como inconstitucionales a otros enunciados jurídicos de tal forma que se puede deducir de la reserva de ley de los derechos fundamentales. Es preciso señalar que la Ley Fundamental de Bonn no establece una reserva de ley de carácter general sino individualizado para cada derecho fundamental.²⁴¹

El contenido esencial puede definirse de la siguiente manera, tal como lo señala Abad cuando se refiere a la sentencia citada por Parejo Alfonso:²⁴²

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos

²³⁹ ABAD YUPANQUI, Samuel B. “Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales : estudio preliminar”. *Thémis*, Lima: Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Época 2, Número 21, 1992, p. 9.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 408.

²⁴¹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo : la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 202.

²⁴² ABAD YUPANQUI, Samuel B. *Ob. cit.*, p. 10.

constitucionales (...). De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

En conclusión, el contenido esencial es aquella parte del derecho fundamental que no puede ser modificada puesto que generaría que el derecho no sea reconocido como tal desnaturalizándolo. Es decir, con la afectación a este contenido el derecho puede llegar a ser impracticable o incluso verse desprotegido porque constituye una garantía del mismo. Asimismo, se encuentra relacionado a las circunstancias históricas cambiantes y debe ser determinado para cada momento.

La razón de ser de esta garantía es darle protección al ciudadano evitando cualquier intervención abusiva de mayorías parlamentarias transitorias que priven o vacíen de su núcleo básico a derechos fundamentales restringiéndolos de tal forma que pierdan sus elementos básicos que los conforman.²⁴³

Tal como lo señala Gavara cuando se refiere al artículo 19 párrafo segundo de la Ley Fundamental de Bonn se trata de proteger los derechos fundamentales frente a disposiciones arbitrarias del legislador usando reservas de ley *“de tal forma que limite el contenido de los derechos humanos que aparece en cada derecho fundamental”*.²⁴⁴

Si precisamente se busca otorgar dicha protección, eliminar los derechos adquiridos en materia pensionaria claramente resulta una intervención abusiva que disminuye el amparo a los derechos de los pensionistas del D. Ley 20530, que si bien tal como se indica no es una cualidad inherente a todos los pensionistas, sí lo es de aquellos que obtuvieron su derecho a una pensión nivelable y por ende merece protección y debería tratarse de ampliar su aplicación para todos los pensionistas en la medida de lo posible.

²⁴³ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005., p. 43.

²⁴⁴ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 219.

Tal como lo señala el Tribunal Constitucional en el fundamento 11 de la sentencia correspondiente al Expediente N° 1593-2003-HC/TC, si bien nuestra actual Constitución no tiene una cláusula semejante a los que existen en los ordenamientos de España o Alemania en virtud de los cuales se manda respetar el contenido esencial del derecho, se entiende que su respeto emana de un límite implícito de nuestra legislación.²⁴⁵

Según el Tribunal Constitucional Español existen dos acepciones respecto al contenido esencial del derecho.²⁴⁶

- a) Es la naturaleza jurídica de cada derecho, preexistente al momento legislativo y por ende permanente, que permitirá al legislador identificarlo plenamente al momento de adoptar una medida.
- b) Son los intereses jurídicamente protegidos de tal forma que se ve vulnerado cuando se le imponen límites que hacen impracticable el derecho o de lo despojan de una necesaria protección.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional Español relaciona el contenido esencial a la naturaleza jurídica del derecho y a los intereses jurídicamente protegidos. De esta forma, dentro del contenido esencial del derecho a la pensión debería incluirse la protección a los derechos adquiridos de los pensionistas, teniendo en cuenta como interés jurídico la finalidad de proteger a este grupo el derecho a recibir una pensión en los términos ya establecidos. Si bien la razón inicial de establecer los derechos adquiridos fue para proteger a los pensionistas frente a los cambios, debemos tener presente que el costo de vida sigue subiendo incluso actualmente y que nadie nos asegura que en el futuro no pueda existir un alto nivel inflacionario. Por ende, si en

²⁴⁵ ABANTO REVILLA, César. *Ob. cit.*, p. 411.

²⁴⁶ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, pp. 30-31.

ese futuro ya no se cuenta con los derechos adquiridos, dicho grupo se verá afectado y sin amparo alguno.

A partir de esta situación digna de protección es que surge la constitucionalización de los derechos adquiridos para los pensionistas, para así otorgarles una mayor seguridad a sus pensiones para el futuro y no se pueda alegar circunstancias que generen el desconocimiento de sus derechos o la reducción del monto de sus pensiones.

En concordancia con lo señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:²⁴⁷

8. En tal sentido, cuando la PDFT establece la imposibilidad de que la ley afecte los derechos legalmente obtenidos conforme al régimen del Decreto Ley N.º 20530, hace alusión al derecho "a la pensión" legalmente obtenido, de manera tal que queda proscrita al legislador la posibilidad de: a) desconocer tal derecho y, por ende, la calidad de pensionista, so pretexto de que a posteriori varió alguno de los requisitos para obtener la pensión; y, b) reducir el monto de ésta, bajo el argumento de que, también posteriormente, ha cambiado la regla para su cálculo o se ha establecido un tope pensionario

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional más adelante señala que no debe entenderse que existe un derecho a la intangibilidad del monto de las pensiones, sin embargo puede permitirse la disminución del monto en la medida que se cumplan los siguientes requisitos.²⁴⁸

- 15.
- a) Que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión, a los que se ha hecho alusión en el FJ. 8, supra;*
 - b) Que la reducción sea inspirada en razones de utilidad pública o interés social y con el objeto de preservar el bienestar general o bien común dentro de una sociedad democrática;*

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve las Acciones de inconstitucionalidad interpuestas por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N.º 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional. Exp. N.º 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS), 27 de setiembre 2004, fundamento 4.4.1.8. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.html>

²⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve las Acciones de inconstitucionalidad interpuestas por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N.º 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional. Exp. N.º 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS), 27 de setiembre 2004, fundamento 4.4.1, 15.

- c) Que sea realizada por vía legal;
- d) Que, aun cuando la restricción o limitación se presente a nivel subjetivo (personas individualmente consideradas), continúe manteniéndose un nivel de progresividad objetivo en el derecho a la seguridad social, de manera tal que la colectividad verdaderamente representativa de la situación que afronta el Estado en materia de seguridad social no vea afectado su derecho.

A partir de lo anterior podemos ver que por un lado se admite que no hay un derecho a no poder variar el monto de la pensión y por ende se puede hacer si se cumplen determinadas condiciones, pero por otro lado dentro de las mismas se señala que no pueden ser afectados los componentes del derecho adquirido refiriéndose a lo dispuesto en el fundamento 8 ya citado anteriormente. En dicho fundamento se indica que justamente no se puede reducir el monto de la pensión alegando la aparición de circunstancias posteriores como forma de cálculo o incluso la imposición de un tope. Entonces al final no se podría realizar una disminución del monto de la pensión y menos aún establecer topes como se está haciendo con la reforma.

Debemos tener presente que la sentencia a la que hacemos alusión se dictó antes de la reforma, por lo tanto al imponer como límite el respeto a los elementos del derecho adquirido dicha limitación no podría ya alegarse porque simplemente ya no existen los derechos adquiridos. De esta forma, podemos ver como cambia la situación puesto que antes sí se imponía un respeto por el monto de las pensiones proscribiendo la posibilidad de disminuirlas, sin embargo tras la reforma ya no hay ninguna garantía y, en consecuencia el destino de las pensiones se ven sujetas a la libre discrecionalidad de los legisladores de turno.

En la sentencia materia de análisis, que declara la constitucionalidad de la reforma, el Tribunal Constitucional ha realizado un examen respecto al contenido esencial del derecho, en específico del derecho a la pensión.

Respecto a esto indica en su fundamento N° 86 que el goce del sistema previsional puede ser modificado siempre y cuando no se vea afectado el contenido esencial del derecho fundamental. Por ende, todos los beneficios que correspondan al contenido

esencial deberán seguir siendo gozados en los términos pactados, esto a diferencia del contenido no esencial que sí puede ser modificado.

Esta situación se da porque el TC considera que todas aquellas disposiciones que se encuentren relacionadas directamente con el derecho fundamental conforman el contenido esencial que no pueden ser modificadas. Precisamente el fundamento 85 señala que ²⁴⁹:

(...)el goce de los beneficios previstos en la ley no significa que estos tengan naturaleza constitucional, sino que pueden ser protegidos en dicha sede siempre que su goce o ejercicio se encuentre vinculado con el contenido esencial del derecho fundamental.

Todo esto a diferencia de aquellas condiciones relativas al goce efectivo de algunas prestaciones derivadas del contenido no esencial y adicional del derecho que son susceptibles de modificación al tratarse de temas de legislación ordinaria tales como: *"el monto de la pensión en la medida que no se compromete el mínimo legal, topes, condiciones de nivelación, entre otros, los que se rigen por la legislación vigente al momento en que pueden ser realizados o modificados"*²⁵⁰

En conclusión, todo aquello relativo al contenido esencial no puede ser modificado a diferencia del contenido no esencial y el adicional que sí admite variaciones porque estos últimos tienen una aplicación inmediata a las consecuencias.

Para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental debemos tener presente que ni siquiera en los países en donde se ha desarrollado con más intensidad este concepto, se ha podido establecer una teoría única que sirva de parámetro, es más se han usado indistintamente en los diversos casos ocurridos.

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 85.

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 85.

Por lo tanto, tal como lo señala Abanto Revilla, el contenido esencial de cada derecho deberá ser determinado por el Tribunal Constitucional el mismo que tendrá que remitirse a la norma constitucional que recoge el derecho en cuestión; otros dispositivos constitucionales vinculados; tratados internacionales vinculantes para el Perú y la doctrina. Esta sería la opción que más se ajusta con el contenido esencial puesto que este último depende de conceptos jurídicos con carácter evolutivo vinculados a un momento histórico y requerimientos sociales.²⁵¹

Contamos como antecedente a la Ley Fundamental de Bonn pero la misma no establece ningún criterio para diferenciar el contenido esencial del que no es. Tal como lo indica el Tribunal Constitucional Alemán, la identificación de un ámbito nuclear en materia de derechos fundamentales no se configura como un criterio definitivo que nos permita resolver los conflictos que se puedan plantear. De esta forma, el Tribunal Constitucional Alemán ha tenido por bien considerar que hay normas y principios que determinan el ámbito nuclear protegido constitucionalmente frente a cualquier injerencia. En consecuencia, para establecer el contenido esencial es preciso tener en cuenta “ *el desarrollo histórico y las diferentes formas de aparición histórica de la autonomía local*”.²⁵²

Entonces, el Tribunal Constitucional será el encargado de determinar el contenido esencial, sin embargo a opinión de Gavara esta labor generará una cierta inseguridad jurídica, ya que dicha reconstrucción no se podrá determinar de forma cierta y previa a la sentencia que se encargue de realizar el análisis de constitucionalidad. De esta manera, lo que se hace es definir al parámetro del control de constitucionalidad pero con posterioridad a su aplicación, es decir recién a propósito de la acción de inconstitucionalidad interpuesta.²⁵³

²⁵¹ ABANTO REVILLA, César. *Ob. cit.*, p. 410.

²⁵² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ob. cit.*, pp. 227-228.

²⁵³ *Ibíd.*, p. 231.

Por ello, se debe tener mucho cuidado al momento de realizar esta labor porque se pone en juego la validez constitucional de una medida teniendo en cuenta si afecta el contenido esencial del derecho fundamental o no.

Incluso esta división del derecho en una parte esencial y otras zonas periféricas puede resultar peligroso porque excluye a estas últimas del control de constitucionalidad, dando a entender que si bien todo forma parte del derecho fundamental sólo se protegerá al contenido esencial.²⁵⁴

Sin embargo, la idea de este concepto radica en tener un parámetro para determinar qué aspectos se pueden modificar de un derecho fundamental, ya que si bien los derechos son estables no permanecen totalmente inmutables en el transcurrir del tiempo.

Ahora debemos determinar cuál es el contenido esencial y no esencial del derecho fundamental a la pensión, sin embargo no es tarea fácil y ante esta pregunta, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su fundamento 104 existen tres teorías en la doctrina constitucional contemporánea.²⁵⁵

a) Teoría relativa: para esta teoría no hay un contenido esencial preestablecido sino que el mismo será determinado tras haber realizado una ponderación, ya que no es un concepto estable.

Dicha ponderación se llevará a cabo entre un derecho y otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos para así determinar si la restricción es válida. Para esta teoría no hay ningún elemento permanente como contenido esencial, por lo cual

²⁵⁴ Ibíd., p. 353.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 104.

el legislador se limita a realizar un juicio sobre la validez de la restricción al derecho fundamental mediante el test de razonabilidad.²⁵⁶

Según la doctrina, la objeción a esta teoría radica en que al momento que querer justificar la restricción puede llegarse a tal punto de querer legitimar el sacrificio de un derecho fundamental para proteger otros bienes o derechos, y con esto la garantía se limitaría a analizar restricciones y no derechos.

b) Teoría absoluta: parte del supuesto que cada derecho fundamental tiene dos partes, una permanente que sería el contenido esencial y otra variable que sería la parte no esencial y que por ende permite modificaciones. Es decir cada una ya está debidamente preestablecida.

Sin embargo, esta teoría ha sido duramente criticada al considerar que un derecho fundamental pueda ser dividido y que el control de constitucionalidad sólo opera respecto de una parte de la norma constitucional y no respecto al todo. Asimismo, existe la imposibilidad de distinguir *a priori* el núcleo duro de la parte accesoria.²⁵⁷

c). Teoría institucional: el contenido esencial no es algo que pueda desprenderse de por sí e independientemente de la Constitución y de otros bienes que merecen protección constitucional. En tal caso, resulta ser que el contenido esencial y sus límites conforman una unidad.

Para esta teoría sustentada por Haberle, los límites impuestos a los derechos fundamentales y la determinación del contenido esencial se realizan mediante un equilibrio que considera como punto de referencia el sistema objetivo de valores de la Constitución y no sólo a los derechos constitucionales en sí.²⁵⁸

En el plano nacional, si bien la Constitución Política del Perú de 1993 no hace ninguna referencia directa a la garantía del contenido esencial, el Tribunal Constitucional ha

²⁵⁶ ABANTO REVILLA, César. Ob. cit., p. 409.

²⁵⁷ Ídem.

²⁵⁸ Ídem.

usado esta técnica en varias oportunidades. Sin embargo, no ha llegado a usar una misma teoría de forma uniforme.²⁵⁹

Así, tal como lo señala Sosa Sacio, lo podemos apreciar en los siguientes fallos:

- Expediente N° 010-2001-AI/TC (26/08/2003): aplica la teoría absoluta:²⁶⁰

4.(...). Ciertamente, la garantía de la autonomía municipal no impide que el legislador nacional pueda regular su régimen jurídico, siempre que, al hacerlo, se respete su contenido esencial. En este contexto, respetar el contenido esencial de la institución constitucionalmente garantizada quiere decir no sujetar o condicionar la capacidad de autodesarrollo pleno de los gobiernos locales a relaciones que se puedan presentar como injustificadas o irrazonables.

11. Como sucede con todos los derechos fundamentales, el de acceso a la justicia tampoco es un derecho ilimitado cuyo ejercicio no pueda restringirse; sin embargo, siendo posible establecer restricciones a su ejercicio, ellas no pueden afectar su contenido esencial (...).

- Expediente N° 016-2002-AI/TC, en su fundamento 6 aplica la teoría relativa:²⁶¹

6. El Tribunal Constitucional considera que tal como aparece planteada la cuestión controvertida, ésta puede resolverse bajo el test de proporcionalidad. En efecto, es pertinente preguntarse si el propósito legislativo de hacer del derecho de propiedad un derecho oponible frente a terceros (registrarlo), a través de la reducción de los costos que supone la obligatoria utilización de la escritura pública para la inscripción del mismo, no termina por sacrificar en tal grado el principio constitucional de la seguridad jurídica, que termina resultando desproporcionado aun cuando el fin resulte legítimo..

-Expediente N° 1060-97-AA/TC, aplica la teoría institucional:²⁶²

4. b) Si bien la garantía institucional de la autonomía municipal tiene, como límite para el ejercicio de las competencias que le son reconocidas, el que no se

²⁵⁹ Ibíd., p. 411.

²⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, doctor Walter Albán Peralta, contra la Ordenanza N° 290, emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, con fecha 18 de setiembre de 2000, y publicada el 3 de diciembre de 2000. Exp. N° 010-2001-AI/TC, 26 de agosto 2003, fundamentos 4 y 11.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2001-AI.html>

²⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios de Junín contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 27755, que prevé que "Vencido el plazo del proceso de integración de los registros previsto en el artículo 2° de la presente Ley, todas las inscripciones se efectuarán por Escritura Pública o mediante formulario registral legalizado por Notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)". Exp.0016-2002-AI/TC, 30 de abril 2003, fundamento 6.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>

²⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso Extraordinario contra la resolución de la Sala Especializada en Derecho Público, su fecha dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete, que confirma la resolución apelada, que declaró improcedente la Acción de Amparo interpuesta. Exp. 1060-1997-AA/TC, 16 de setiembre de 1997, fundamentos 4,b y 5.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/01060-1997-AA.html>

transgrede el núcleo de valores que la Constitución reconoce, y cuya representación se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales

5. En ese sentido, no puede dejar de precisar este Colegiado, que el ejercicio de los diversos derechos constitucionales que la Constitución Política del Estado enuncia, no tienen el carácter de absolutos, sino que, entre orden de factores, del hecho que su ejercicio se realice en el marco de diversas relaciones intersubjetivas, como en efecto suceden con los derechos cuya violación invoca el actor, se desprenden una serie de límites, cuya observancia, en la medida que no afectan el contenido esencial de los derechos involucrados, no suponen per se, violaciones a los derechos constitucionales.

Ante todas estas opciones el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma que es materia de análisis adopta la teoría relativa puesto que considera que el contenido esencial no puede determinarse *a priori*:²⁶³

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no sólo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales. En este sentido, para el caso concreto, se determinará el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

Esta labor de determinar el contenido esencial le corresponde al Tribunal Constitucional quien señala en su fundamento 107 cuál es. De esta forma, tal como lo indica, en primer lugar hace uso de una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales que resaltan como deber del Estado y de la sociedad el asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua en caso de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad de trabajo. Luego toma en cuenta el principio de dignidad humana junto con los valores de igualdad y solidaridad, así como el derecho a la vida. A partir de todo esto determina que la Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental a la pensión y considera que el contenido esencial del mismo está constituido por tres elementos que citaremos a continuación:²⁶⁴

²⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 104, último párrafo.

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449

- El derecho de acceso a la pensión.
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de una pensión
- El derecho a una pensión mínima vital.

Si bien el Tribunal indica que el contenido esencial no puede establecerse a priori, al momento de definirlo es preciso que lo haga correctamente.

Por un lado, el Tribunal Constitucional menciona los elementos que conforman el contenido esencial del derecho a la pensión pero no ha definido la configuración de cada uno. Para esto, tomaremos en cuenta las precisiones realizadas por el autor Abanto Revilla respecto a los mismos:²⁶⁵

- El derecho de acceso a la pensión está referido a la posibilidad de ingresar un régimen previsional al momento de cumplir los requisitos para aportar, sin embargo esto no genera automáticamente la percepción de una pensión, lo cual estará sujeto al cumplimiento de los supuestos de edad y años de aporte.
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de una pensión supone una garantía preexistente sobre el cobro de una pensión o garantía del goce futuro, obviamente siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos para obtener una.
- El derecho a una pensión mínima vital, que viene a ser lo contrario de la pensión máxima relacionada con los topes. Según Abanto, ambos al conformar los extremos del monto de la pensión deberían formar parte del contenido no esencial, sin embargo al establecer el mínimo la idea es garantizar una pensión que por lo menos sirva para cubrir necesidades básicas.

El TC debe ser muy cuidadoso al momento de definir los alcances del contenido esencial porque puede resultar objetable el considerar al mínimo vital como contenido esencial puesto que el hecho de cubrir el mínimo no significa que se está cautelando

que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 107.

²⁶⁵ ABANTO REVILLA, César. *Ob. cit.*, pp. 427-428.

adecuadamente el derecho. Se trata de un monto que varía en cada pensionista en función a sus aportes realizados.

Asimismo, es preciso hacer una distinción entre lo que es contenido esencial del derecho y el contenido constitucionalmente protegido del mismo, y si bien son conceptos distintos son complementarios.

El contenido constitucionalmente protegido es aquél que permite determinar el ámbito de protección de un derecho para ser visto en la sede judicial constitucional del proceso de amparo, es decir son aquellos extremos de un derecho que gozan de esta protección. Se debe distinguir entre los derechos constitucionales y los derechos legales puesto que el proceso de amparo sólo se encuentra habilitado para proteger a los primeros. Asimismo, este contenido constitucionalmente protegido se determinará en la mayoría de casos a partir de la definición del contenido esencial de cada derecho fundamental ya que todo aspecto constitucionalmente protegido de un derecho se remite a su contenido esencial, el mismo que será definido finalmente por el Tribunal Constitucional para cada caso en concreto.²⁶⁶

Tal como lo señala el Tribunal Constitucional Alemán, el contenido esencial inafectable de los derechos fundamentales debe ser determinado para cada derecho fundamental. Por lo tanto, el examen es individualizado.²⁶⁷

Precisamente, este contenido constitucionalmente protegido surgió a partir de la necesidad de restituir el carácter residual del proceso de amparo y por ende evitar la sobrecarga de procesos. De esta forma se establece en el Art. 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) como causal de improcedencia cuando :” *los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*” . En consecuencia, se busca

²⁶⁶ Ibíd., pp. 416 y 430.

²⁶⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 213.

restringir el acceso a sede constitucional sólo aquellas causas relacionadas a la afectación directa del contenido constitucionalmente protegido y no para proteger derechos legales que por más que se funden en la Constitución deben reclamarse en sede judicial ordinaria.²⁶⁸

Esto se debía a que si bien todos los derechos encuentran de alguna manera sustento en la Constitución, se produjo una interpretación extensiva de los derechos fundamentales considerando a supuestos y pretensiones que excedían el verdadero contenido constitucionalmente reconocido. Así fue que sólo se consideraban procedentes aquellas causas relacionadas a la afectación de este contenido, que sin embargo no guarda identidad con el contenido esencial del derecho, pero van muy de la mano.

Por ejemplo, para el caso del derecho a la pensión, esta constituye una prestación reconocida en el ámbito del derecho fundamental a la seguridad social, reconocida en la Constitución (art. 11 y 1ra DFT). Sin embargo, son meras declaraciones aquellas referidas al ente prestador y supervisión posterior, así como el respeto a los derechos adquiridos, esto último hasta antes de la reforma. Al final, no se define el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión y para poder establecerlo habrá que recurrir al contenido esencial de este derecho, el mismo que será definido por el Tribunal Constitucional.²⁶⁹

De esta forma, para distinguir entre aquellos casos que pueden defenderse mediante un proceso de amparo y aquellos que no, tomaremos como referencia el monto de la pensión. Cuando definimos el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión encontramos que no hay una definición exacta y por ello debemos remitirnos al contenido esencial de dicho derecho, el mismo que fue delimitado por el TC. De esta forma, encontramos dentro del mismo al derecho al mínimo vital, esto quiere decir que cuando la pretensión recaiga sobre el mínimo se deberá acudir al

²⁶⁸ ABANTO REVILLA, César. *Ob. cit.*, p. 414.

²⁶⁹ *Ibíd.*, p. 415.

proceso de amparo pero cuando simplemente quiere cuestionar el monto de la pensión que sea igual o mayor al mínimo vital será necesario en dicho caso acudir a la vía judicial ordinaria, salvo sea urgente su revisión en el proceso de amparo debido a las consecuencias irreparables que pudieran surgir.

Sin embargo, el derecho a la pensión tiene un derecho derivado llamado el derecho a la pensión nivelable. Por ello, los beneficios que les correspondían a los pensionistas del D. Ley 20530 provenientes de los derechos adquiridos, al momento de establecerse bajo una Disposición Final y Transitoria tienen protección constitucional. Por lo tanto, desde ese momento vienen a formar parte del contenido esencial del derecho a la pensión nivelable de los pensionistas pertenecientes al D. Ley 20530, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos establecidos en la ley para habilitarlos.

En consecuencia, para todos aquellos que cumplieron con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el Decreto Ley 20530 (edad y tiempo de servicios), adquieren la calidad de ser pensionista de dicho régimen, así como el derecho a una pensión. Pero, si cumplen además el requisito de 20 años de servicios adquieren su derecho no sólo a una pensión sino a una pensión nivelable y sin topes. Por lo tanto, estas características fundamentales conforman el contenido esencial del derecho a la pensión nivelable de este grupo de personas.

De esta forma lo señala el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre el fondo y contribución solidaria para asistencia previsional:²⁷⁰

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve las Acciones de inconstitucionalidad interpuestas por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N.º 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional. Exp. N.º 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS), 27 de setiembre 2004, fundamento 4, 4.1, 7. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.html>

Asimismo, los componentes del derecho adquirido que el Tribunal Constitucional considera como reconocidos por la PDFT de la Constitución fueron fijados en el segundo párrafo del FJ. 18 de la misma sentencia, al disponerse que el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley N.º 20530 consiste en: “1) tener la calidad de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5º del mismo, 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente” (subrayado agregado).

Es decir, al momento de hallarse amparado los derechos adquiridos bajo una disposición constitucional se constituyen como componentes del contenido esencial y por ende no podrían ser modificados.

Tal como lo señala el TC en su fundamento 126, aquellas personas que cumplieron los requisitos legales para obtener el derecho a una pensión bajo el Decreto Ley 20530 antes de la entrada en vigencia de la reforma, se entienden incorporados al régimen. De la misma forma, aquellos que cumplieron los requisitos para obtener un beneficio protegido por la 1DFT antes de la reforma, también han adquirido dicho beneficio y por ende debe respetarse.

Es el caso de la nivelación, beneficio que no se otorga a todos los pensionistas del D. Ley 20530 sino solamente a aquellos que cumplieron con aportar durante 20 años de servicio. Una vez cumplido este requisito adquieren su derecho a una pensión nivelable, el cual debe respetarse hasta después de la reforma ya que conforma desde ese momento el contenido esencial de su derecho a la pensión.

De esta forma lo señala Carlos Blancas en la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta, cuando indica que se ha producido una defundamentalización del derecho a la seguridad social referido estrictamente a los pensionistas del D. Ley 20530 que gozaban de los derechos adquiridos:²⁷¹

²⁷¹ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11º, 103º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 43.

De esta manera se produce la “desconstitucionalización” o “desfundamentación” de los derechos a la seguridad social configurados en dicho régimen legal, especialmente el derecho a la nivelación de las pensiones de jubilación, a la que se otorgó rango constitucional en la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, cuya aplicación ultraactiva fue garantizada, a quienes hubieran adquirido legalmente el derecho, por la PDFT de la actual constitución. En tal virtud, una materia que se encontraba vedada a la obra del legislador ordinario, es ahora “legalizada”, operándose una degradación de su jerarquía normativa, que supone dejar totalmente en manos del legislador ordinario la regulación del derecho pensionario del régimen antes mencionado.

Debemos precisar que los derechos adquiridos en general se ven reconocidos en la Constitución de 1993 antes de la reforma, derechos que corresponden a todos los pensionistas del Sector Público, es decir tanto para los que pertenecen al D. Ley 20530 y a los del D. Ley 19990.

La Constitución de 1979 reconocía en su Octava Disposición General y Transitoria que las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios se nivelaban con los haberes de los servidores públicos. Más adelante, con la Constitución de 1993 en su 1ra DFT señalaba que deben respetarse los derechos legalmente obtenidos de ambos regímenes y dentro de dichos derechos obtenidos se encuentra el derecho a la nivelación pero sólo respecto a los pensionistas del D. Ley 20530.

Lamentablemente, dicho derecho no se contemplaba para aquellos que pertenecen al D. Ley 19990, pero ello no significa que no deba reconocerse para aquellos del D. Ley 20530 que sí les correspondía al haber cumplido con el requisito de los 20 años de servicios, puesto que desde ese momento ya adquirirían el derecho a una pensión nivelable.

La nivelación no es un derecho que les corresponde a todos los pensionistas y por ende no forma parte del contenido esencial del derecho a la seguridad social de todos ellos. Sin embargo, desde el momento en que se le reconoce con estas disposiciones constitucionales, se exige el respeto de los derechos adquiridos, protegiendo la situación jurídica alcanzada por los pensionistas. De esta forma, la nivelación formaría parte del contenido esencial del derecho a la pensión de aquellos pertenecientes al D. Ley 20530, siempre y cuando hayan cumplido los requisitos para acceder a ella.

Por otro lado no cabría la discusión sobre la afectación del contenido esencial de un derecho porque simplemente no se puede modificar algo que ha sido establecido con vocación de permanencia. Se trata de un beneficio ya adquirido y por ende ya se agotó a pesar que las consecuencias sigan hasta ahora.

Justamente, se estableció como un derecho adquirido para proteger el respeto de todas las condiciones en las que se adquirió el derecho, y es por ello que se protegió bajo la 1DFT de la Constitución el derecho a la pensión nivelable.

En caso contrario, si resultaba tan obvio que lo importante era respetar el derecho a la pensión en su dimensión de adquirida o sea que no se le puede despojar de este derecho a ningún pensionista que cumplió válidamente con los requisitos, no hubiera sido necesario establecer una disposición final y transitoria que la proteja. En tal caso ello es obvio en todos los derechos amparados mediante la Constitución.

Incluso tenemos la opinión de la Comisión Internacional de Juristas que opina que el monto de la pensión y la forma de su cálculo constituyen aspectos esenciales del derecho a la pensión, pero que lamentablemente el Estado pretende no reconocerlos como tales. Además, indica que se ven relacionados directamente con el derecho de propiedad de los pensionistas según lo dispuesto por el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por lo tanto : ²⁷² *“discutir si la forma de cálculo y el monto son esenciales o no esenciales del derecho a la pensión per se es, en este punto, innecesario.”*

En consecuencia, si el derecho a recibir una pensión con determinadas condiciones establecidas por ley al comienzo, forman parte del derecho a la propiedad, es preciso tomar en cuenta el efecto de las medidas adoptadas sobre el monto de la pensión y su forma de cálculo para determinar si se afecta el derecho de propiedad que veremos más adelante.

²⁷² COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 66.

Más adelante, la CIJ señala lo siguiente:²⁷³

En el caso de una pensión, dado su carácter alimentario, y sustitutivo del salario de actividad, la afectación del monto de la pensión tendrá efectos sobre el poder adquisitivo del pensionista- de modo que resulta difícil ignorar que la modificación apreciable del monto de una pensión legalmente acordada afecta la sustancia del derecho.

Lo que la Comisión señala correctamente, es que debemos tener en cuenta que el derecho a la pensión va relacionado directamente con el derecho de propiedad puesto que trasciende directamente en el ingreso pecuniario que recibe el pensionista todos los meses. Por ende, al considerar que el monto de la pensión y su forma de cálculo no son esenciales del derecho a la pensión sería algo erróneo puesto que modificarlos a pesar de ya haber sido establecidas legalmente y amparadas constitucionalmente, afecta el poder adquisitivo de los pensionistas ya que cuentan como ingreso a dicha pensión que posee carácter alimentario.

Lamentablemente el Tribunal Constitucional en el fundamento 78 en la sentencia sobre la reforma concluye que no se ha producido la desfundamentación del derecho a la pensión ni a la seguridad social, ya que la nivelación no forma parte del contenido esencial y aún después de la reforma el derecho a la pensión no ha perdido su calidad de fundamental.²⁷⁴

Sin embargo, ante todo lo expuesto anteriormente ¿Como podríamos no considerar estos aspectos como esenciales del derecho a la pensión nivelable teniendo en cuenta las importantes repercusiones que acarrea en la vida de los pensionistas y la protección especial que poseía en la 1DFT?

²⁷³ Ídem.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 78.

3.2. Derecho de propiedad

El derecho de propiedad se encuentra reconocido en nuestra legislación nacional en la Constitución Política de 1993 en su artículo 2 inciso 16 en donde señala que toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia.

De la misma manera en su artículo 70 señala lo siguiente:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. (...)

En el ámbito internacional tenemos a normas importantes tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 17 en donde señala que toda persona tiene derecho a la propiedad y que nadie puede ser privado arbitrariamente de ella. Asimismo, tenemos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 21 señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

- 1. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

Debemos tener presente que la discusión se centra en determinar si la Ley de Reforma ha violado el derecho a la propiedad de los pensionistas al afectar el monto de su pensión. Para esto es preciso recordar que la pensión es un **bien** mueble reconocido por el art. 886 inciso 8 del Código Civil en este sentido: “*Son muebles: 7. Las rentas o pensiones de cualquier clase*”. En consecuencia, al ser el derecho a la propiedad un derecho real, como tal se ejerce sobre un bien que en este caso es un bien mueble conformado por la pensión de cesantía. Es decir, al existir una afectación indebida a la pensión entonces se está violando el derecho de propiedad ejercido sobre ella.

Es más, hay instrumentos internacionales que corroboran esta línea, así según el *Amicus Curiae* de la Comisión Internacional de Juristas, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos han adoptado una

interpretación amplia del concepto “bien”. Esta interpretación considera a los beneficios de la seguridad social como un bien o posesión en el sentido del art. 1 del Protocolo N° 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y por ende merecen protección frente a los actos del Estado que menoscaben su disfrute. Esta interpretación amplia permite:²⁷⁵

(...) incorporar a una noción lata de “propiedad” el derecho a recibir una pensión u otra forma de transferencia dineraria, cumplidas ciertas condiciones, y la de su mantenimiento, actualización o nivelación, entre otras posibilidades.

Este criterio ha sido confirmado en los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos tales como: el caso *Bellet Huertas y Viallate v. Francia* en donde la Corte señaló que la realización de contribuciones a fondo de pensiones puede crear un derecho de propiedad que puede ser afectado por la manera como se distribuya el fondo y en el caso *Azinas v. Chipre*, donde la Corte sostuvo que el derecho a la pensión por el cual se había pagado las correspondientes aportaciones constituye un derecho de propiedad protegido por el art. 1 de Protocolo N° 1 al Convenio Europeo.²⁷⁶

Como hemos podido apreciar, queda claro a nivel nacional e internacional que la pensión es un bien sobre el cual se ejerce un derecho de propiedad que merece protección.

El Tribunal Constitucional en la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta a la Ley de reforma del régimen D. Ley 20530, ha definido los alcances del derecho de propiedad. Para esto, ha señalado que es un derecho fundamental reconocido en el artículo 2 (inc. 8 y 16) de la Constitución y se concibe como : *“(...) el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así el propietario puede servirse directamente del bien,*

²⁷⁵ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 8.

²⁷⁶ Ibíd., fundamento 11.

percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.”²⁷⁷

Más adelante precisa que este derecho no otorga un poder absoluto a su titular puesto que ello contradeciría a los postulados esenciales de un Estado Social y democrático de Derecho como el nuestro. Por ello, debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 70 de la Constitución que establece que el derecho a la propiedad debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites que dicte la ley. Así podemos ver que la función social es consustancial a este derecho puesto que constituye un límite a este, en consecuencia utilidad individual y función social vienen a formar parte del contenido esencial del derecho a la propiedad.²⁷⁸

Asimismo, el Tribunal Constitucional hace una distinción entre la pensión y la propiedad, aclarando que la primera forma parte del patrimonio de la persona pero no se equipara con la propiedad.

Por estas razones alega que no existiría una afectación del derecho a la propiedad, ya que según el Tribunal Constitucional la pensión no es propiedad y esta tampoco es ilimitada por ende el límite impuesto es justamente la reducción por razones de justicia social que sostiene la reforma, sin embargo no concordamos con dichos argumentos tal como lo veremos más adelante.

Respecto a la distinción que realiza el TC entre pensión y propiedad se sostiene teniendo en cuenta los siguientes fundamentos:

²⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 96.

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 96.

- La pensión no es un derecho real sobre un bien tal como lo es la propiedad, sino un derecho a percibir un determinado monto periódico al cual se accede una vez cumplidos los requisitos legales.
- La pensión no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición tales como venta, permuta, donación, etc.
- La pensión no es susceptible de ser transmitida con la sola voluntad del causante, para ello se deben cumplir algunos requisitos establecidos.

Al final el TC concluye *“Es evidente, entonces, que la pensión no comporta los atributos privativos de la propiedad, de modo que es un absurdo jurídico asimilar la naturaleza de ambas como si de una se tratase”*.²⁷⁹

Este criterio fue repetido por el Tribunal Constitucional posteriormente en su sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Adolfo Nizama y Pedro Carrasco contra el artículo 1 de la Ley N° 28047 en donde repite que la pensión no se equipara a la propiedad puesto que si bien forma parte del patrimonio de la persona que goza del derecho a recibirla, no puede asimilarlo al derecho a la propiedad ya que poseen diferencias en su naturaleza jurídica.²⁸⁰

Asimismo, según la sentencia de los Expedientes N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, y también citado por la sentencia anterior, la pensión por su naturaleza a diferencia de la propiedad no es un derecho real sobre un bien sino un derecho a percibir un monto periódico una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos. Uno de estos requisitos son

²⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 97.

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Adolfo Urbina Nizama y Pedro Carrasco Narváez en representación de más de 5 mil ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N° 28047. EXP. N° 0030-2004-AI/TC, 2 de diciembre 2005, fundamento 12.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.html>

las aportaciones realizadas sin que se genere una identidad entre estos y el monto a recibir como pensión, como sí sucede en el sistema privado.²⁸¹

En esta última sentencia el TC determinó que sí existía una afectación al derecho de propiedad puesto que en el caso en cuestión se quería aumentar el porcentaje de los aportes al sistema de pensiones y a la vez se reducía el monto de la pensión a recibir. El razonamiento del TC radicaba en que el bien real a ser considerado era la remuneración y no la pensión, ya que la primera no puede ser tomada por el Estado sin que exista un justo título que lo permita.

Sin embargo, dicha opinión no es completamente acertada puesto que la pensión y la remuneración vienen a ser conceptos similares y por ende ambos merecen protección. Si se disminuye alguno de ellos de igual forma se está afectando el poder adquisitivo de la persona porque obtendría menos ingresos.

Por otro lado, en la sentencia sobre la reforma si bien se considera que la pensión no es sinónimo de propiedad, ello no obsta para considerar que sí se está violando el derecho de propiedad con la reforma constitucional. Ello sucede en razón de que repercute en los efectos patrimoniales del derecho a la pensión que sí forman parte del derecho de propiedad de los pensionistas. En consecuencia, hacer la distinción entre pensión y propiedad no viene al caso puesto que lo que se discute es la disminución de la pensión, aspecto que forma parte de los efectos patrimoniales.

Así lo podemos ver en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cinco Pensionistas en donde señaló lo siguiente:²⁸²

²⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Adolfo Urbina Nizama y Pedro Carrasco Narváez en representación de más de 5 mil ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N° 28047. EXP. N° 0030-2004-AI/TC, 2 de diciembre 2005, fundamento 12. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.html>

²⁸² Sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS que resuelve la demanda interpuesta por Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra. Caso “Cinco Pensionistas vs Perú”, 28 de febrero del 2003, párrafo 103.

(...) esta Corte considera que, desde el momento en que... (los reclamantes) pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana.

Tal como lo señalamos anteriormente, esta afirmación no está asimilando la naturaleza jurídica de la pensión con la propiedad, sino establece que el derecho a la pensión tiene efectos patrimoniales y sobre los mismos se ejerce un derecho de propiedad que debe protegerse.

De esta forma tenemos al pronunciamiento del Tribunal Constitucional que corrobora el planteamiento de la Corte de la siguiente manera:²⁸³

13 . En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N.° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”. (párrafo 103) (subrayado agregado).

En tal sentido, es evidente que aun cuando tal referencia se hace respecto al caso de los cinco pensionistas, la Corte, amparándose en la jurisprudencia emitida por este Tribunal Constitucional, y con carácter general, asimila los efectos patrimoniales del derecho adquirido a la pensión con el derecho a la propiedad privada . Tal conclusión, a su vez, permite a la Corte sostener que es posible reducir el monto de las pensiones.

Como hemos podido apreciar según la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la pensión tiene efectos patrimoniales amparados por el derecho de propiedad.

En ese mismo sentido, tenemos al Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se ha pronunciado sobre la admisibilidad y fondo de este caso llevado a sede internacional. En dicho informe la Comisión concluye al igual que nosotros que: “los efectos patrimoniales de un régimen previsional al cual se han

²⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve las Acciones de inconstitucionalidad interpuestas por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N.° 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional. Exp. N° 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS), 27 de setiembre 2004, fundamento 13.

efectuado contribuciones o cuyos requisitos legales se encuentran cumplidos deben entenderse dentro del alcance del derecho a la propiedad(...).²⁸⁴

De esta forma, la CIDH sí considera que la medida puede afectar el derecho a la propiedad ya que si está bajo sus alcances en tanto las pensiones y su nivelación entraron al patrimonio.

Sin embargo, por otro lado la CIDH ha señalado que si bien la medida repercute sobre el derecho de propiedad no existe una afectación al mismo teniendo en cuenta las siguientes razones.

Para determinar si hubo una injerencia arbitraria al derecho de propiedad ha realizado la aplicación de un test al caso:²⁸⁵

a) Legalidad: consiste en verificar si la restricción ha sido impuesta por una ley y la CIDH ha concluido que las normas de la reforma han sido aprobadas en concordancia con el régimen constitucional vigente, entonces se entiende por cumplido este punto.

b) Fin legítimo: revisar que la restricción obedeció a un fin legítimo en el sentido de buscar un interés social. La CIDH concluye que mantener la estabilidad financiera del Estado y asegurar el respeto al principio de equidad constituyen un interés social y por ende es un fin legítimo.

c) Proporcionalidad: en el sentido de ser razonable para dicho fin y no sacrificar la esencia del derecho. Sobre esto la CIDH ha señalado que no se pudo establecer que la restricción ha afectado el derecho a recibir una pensión y que en tal caso dicha restricción no implica la supresión del derecho de propiedad porque los pensionistas siguieron ejerciendo la titularidad. En consecuencia, la restricción no resultaría equiparable a una expropiación.

Sin embargo, a continuación veremos como sí se ha afectado el derecho de propiedad configurándose una medida expropiatoria.

²⁸⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ob. cit.*, fundamento 103.

²⁸⁵ *Ibíd.*, fundamentos 113-127.

En consecuencia, se estaría violando este derecho con la modificación a dos **aspectos** realizados por la reforma:

a) Aplicación de topes y reducción del monto:

La Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas a partir de la Reforma Constitucional, dispone en su artículo 3 que las pensiones se sujeten a un tope ascendente a 2 UIT vigentes a la fecha de pago de la pensión. Es decir, aquellos que perciban pensiones mayores a 2 UIT se les reducirán el monto hasta este límite.

Sin embargo, en la Ley de Reforma N° 28389 en su artículo 3 se establece que la ley dispondrá que se aplique una reducción progresiva de topes a las pensiones mayores a 1 UIT.

Ello genera las siguientes consecuencias:

- Si es que algún pensionista recibe un monto mayor a una UIT y no llega a las 2 UIT entonces se mantendrá con la misma pensión, sin embargo ello no exime que en el futuro salga otra ley con nuevas reglas que disponga se aplique un tope ya no de 2 UIT sino de menos y por ende en ese momento se verá reducida dicha pensión. Esto podría suceder dado que la Ley de la Reforma Constitucional N° 28389 indica que se realizará una reducción a aquellas pensiones mayores a 1 UIT, aunque la Ley N° 28449, que establece las reglas, ha determinado que se reducirá el monto pensionario de aquellos que perciban más de 2 UIT. En consecuencia, existe la ley de reforma que establece un máximo de 1 UIT y la ley que establece las reglas que indica será el tope de 2 UIT.

Es decir, si bien por ahora no resultaría afectado el monto de la pensión, en un futuro sí podría reducirse más aún teniendo en cuenta que ya no contamos con la garantía de los derechos adquiridos y que la Ley N° 28389 lo faculta.

De esta forma lo plantea Carlos Blancas en la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta:²⁸⁶

A mayor abundamiento, y conforme al texto de la LRC, el tope establecido por la Ley 28449, (2 UIT) podrá, en el futuro, ser reducido, incluso hasta la suma equivalente a 1 UIT, pues la LRC sólo garantiza que no serán reducidas las pensiones menores a este monto, lo que habilita al legislador futuro y a los gobiernos sucesivos a reducir el tope, y con él, afectar, incluso las pensiones menores a 2 UIT, como consecuencia de la supresión de la garantía del respeto a los derechos adquiridos.

- Si recibe un monto menor a 1 UIT, no sufrirá modificación alguna referido al tope, siempre y cuando no se emita posteriormente otra ley de reforma que modifique otra vez la Primera Disposición Final y Transitoria y reduzca dicho límite. Por ello la razón de esta investigación, ya que precisamente con la eliminación de los derechos adquiridos se viola la seguridad jurídica. Sin embargo, teniendo en cuenta el tenor actual de la 1 DFT, cualquier pensión menor a 1 UIT no sufrirá reducción.
- Si recibe un monto mayor a 1 UIT y no sólo eso sino incluso mayor a 2 UIT, entonces en ese caso será de aplicación el tope y la pensión se verá reducida gradualmente a razón de un 18% anual hasta alcanzar el tope según lo indica la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449.

b) Prohibición de nivelación:

En el artículo 3 de la Ley de Reforma N° 28389 que modifica a la 1 DFT de la Constitución señala que no se podrá realizar la nivelación de las pensiones con las remuneraciones. Asimismo, en el artículo 4 de la Ley 28449 se establece que: *“Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad”*.

Más adelante el mismo artículo establece que se efectuará un reajuste pensionario sólo para un grupo determinado en función de la edad y monto de la pensión. De esta forma establece dos disposiciones:²⁸⁷

²⁸⁶ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 46.

- Para aquellos beneficiarios de 65 años a más y que perciban pensiones que no superen las 2 UITs se les reajustará la pensión al inicio de cada año tomando en cuenta las “*variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado*”.
- Para aquellos beneficiarios menores de 65 años se reajustará la pensión periódicamente según las “ *previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional*”

Podemos ver que se afecta el derecho de propiedad de los pensionistas con esta prohibición de nivelación, ya que de haber contado con un parámetro objetivo como la nivelación se ha cambiado a uno muy subjetivo que se sujeta a la capacidad financiera del Estado y a sus posibilidades económicas.

Es más, el reajuste anual sólo se realizará a los mayores de 65 pero que reciban pensiones menores a 2 UIT y tampoco se indica la cantidad o porcentaje a reajustar sino que lo somete a las variaciones del costo de vida y la capacidad financiera. En el caso de los menores de 65 años se establece un reajuste pero no se indica el tiempo, que por lo menos sí se hace con los mayores, sino sólo se señala que será periódico y también sujeto a las posibilidades económicas del Estado.

Con todo esto ¿cómo podríamos considerar que no hay una afectación al derecho de propiedad de los pensionistas? Es evidente que las pensiones han sufrido un recorte en su monto de forma abrupta y ello repercute en el ingreso que reciben los pensionistas que por ende también forma parte de su patrimonio.

Debemos tener en cuenta que dicha pensión ha sido adquirida legalmente una vez cumplidos determinados requisitos y debe cumplirse los términos en los que se

²⁸⁷ Ley 28449 del 23 de diciembre, 2004, artículo 4.
<http://www.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/Leyes/28449.pdf>

estableció su forma de percepción, incluyendo el monto. Tal como lo señala Carlos Blancas:²⁸⁸

En el caso de los derechos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, una vez cumplidos los requisitos, estos derechos se incorporan a su patrimonio de forma automática, por lo que una ley posterior no puede alterar, en perjuicio del titular de este derecho, la situación ya consolidada por los años de servicios prestados al Estado y los aportes aportados a sus correspondientes fondos de pensiones. Obtenido legítimamente el derecho adquirido por ley, no hay ley posterior, ni aun de orden público, que pueda afectar ese derecho a una jubilación aunque tal derecho no se hubiera ejercido.

Según el *Amicus Curiae* de la Comisión Internacional de Juristas, los órganos del Sistema Europeo han desarrollado varios criterios para determinar si existe o no una violación a los derechos relacionados con los beneficios de la seguridad social mediante el derecho de propiedad.

Tenemos a la Corte Europea que utiliza el criterio de “margen de apreciación” que implica una deferencia de la Corte al momento de evaluar las decisiones del Estado referidas a la política pública. En el caso de la seguridad social, la Corte Europea recogiendo la opinión de la Comisión Europea, considera que el Estado posee un amplio margen de discrecionalidad para crear y diseñar esquemas de seguridad social y modo de financiamiento. Sin embargo, esta discrecionalidad no es ilimitada, ya que la Corte Europea en varios casos ha determinado que las medidas adoptadas por el Estado han sido injerencias injustificadas afectando el derecho de propiedad de los peticionarios.²⁸⁹

Entre los criterios adoptados por los órganos del sistema europeo tenemos a:

a) Reducción que afecta la sustancia del derecho: este es el que más nos interesa y se refiere al caso en el que una medida del Estado genere una reducción sustancial al monto de una pensión.

²⁸⁸ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 56.

²⁸⁹ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 12.

En consecuencia, con esta reducción se produce la afectación de la sustancia misma del derecho a recibir una pensión de vejez, siendo esta decisión la adoptada por la Comisión Europea en el Informe final del caso *Miller v. Austria*.²⁹⁰

Ahora el punto de discusión reside en determinar cuando se considera que una reducción es “sustancial”. No hay un porcentaje definido pero esto debe analizarse de forma razonable y lógica.

b) Violación de cosa juzgada e incumplimiento de sentencias: Según el informe de la Comisión Internacional de Juristas otro de los criterios usados por la Corte Europea, es la inobservancia por parte del Estado de las decisiones judiciales con efecto de cosa juzgada.

De esta forma hace referencia al caso *Pravednaya v. Rusia* en donde se aplicó retroactivamente una norma y para ello se reabrió un caso ya resuelto con una sentencia con carácter de cosa juzgada. Esta reapertura fue considerada una interferencia injustificada sobre el derecho de propiedad del peticionario.²⁹¹

Así como este, hay otros casos relacionados al cobro de pensiones como el de *Makarova y otros v. Rusia* con sentencia del 24 de febrero del 2005 y el caso *Plotnikov v. Rusia* con sentencia del 24 de febrero del 2005. En resumen todos estos casos permiten concluir que la Corte considera que la “validez y el monto de un beneficio previsional decididos en una sentencia judicial firme forman parte del patrimonio del beneficiario”.²⁹²

Sin embargo, no ahondaremos más en este tema ya que es muy amplio y no es un punto a considerar para efectos de esta investigación.

Por otro lado, la Comisión Internacional de Juristas en el *Amicus Curiae* al que hacemos referencia también menciona a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Indica que la Corte ha concluido en el Caso Cinco Pensionistas, que la

²⁹⁰ *Ibíd.*, fundamento 14.

²⁹¹ *Ibíd.*, fundamento 17.

²⁹² *Ibíd.*, fundamento 19.

pensión era un derecho adquirido por los pensionistas y por ende quedó incorporado en su patrimonio y siendo así objeto de protección por el derecho de propiedad. Por ello, al realizarse la modificación arbitraria al monto de las pensiones se configuraba una violación al derecho de propiedad de los pensionistas ya que el grado de reducción del monto de la pensión afectó la sustancia del derecho.²⁹³

Finalmente, la CIJ concluye que a partir de la jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos darnos cuenta que efectivamente existe la vulneración al derecho de propiedad.

Por ello, lo señala así: *“La pretendida exclusión del derecho a recibir una pensión una vez cumplidos los requisitos para obtenerla (...) del derecho de propiedad hecha por el Tribunal Constitucional peruano es insostenible”*.²⁹⁴

Finalmente, concluye la CIJ que el Estado Peruano ha afectado con esta reforma el derecho de propiedad de los peticionantes en 3 dimensiones:²⁹⁵

- Aprobación de normas con efectos retroactivos en vulneración de derechos adquiridos.
- Desconocimiento de sentencias judiciales firmes.
- Afectación de la propiedad, ausencia de justificación de la afectación y falta de indemnización.

Hasta este punto hemos establecido que el derecho de propiedad ha sido afectado con las modificaciones realizadas por la reforma al derecho de pensión puesto que repercute en sus efectos patrimoniales. Asimismo, hemos revisado los criterios usados por la Corte Europea, sin embargo pasaremos a analizar si la medida restrictiva puede ser considerada legal y proporcional a la luz de los requisitos del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁹³ Ibíd., fundamento 24.

²⁹⁴ Ibíd., fundamento 28.

²⁹⁵ Ibíd., fundamentos 29, 35, 42 y 50.

Debemos tener en cuenta que no estamos defendiendo la idea de que los derechos son ilimitados sino que al establecer alguna restricción esta deba realizarse bajo ciertos parámetros que no perjudiquen desproporcionadamente a los pensionistas en este caso.

Por ello, tenemos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece ciertos requisitos que deben respetarse cuando se decida tomar una medida que restrinja el derecho de propiedad.

Ante todo debemos precisar qué se debe entender por expropiación y para ello debemos tener en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia del 23 de setiembre del 2004 .²⁹⁶

5. La expropiación consiste en una potestad que se concretiza en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular, o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien. Para ello, es preciso que el Poder Legislativo lo declare, mediante ley, y sobre la base de la existencia de una causa real y apremiante de seguridad nacional o necesidad pública.

Dado que la expropiación compromete seriamente la titularidad de la propiedad de bien, la Constitución ha establecido una serie de garantías para que se lleve a cabo el ejercicio de esta potestad.

Debemos tener en cuenta que no hay ninguna restricción de la aplicación de esta protección de la propiedad privada a las expropiaciones físicas, a pesar de ser las más comunes. Por ello, si tenemos en cuenta que la interpretación de los derechos fundamentales debe ser favorable a una mayor amplitud del derecho, entonces debe entenderse que la protección que ofrece la Constitución a la propiedad privada se extiende a todo acto estatal que la limite, más allá de las expropiaciones físicas.²⁹⁷

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Máximo Yauri Salazar y más de 5000 ciudadanos contra la Ley N.º 27816, que declara de necesidad pública la expropiación de un terreno para el levantamiento de un área de protección funcional del Radio Observatorio de Jicamarca. EXP. N.º 0031-2004-AI/TC, 23 de setiembre, 2004, fundamento 5. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00031-2004-AI.html>

²⁹⁷ PASQUEL, Enrique. “Tomando la propiedad en serio: las expropiaciones regulatorias o indirectas”. Ius et Veritas, Año 15, N.º 31, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 124. http://works.bepress.com/enrique_pasquel/12/

Asimismo, en esta sentencia en el fundamento 3 se hace una diferencia entre lo que es una limitación del derecho y una expropiación, porque son conceptos excluyentes. En el caso de limitación o regulación del derecho de propiedad, no hay indemnización, a diferencia de la expropiación en donde sí se requiere indemnización ya que se está afectando el “*núcleo dominical de la propiedad*”.

Entonces debemos entender que la expropiación es una figura distinta a lo que es una limitación al derecho y se configura cuando se compromete o se afecta seriamente la titularidad de un bien.

Comprometer seriamente la titularidad del bien quiere decir que se está afectando la parte sustancial de la pensión. Debemos tener en cuenta que la Ley 28449 ha establecido un tope de 2 UIT a las pensiones, es decir todas aquellas que sean mayores a este monto se verán reducidas. Ello genera la disminución sustancial del monto de la pensión ya que el parámetro no es un porcentaje de la pensión sino un tope que se aplica a todos sin tener en cuenta la cantidad de la pensión que recibían.

Si bien se pretende subsanar esto con la reducción gradual del 18% anual al final las consecuencias serán las mismas. Resulta ser una medida muy drástica y desigual ya que no sufrirá el mismo impacto aquel que recibía un poco más de 2 UIT, por ejemplo reducir de 7800 soles a 7100 (según la UIT del 2009) genera una diferencia de 700 soles, que por cierto tampoco es poca cosa, a comparación de aquel que recibía un pensión mucho más alta como por ejemplo de 9100 soles a 7100 cuya diferencia es de 2000 soles. De esta forma, se producen distintas consecuencias para cada uno de los pensionistas y al final se está afectando su patrimonio: “*El efecto de reducir todas las pensiones superiores a 2 UIT hasta, este monto, representará en numerosos casos*

niveles de reducción sustanciales que pueden llegar hasta las dos terceras partes de la pensión”.²⁹⁸

El hecho de afectar una parte del monto de la pensión de un pensionista y no privarlo de la totalidad de la misma, no significa que la medida sólo se configuraría como limitación del derecho y no expropiación. Dicho razonamiento sería absurdo, y tal como lo señala Carlos Blancas ello llevaría a sostener que afectar de modo excesivo una parte de un predio urbano sería una limitación del derecho cuando en realidad es una privación del mismo, entonces ello no obligaría a respetar las condiciones de una expropiación.²⁹⁹

El que el titular de un patrimonio sea privado parcialmente de él, -como sucede con la reducción de una pensión- no significa, en modo alguno, que no constituye una privación de la propiedad, la que, como tal, sólo puede tener validez en los supuestos y con las garantías señaladas en el artículo 70 de la Constitución.

Sin embargo, en el supuesto de no cumplir los requisitos establecidos para configurar una expropiación entonces la medida adoptada será una **confiscación** lo cual es inconstitucional. Esto sucede puesto que se realiza una privación al propietario de sus bienes sin razón que lo amerite, o sin procedimiento, o sin indemnización, generando así un despojo de la propiedad de sus bienes al titular.³⁰⁰

De esta forma, en el Caso Cinco Pensionistas en el párrafo 116, la Corte ha señalado que cualquier **restricción** al derecho de propiedad debe realizarse en concordancia con los límites establecidos en el art. 21 inciso 2 de la Convención Americana la

²⁹⁸ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 61.

²⁹⁹ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 60.

³⁰⁰ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 58.

misma que señala que ninguna persona puede verse privada de sus bienes sin cumplir los siguientes requisitos:³⁰¹

- a) Existan razones de utilidad pública o interés social
- b) Se realice según lo indique la ley.
- c) Pago de una indemnización justa.

Paralelamente, nuestra Constitución Política señala en su artículo 70 que no se puede privar de la propiedad a ninguna persona salvo se cumplan los siguientes requisitos:³⁰²

- a) Sea por causa de seguridad nacional o necesidad pública.
- b) Sea declarada por ley.
- c) Pago previo de una indemnización en efectivo.

Ambas normas se refieren al supuesto de expropiación y tienen características similares pero no precisamente iguales.

Para el caso de la reforma debemos determinar si se trataría o no de una medida confiscatoria analizando si se cumplen con los requisitos de una expropiación constitucional, tal como lo veremos a continuación:

a) Existan razones que lo ameriten:

Para la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se exige que existan razones de utilidad pública o interés social, que en buena cuenta se refiere a que exista un interés público imperativo en donde se de prioridad a objetivos de la sociedad, sin que sea suficiente demostrar que hay una finalidad positiva ya que debe ir más allá de eso.

³⁰¹ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en San José de Costa Rica en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, artículo 21 inciso 2.

³⁰² CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ de 1993, artículo 70.

De esta forma tenemos al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* donde señala que:³⁰³

El artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social.” La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.

A partir de la cita anterior podemos concluir que no sería adecuado alegar que la ley de reforma no vulnera el derecho de propiedad ya que persigue la finalidad de aumentar el monto de los pensionistas menos favorecidos disminuyendo el monto de la pensión de aquellos que ganan más de 2 UIT ya que se ha generado una crisis presupuestal.

A primera vista, pareciera ser una medida que busca “justicia social” y equidad optando por la opción de quitarle a los que tienen más, para darle a los que tienen menos. Sin embargo, aunque el fin que se busca es mejorar la pensión de los que ganan menos, no bastaría probar esta finalidad positiva ya que debe existir además un interés público IMPERATIVO. Es decir, debe ser un interés sumamente necesario que no se justifica con la incapacidad financiera del Estado ya que vivimos en un país con una economía austera latente. En tal caso, en aras de favorecer la economía se llevaría a aceptar la imposición de medidas que al final vulneren derechos fundamentales recortándolos sustancialmente o quitándoles su eficacia.

³⁰³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, fundamento 145.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Por otro lado, tenemos a la Constitución Política del Perú que se refiere a la exigencia de una razón de seguridad nacional o interés público. Para esto debemos notar que se eliminó el interés social de esta Constitución porque era peligroso. Ello sucede a raíz de que el interés social se identifica con el beneficio a un determinado grupo y el interés público se relaciona con el beneficio a toda una comunidad.

Tenemos la opinión del jurista Jorge Avendaño quien señala que la necesidad pública está necesariamente vinculada a una obra pública que beneficia a todos. Por ejemplo, la expropiación de terrenos para ampliar la autopista de doble vía de Cañete al sur.

Para el caso del interés social es distinto ya que se refiere al interés de un determinado grupo o sector social, por ejemplo el caso de los ocupantes informales.³⁰⁴

De esta forma, haciendo un símil con el caso de las pensiones, según nuestra Constitución sólo podría realizarse una expropiación si existiría una razón de interés público sin embargo ello no existe. En tal caso, lo que hay es un interés social pero no imperativo, puesto que se reduce las pensiones de los que reciben más para aumentar a los que reciben menos, es decir el grupo beneficiado se reduce a una cantidad de pensionistas que reciben menos de 2 UIT. No se trata entonces de un interés público porque no se busca una ventaja que beneficie a todos sino a un grupo determinado.

b) Pago de una indemnización justa:

Este requisito lo encontramos tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución.

Su razón de ser radica en el hecho en que en un negocio hay dos personas que realizan un intercambio voluntario y ambas terminan ganando, pero si una parte obliga a la otra- utilizando para ello al Estado- a transferirle su propiedad en contra de su voluntad, existirá una transacción en la que uno gane a costa de la pérdida del otro. El

³⁰⁴ AVENDAÑO, Jorge. "Constitución y expropiación". En: *El Comercio*, 17 de febrero, 2009, p. 5. <http://www.elcomercio.com.pe/imprensa/notas/constitucion-expropiaciones/20090217/247243>

Derecho debe promover las transacciones en las que ambas partes salgan ganando y desincentivar aquellas en las que esto no suceda.³⁰⁵

Como nos encontramos en un Estado democrático no sería justo que la mayoría imponga toda la carga de la provisión de un bien común sobre algunos individuos. De permitirse ello, convertiríamos a la democracia en un régimen totalitarista, donde la mayoría puede disponer absolutamente de los derechos de los individuos. Una compensación adecuada permite que la carga sea compartida por toda la sociedad, que a través de sus tributos le paga una indemnización al afectado por el perjuicio causado.³⁰⁶

Por ello, la expropiación al significar la afectación de la propiedad debe realizarse bajo supuestos muy restringidos y precisamente para compensar dicha afectación se otorga una compensación.

La privación de la propiedad privada sin que exista compensación crea inseguridad en las personas y los desincentiva.

Sin embargo, esta compensación no ha sido otorgada en el presente caso, ya que se ha procedido con el recorte de las pensiones de aquellos pertenecientes al D. Ley 20530 sin entregarles ningún tipo de compensación por el agravio ocurrido. Si bien el Estado Peruano pretende basarse en una finalidad de justicia social ello no sería suficiente para eximirse de la indemnización, puesto que resulta evidente que se está afectando el derecho de propiedad de los pensionistas ya mencionados.

Así lo confirma la CIJ en el *Amicus Curiae* cuando se refiere a este tema:³⁰⁷

En el caso, el Estado peruano no sólo ha afectado sustancialmente el monto de las pensiones de los peticionarios, sino que además no les ha ofrecido ninguna indemnización por esa afectación. Aún cuando por vía de hipótesis se sostenga el fin legítimo, la necesidad y la proporcionalidad de la afectación, el Estado debería haber compensado a los peticionarios por haber sufrido un sacrificio en sus derechos en aras del cumplimiento de objetivos de interés general. También a este

³⁰⁵ PASQUEL, Enrique. *Ob. cit.*, p. 115.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 116.

³⁰⁷ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Ob. cit.*, fundamento 75.

respecto el Estado ha incumplido con las obligaciones establecidas por el art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lo que la CIJ nos dice con la cita anterior es que incluso asumiendo que se cumpliera el requisito del interés público no se está otorgando compensación alguna, por ello no se configura una expropiación constitucional.

c) Según lo indique la ley:

Este requisito lo exige tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos y nuestra Constitución Política.

La medida expropiatoria está sujeta a una reserva de ley absoluta, por ello debe estar contemplada en una norma con rango de ley. Esto se da ya que al ser un tema delicado como es la privación de propiedad debe estar autorizado por una ley formal aprobada por el Congreso.

Este requisito sí se cumple en el caso de la reforma, sin embargo los 2 requisitos anteriores no, por ello no se configura como una expropiación constitucional o lícita.

En conclusión podemos ver que se trata de una medida confiscatoria porque:

- Se está privando a los pensionistas del D. Ley 20530 de una parte sustancial del monto de sus pensiones, es decir se afecta el derecho de propiedad que existe sobre este concepto.
- No se está pagando indemnización alguna a ninguno de los afectados.
- No hay un interés imperativo o interés público puesto que sólo se pretende beneficiar a un determinado grupo a costas de perjudicar a otro grupo de pensionistas.

3.3. Irretroactividad de la norma

Con la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 se ha modificado la aplicación de normas en el tiempo respecto a materia previsional y de seguridad social en específico de aquellos pertenecientes al Decreto Ley 20530 y 19990.

De esta forma se ha modificado la 1ra Disposición Final y Transitoria de la Constitución y se ha sustituido tal como sigue a continuación:

Texto original:

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.

Texto reformado:

(...) Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda(...)

Asimismo, se modificó el texto del artículo 103 de la Constitución en esta parte:

Texto original:

*(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.
La ley se deroga por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad(...)*

Texto reformado:

La ley desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

La modificación realizada al artículo 103 de la Constitución en realidad resulta ser una precisión debido a las constantes dudas de la aplicación de normas en el tiempo, que si bien era claro que se trataba de los hechos cumplidos como regla general, se hacía necesario que se determine de manera expresa en la Norma Suprema.

De esta forma, con la reforma se le estaría otorgando rango constitucional al reconocimiento de la teoría de los hechos cumplidos como la opción asumida por nuestro ordenamiento.³⁰⁸

Sin embargo, respecto a la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria esta sí ha resultado ser drástica y ha generado mucho debate.

Así, tenemos la opinión de uno de los demandantes quien señala.³⁰⁹

³⁰⁸ MORALES LUNA, Félix F. "La Reforma Constitucional y los Derechos Adquiridos". Derecho y Sociedad, Año 15, Número 23, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 277.

(...)propiciar que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, en materia pensionaria significa despojar a los pensionistas de sus derechos ya obtenidos, implicaría una flagrante violación al principio de irretroactividad de la norma.

Esto sucede a raíz de que antes de la reforma se reconocía a los pensionistas derechos que les correspondía legalmente y de los cuales nadie se les podía privar, pero después de la reforma estos derechos se “flexibilizaron” y se desconocieron aspectos importantes de los mismos, tal como lo veremos con mayor detalle más adelante.

El Tribunal Constitucional ha señalado como argumento que era necesaria la reforma para instaurar la teoría de los hechos cumplidos en materia previsional pues tal como estaba redactada la Constitución no era posible realizar la aplicación inmediata de la norma precisamente por existir el amparo a los derechos adquiridos de los pensionistas.

Así lo ha expresado el Tribunal en su fundamento N° 93: *“La aplicación inmediata de normas también es trascendente para que las desigualdades que atentan directamente contra la equidad pensionaria puedan ser revertidas.”*³¹⁰

Más adelante también ha señalado que: *“La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de aplicación de las leyes en el tiempo”*.³¹¹

³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 86.

³¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 93.

³¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 121.

De esta forma, el Tribunal considera a los derechos adquiridos como un obstáculo que impide la igualdad pero debemos tener en cuenta que el asunto no es así de fácil porque hay principios y derechos que están de por medio, además se debe determinar si realmente la medida es adecuada porque si bien puede cumplir el fin de reducir las pensiones más altas no necesariamente puede ser proporcional y adecuada para cumplir otros fines tales como el de seguridad jurídica entre otros.

La discusión central fue determinar qué principio debe prevalecer, si la seguridad jurídica o la innovación normativa ambas bien representadas por excelencia por la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos respectivamente. Por ello pasaremos a explicar estas dos teorías para entender mejor el panorama.

3.3.1. Teoría de los hechos cumplidos

La norma jurídica se aplicará a los hechos que ocurran bajo su vigencia, es decir se aplicará inmediatamente a los nuevos efectos. De esta forma, si se generó un derecho con la ley antigua pero luego esta es modificada por otra nueva ley, los nuevos efectos del derecho deberán adecuarse a esta última y ya no por la ley antigua.³¹²

En consecuencia, la teoría de los hechos cumplidos propone la aplicación inmediata de la norma promoviendo así la innovación normativa ya que lo que se logra es aplicar la norma de forma inmediata sin importar que sea más o menos beneficiosa que la anterior.

La finalidad de esta teoría es darle prioridad a la innovación normativa puesto que mantener el marco normativo para situaciones generadas con anterioridad nos llevaría al “inmovilismo y atomismo normativo”.³¹³

³¹² RUBIO CORREA, Marcial. Aplicación de la norma jurídica en el tiempo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 28.

³¹³ MORALES LUNA, Félix F. Ob.cit., p. 279.

Debemos tener en cuenta que la aplicación inmediata de una norma se hace a aquellos hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia la misma.

Por ejemplo, tenemos a la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al expediente 1875-2006-PA-TC relacionado a un cambio de criterio en su resolución de casos. En el presente caso el demandante solicitaba se le aplicara el nuevo criterio a su sentencia del 17 de julio del 2002, sin embargo este nuevo criterio se aplicaría sólo con posterioridad al cambio de criterio lo cual sucedió después de la fecha de emisión de la sentencia. De esta forma, el Tribunal negó el pedido del demandante alegando que el nuevo criterio se aplica a los nuevos casos que se resolvieran pero que no podían aplicarse a los ya resueltos con anterioridad al cambio de criterio.³¹⁴

La teoría de los hechos cumplidos fue recogida por el legislador en la norma III del Título Preliminar del Código Civil de 1984, sin embargo se vio flexibilizada posteriormente por la Constitución de 1993 cuando se introdujo algunas excepciones respecto a materia contractual y pensionaria.³¹⁵

Sin embargo, con la reforma dicha disposición pasaría ser una norma de mandato constitucional.

Por otro lado, esta teoría muestra cierta dificultad para el momento de establecer lo que debe entenderse por hecho cumplido o consumado puesto que esta teoría indica que no se pueden afectar los hechos cumplidos bajo la anterior norma.³¹⁶

Es decir la norma se aplicará a los hechos que se hayan cumplido bajo su vigencia, de esta forma si los hechos se cumplieron bajo la norma antigua se regirán bajo esta, pero si los hechos se cumplen con la nueva norma será ésta la que regirá la situación.

Esta teoría plantea evitar la aplicación ultraactiva de las normas jurídicas una vez que ya son sustituidas en el ordenamiento por alguna nueva.

³¹⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *Ob.cit.*, p.23.

³¹⁵ MORALES LUNA, Félix F. *Ob.cit.*, p. 275.

³¹⁶ *Ibíd.*, p. 280.

A continuación enunciaremos los efectos de la aplicación de esta norma según Félix Morales:³¹⁷

- Las normas se aplican a las consecuencias actuales, no a lo ocurrido antes de entrar la norma en vigencia, por ende no pueden tener carácter retroactivo.
- Una vez que la norma es derogada cesan sus efectos por lo tanto no puede tener efectos ultraactivos.
- Los hechos continuados deberán dividirse en tramos para así poder determinar qué norma se aplica, así el hecho ocurrido bajo la norma anterior deberá regirse por ella mientras esté vigente.
- Las personas se sujetan a los cambios normativos inmediatamente generando que no existan derechos adquiridos ya que sólo pueden ejercerse mientras se mantenga vigente la norma. Si se deroga la norma los derechos reconocidos por ella desaparecen.

Debemos precisar que el artículo 109 de nuestra Constitución dispone que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. A partir de este artículo el Tribunal Constitucional asume que con él se está adoptando la teoría de los hechos cumplidos, sin embargo según la opinión de Javier Neves se está confundiendo la vigencia de las normas con la de sus efectos sobre las situaciones y relaciones jurídicas existentes.³¹⁸

En tal caso, lo que hace esta disposición es establecer que la norma es vigente a partir del día siguiente de su publicación pero ello no soluciona el conflicto de aplicación de normas en el tiempo.

El supuesto que plantea es la derogación de una norma por otra, es decir cuando exista una regulación incompatible de un mismo supuesto de hecho por dos leyes del

³¹⁷ Ídem.

³¹⁸ NEVES MUJICA, Javier. "La vigencia de las normas en el tiempo tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre seguridad social". Ius et Veritas, Año N° 8, Número 15, Lima: Fondo de la Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre 1997, p. 320.

mismo rango jerárquico, con el mismo origen ya sea heterónimo o autónomo y mismo ámbito (especial o general), la consecuencia de ello será la aplicación de la nueva norma generando la expulsión de la más antigua.³¹⁹

En nuestra normativa nacional tenemos las siguientes disposiciones que reconocen la teoría de los hechos cumplidos.

a) Artículo 103 de la Constitución Política del Perú:

Antes de la modificación realizada a este artículo por la reforma constitucional la redacción era la siguiente: *“Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley (...)”*.

Tal cual estaba redactada se podía desprender que la Constitución reconocía la aplicación inmediata de la norma ya que prohibía la aplicación retroactiva, sin embargo no era totalmente clara. Por ello es que a partir de la modificación de dicho artículo por la reforma se constitucionaliza la teoría de los hechos cumplidos estableciendo que la ley desde que entra en vigencia se aplica a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes.

De esta manera, debemos entender por situación jurídica al haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona una vez que ha adoptado un estatus frente al Derecho. Por ejemplo serán situaciones jurídicas la de un padre, una madre, profesor, abogado, etc, en donde cada uno de ellos se convierte un eje a partir del cual emanan todas esas imputaciones jurídicas.

320

Por relación jurídica más bien debemos entenderla como aquella vinculación jurídica que existe entre las diferentes situaciones jurídicas. Por ejemplo será relación jurídica

³¹⁹ ARCE ORTIZ, Elmer G. “Los derechos adquiridos en la jurisprudencia previsional del Tribunal Constitucional”. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Número 65, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 76.

³²⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Ob. cit.*, p. 34.

la que existe entre marido y mujer con el matrimonio o concubinato, la que existe entre padres e hijos, etc.³²¹

Entonces el artículo 103 reformado cuando señala que la norma desde que está vigente se aplica a las consecuencias de estas relaciones y situaciones jurídicas, quiere decir que estas últimas no serán cambiadas sino solamente las consecuencias emanadas de ellas.

b) Artículo III del Título Preliminar del Código Civil:

El artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece 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.

Podemos apreciar que el artículo 103 reformado contiene prácticamente el mismo texto que el artículo citado anteriormente del Código Civil ya que ambos señalan que la ley se aplica a las consecuencias existentes, es decir una aplicación inmediata. Sin embargo, es preciso anotar que el artículo III del TP del Código Civil no ha sido modificado y por ende incluso antes de la reforma se mantenía esta redacción.

Por ello, si bien en la Constitución no se señalaba qué teoría se iba a aplicar se podía deducir que la regla general era la de los hechos cumplidos. Si tenemos en cuenta la redacción del art. 103 de la Constitución hasta antes de la reforma no se establecía claramente la opción del legislador por la teoría de los hechos cumplidos, pero se usaba de forma complementaria el artículo III del TP del Código Civil como parte del *bloque de constitucionalidad*.³²²

³²¹ Ídem.

³²² Ibíd., p. 41.

Es más el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que el artículo en mención reconoce la teoría de los hechos cumplidos y por ende constituye la regla de aplicación general:³²³

En segundo término, este respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria, en relación a un grupo determinado de personas -pensionistas de los precitados regímenes- permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultractivamente (...); no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias 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, y que el legislador peruano ha optado ante la posibilidad de conflicto de normas en el tiempo por la teoría de los hechos cumplidos, tal y como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que señala que la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento que entra en vigencia, por lo que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes.

Si bien hasta antes de la reforma no existía un reconocimiento expreso en la Constitución por la adopción de los hechos cumplidos como regla general, se podía deducir esto de la lectura de los artículos 103 de la Constitución concordado con el artículo III del TP del Código Civil en los cuales se reconoce la aplicación inmediata, y asimismo de los artículos 62 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución los cuales reconocen la aplicación de derechos adquiridos pero sólo para supuestos específicos.

De esta forma, cuando se realizó la reforma y se modificó el art. 103 de la Constitución, lo que se hizo fue reconocer expresamente la teoría de los hechos cumplidos repitiendo el contenido del art. III del TP del Código Civil, sin embargo se eliminó la aplicación excepcional de los derechos adquiridos en materia pensionaria, lo cual discutiremos más adelante.

³²³ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por 9,941 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y Jorge Bejar Rivera; 6,622 ciudadanos representados por Jesús Hermes Jerí Céspedes; 32 señores congresistas; 5,000 ciudadanos Cesantes y Jubilados de Enapu S.A. representados por Jorge Ruiz Juárez y Pedro Carrasco Narváez; 5,300 ciudadanos representados por Percy Rodríguez Mendoza; contra diversos artículos del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. EXP. 008-96-I/TC, 26 de abril, 1997, fundamento 17.

3.3.2. Teoría de los Derechos Adquiridos

Según Marcial Rubio esta teoría señala que una vez que una ley ha dado vida a un derecho este se ha incorporado en la esfera personal del sujeto y por ende leyes posteriores no pueden modificarlo. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución ya sea por un acto jurídico o por una ley que le dio origen.³²⁴

Asimismo, en el ámbito nacional tenemos las definiciones que adopta el Tribunal Constitucional en los fallos emitidos con ocasión de las acciones de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 25967 y contra el Decreto Legislativo 817.

En la primera, en su fundamento 10 precisó que los derechos adquiridos son aquellos “*que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas*”. En la segunda más bien en su fundamento 15 señaló que son “*aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquél de quien lo tenemos*”.³²⁵

Tal como lo señala Marcial Rubio es preciso diferenciar los derechos adquiridos, de las facultades y expectativas.

Respecto a las facultades explica que son aquellas atribuciones genéricas para actuar conforme a Derecho pero no son derechos y tampoco pueden ser adquiridos. De esta forma una facultad sería la posibilidad de rendir un examen en un curso pero como puede ser modificado por el reglamento de la Universidad no sería correcto alegar que se está afectando el derecho adquirido del estudiante. En cuanto a las expectativas son aquellas previsiones no protegidas jurídicamente de que una persona puede tener alguna cosa. Por ejemplo, si alguien quiere vender una casa el posible comprador tiene la expectativa de adquirirla pero en el caso de que el vendedor decida no

³²⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 27.

³²⁵ MORALES LUNA, Félix F. Ob. cit., p. 278.

vendérsela a esta persona no podría alegar esta última que tenía un derecho y menos aún adquirido.³²⁶

En el ámbito internacional tenemos la definición de derechos adquiridos en los pronunciamientos de Cortes de otros países tales como:³²⁷

- La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en su Resolución N° 2765-97 (20/05/1997): el derecho adquirido se refiere a una circunstancia consumada en donde un bien o un derecho antes inexistente *“ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable”*.
- La Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-410/97 (magistrado Hernando Herrera): los derechos adquiridos son aquellas situaciones *“individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende ellos se encuentran garantizados, de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica (...)”*.

En las Constituciones internacionales podemos encontrar un reconocimiento a los derechos adquiridos de la siguiente manera:³²⁸

- Constitución de Guatemala (art. 78): El Estado promoverá la superación del magisterio mediante la protección al derecho de jubilación. Más adelante señala que *“Los derechos adquiridos por el magisterio nacional tienen carácter de mínimos e irrenunciables.”*
- Constitución de Costa Rica (art. 34): *“A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.”*

³²⁶ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 28.

³²⁷ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 32.

³²⁸ Ibíd., fundamento 33.

- Constitución de Brasil (art. 5 XXV): *“la ley no perjudicará los derechos adquiridos, los actos jurídicos perfectos ni la cosa juzgada.”*
- Constitución de Colombia (art. 58): *“El Estado (...) respetará los derechos adquiridos con arreglo a ley (...) por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.”*

De la misma manera, tenemos la definición de derechos adquiridos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en el Caso Cinco Pensionistas y en cuyo fundamento 102 señala que debe entenderse por derecho adquirido como un *“derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas”*.³²⁹

En el mismo fallo, el voto del juez Cançado Trindade ha expresado en la nota a pie de página N° 2 del fundamento 3 que el derecho adquirido es aquel:³³⁰

Que se ha incorporado al patrimonio personal, como una contraprestación del poder público por los años de trabajo y contribución social prestados por el individuo, y que no puede ser afectado por alteraciones legislativas (o de otra índole) subsiguientes, con consecuencias confiscatorias.

En consecuencia, a partir de las definiciones que hemos podido citar, tanto a nivel nacional como internacional llegamos básicamente al mismo concepto, los derechos adquiridos son aquellos que una vez que hayan sido incorporados a nuestra esfera jurídica nadie puede privarnos de ellos, es decir son aquellas circunstancias individuales, consolidadas y garantizadas bajo una ley que no pueden ser afectadas por leyes futuras. Debemos recalcar que cualquier derecho no puede ser adquirido ya que tal como lo hemos observado en nuestra legislación sólo hay dos supuestos concretos de derechos adquiridos: materia contractual (aún vigente) y materia pensionaria (hasta antes de la

³²⁹ MORALES LUNA, Félix F. Ob. cit., p. 278.

³³⁰ Sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS que resuelve la demanda interpuesta por Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra. Caso “Cinco Pensionistas vs Perú”, 28 de febrero del 2003, fundamento 3 del voto concurrente del Juez Cançado Trindade.

reforma). De esta forma, se configuran como supuestos excepcionales a la regla general que es la de los hechos cumplidos o aplicación inmediata de la norma.

Justamente se establecen los derechos adquiridos de forma excepcional para preservar la seguridad jurídica a diferencia de la teoría de los hechos cumplidos que prioriza la innovación normativa.

Como los derechos adquiridos implican la protección de los derechos fundamentales de las personas cuentan como fundamento inmediato la seguridad y como fundamento mediato el respeto a la dignidad humana.

Esta relación con la dignidad, es señalada por César Landa citado por la Acción de Inconstitucionalidad: “*Tenemos entonces, que la no retroactividad de la ley es la expresión de la eficacia del respeto a la dignidad humana*”.³³¹

Con esto se evita la exposición a la libre voluntad del legislador garantizando así que una vez adquirido el derecho no se necesita aprobar una nueva norma que disponga la ultraactividad de la normativa, ya que para esto sólo basta saber que el derecho ya ha sido incorporado a la esfera personal y así despreocuparse de lo que podría pasar si la norma se deroga porque se respetarían igual los derechos.³³²

Puede suceder que al no amparar ciertos ámbitos con los derechos adquiridos se deje al libre arbitrio del juez la facultad de decidir si una norma debe respetarse o no so pretexto que no es conveniente. Por ello se puede comprender por qué es importante seguir hablando de derechos adquiridos.³³³

De esta forma, con los derechos adquiridos se plantea la aplicación ultraactiva de la norma ya que la consecuencia es mantener el derecho y los términos bajo los cuales se

³³¹ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 48.

³³² MORALES LUNA, Félix F. Ob. cit., p. 279.

³³³ BORDA, Guillermo A. Retroactividad de la ley y Derechos Adquiridos, Buenos Aires: Librería y Casa Editora Emilio Parrot, 1951, p. 21.

adquirió el mismo a través del tiempo permaneciendo inmutable a las modificaciones normativas posteriores todo esto con la finalidad de proteger este derecho.

Sin embargo, tal como lo aclara Félix Morales, si bien todo derecho adquirido plantea la ultraactividad de las normas, no toda ultraactividad supone derechos adquiridos.

El Tribunal Constitucional explica en uno de sus fallos como procede la aplicación ultraactiva de la norma como consecuencia de los derechos adquiridos y que constituye una situación de excepción dispuesta por nuestra propia Constitución, sin que ello se oponga al mandato de los hechos cumplidos ni a la obligatoriedad de la ley a partir del día siguiente de su publicación oficial.³³⁴

Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente. Esta situación no significa que se esté desconociendo por mandato de la propia Constitución, la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia ley, que postergue su vigencia en todo o en parte, ya que la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementado lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Se trata en todo momento, de una situación excepcional de ultraactividad de la norma, por disposición expresa de la Constitución.

Sin embargo, esta teoría también ofrece ciertas dificultades, como sería la de plantear la inmutabilidad del ordenamiento jurídico y así evitar que se apliquen los nuevos cambios normativos incluso los que fueran positivos. Por otro lado, debemos recalcar que al plantear la inmovilidad jurídica precisamente por ello es que esta teoría sólo

³³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Bernardo Fernández Gil, don Hernán Espinoza Segovia, don Xavier Barrón Cebreros y don Francisco Ercilio Moura, contra los artículos 7º, 8º, 9º, 10º y la Disposición Transitoria Unica del Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, demanda que fue acumulada mediante resolución de fecha veintisiete de diciembre del mismo año, con la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, representados por don Percy Rodríguez Mendoza, contra el artículo 7º del D.L. N° 25967. EXP. 007-96-I/TC, 23 de abril de 1997, fundamento 10.

tiene aplicación excepcional bajo supuestos muy concretos que merecen especial protección. Tenemos así al ámbito contractual, para darle seguridad a las partes, aunque con respeto del orden público; y el ámbito previsional, que ahora nos ocupa, para amparar a los pensionistas quienes han laborado y aportado durante años para así poder obtener una pensión para cuando ya no puedan trabajar, pensión que deberá regirse por los términos pactados otorgándoles así seguridad.

Para el Tribunal Constitucional el momento de adquisición del derecho es aquel en el que se cumple el supuesto de hecho de la norma en la realidad. En consecuencia, una vez cumplido el supuesto de hecho, es en ese momento en el cual opera una ficción según la cual el derecho reconocido por la norma se desprende de ella para incorporarse en la esfera personal del sujeto que cumplió con el supuesto. Con el derecho adquirido es irrelevante que la norma exista en el plano normativo puesto que el derecho ya le pertenece y no lo puede perder aunque la norma al amparo del cual surgió deje de pertenecer al sistema jurídico.³³⁵

Pero para esto habrá que determinar primero qué se entiende por supuesto de hecho y así tenemos a las opciones que señala Ojeda Avilés citado por Javier Neves:³³⁶

- a) Exigir que la norma solamente haya estado vigente al momento del contrato.
- b) Requerir además que se produzca el supuesto de hecho previsto en la norma, o
- c) Sólo será adquirido cuando se ha disfrutado del derecho.

Ante estas opciones el Tribunal Constitucional ha adoptado la segunda tesis, la cual a opinión de Javier Neves es la más adecuada. De esta manera, para el caso de la edad de jubilación, por ejemplo si una norma exigía 60 años para acceder a la pensión, en el caso de un trabajador que tuviera 62 años al momento de modificarse la norma que aumenta la edad a 65 años no sería necesario esperar llegar a esta edad puesto que

³³⁵ MORALES LUNA, Félix F. Ob. cit., p. 278.

³³⁶ NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., pp. 321-322.

ya adquirió su derecho a pensión cuando cumplió los 62 años. Caso distinto sería si la persona tuviera 58 años cuando se dictó la norma que eleva la edad de 60 a 65, entonces ahí tendría que esperar a tener 65 años para jubilarse.³³⁷

Incluso el Tribunal ha señalado en su sentencia sobre la reforma en el fundamento 25 que cabe hacer la distinción entre los requisitos para incorporarse a un determinado régimen previsional y los requisitos para acceder al derecho a una pensión dentro de dicho régimen. Se hace esta precisión ya que hay un número considerable de personas que a la fecha de la reforma estaban incorporadas al régimen previsional pero aún no habían cumplido los requisitos para acceder a la pensión.

Por ello, hay que aclarar que se trata de requisitos distintos y sólo para poder ser considerado amparado un derecho adquirido se debe haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión.

Entonces para el campo que nos ocupa, es decir para el previsional, se considerará adquirido un derecho en el momento en el que se cumplan los requisitos para obtener la pensión de cesantía. El Decreto Ley 20530 dispone la obtención de una pensión nivelable al cumplir 20 años de servicio, entonces una vez que el trabajador haya cumplido los 20 años de trabajo, se configurará su derecho adquirido a una pensión nivelable. Por ello, ahora al momento de pretender aplicar la teoría de los hechos cumplidos al ámbito previsional no se tiene en cuenta que los pensionistas ya habían adquirido derechos, como el mencionado previamente. Entonces lo que se está haciendo con la reforma es despojar a los pensionistas de los derechos que ya habían adquirido de forma legítima y que habían sido incorporados a su esfera individual, incluso ya los venían disfrutando durante años.

A continuación enunciaremos los efectos de la aplicación de esta norma según Félix Morales.³³⁸

³³⁷ Ibíd., p. 322.

³³⁸ MORALES LUNA, Félix F. Ob. cit., p. 278.

- Las normas jurídicas afectan a los hechos o situaciones ocurridos bajo su vigencia incluso a las consecuencias de hechos anteriores, salvo sean derechos adquiridos al amparo de normas anteriores.
- Los derechos adquiridos son sustraídos del plano normativo para pasar a incorporarse a la esfera personal del individuo impidiendo así que el legislador pueda afectarlos.
- Esta teoría va más allá que la ultraactividad ya que permite adquirir derechos. Con la primera, el legislador al momento de dictar una norma dispone su ultraactividad si lo considera pertinente, pero con los derechos adquiridos los individuos podrán gozar de sus derechos en los términos bajo los cuales nacieron estos, pero no por decisión del legislador sino porque nuestro ordenamiento ya contempló esta consecuencia de antemano.
- Los derechos se adquieren desde el momento en que se cumple el supuesto de hecho en la realidad.
- Las nuevas normas no podrán afectar los derechos adquiridos tanto sea para mejorarlos o perjudicarlos.

Esta teoría ha sido reconocida por la Primera Disposición Final y Transitoria y el artículo 62 de la Constitución, siendo la primera de aplicación para materia previsional (aunque actualmente ya no lo es), y el segundo es de aplicación para materia contractual. Esto dos son los únicos supuestos para los que se contempla la teoría de los derechos adquiridos y por ello constituyen los supuestos excepcionales a la regla general que resulta ser la teoría de los hechos cumplidos. Esto lo podemos desprender claramente a partir de la explicación anterior respecto de los hechos cumplidos el cual si bien antes de la reforma no se había constitucionalizado, de una interpretación sistemática se podía entender que la aplicación inmediata era la regla general.

a) Artículo 62 de la Constitución:

Este artículo señala lo siguiente:

La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase(...). Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

El artículo mencionado señala que ni la ley ni otra norma de carácter general puede modificar las reglas establecidas bajo un determinado contrato, es decir establece la teoría de los derechos adquiridos para materia contractual.³³⁹

Si bien tenemos ya claro que la regla general es la teoría de los hechos cumplidos tanto antes como después de la reforma, el artículo 62 al establecer el respeto a los términos contractuales resulta ser una excepción a la regla general.

Sin embargo, una lectura correcta de este artículo se realiza en concordancia con el artículo 2 inciso 14 de la Constitución que señala que toda persona tiene derecho : “a *contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*”. En consecuencia, la libertad de contratar no puede contravenir leyes de orden público, es decir al conjunto de valores y reglas esenciales que permiten llevar una vida en común dentro de una sociedad democrática en la cual conviven personas con distintas concepciones. En consecuencia, el orden público es una carga que limita la libertad de contratación ya que las personas deben ser conscientes que no pueden anteponer sus intereses personales antes que los de la sociedad, de esta forma el Estado debe priorizar el orden público en lugar de los derechos puramente individuales aunque figuren en contratos.³⁴⁰

³³⁹ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 42.

³⁴⁰ Ibíd., pp. 43-44.

El Tribunal Constitucional ha establecido que tanto el artículo 62 y el artículo 2 inciso 14 son indelimitables y no pueden ser tomados de manera independiente, por lo tanto corresponde una lectura en conjunta de ambos artículos:³⁴¹

Si bien el artículo 62 de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2, inciso 14, que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances (...)

A partir de lo dispuesto por el mismo Tribunal Constitucional el límite al derecho de libertad de contratar se encuentra en el respeto al orden público, pero en otros fallos también hace referencia al interés público haciendo un uso indistinto de estos dos conceptos. Sin embargo, lo que sí queda claro a partir de la jurisprudencia es que sí es posible que los contratos sean modificados por leyes posteriores, siempre y cuando se demuestre su racionalidad y proporcionalidad, así como su carácter imperativo de orden público.³⁴²

b) Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución:

El texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ha sido modificada con la reforma y mediante ella se ha eliminado el reconocimiento a los derechos legalmente obtenidos correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530.

De esta forma, se estaría dejando de lado la intangibilidad de los derechos pensionarios para así darle la posibilidad al legislador de afectar tales derechos con la

³⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso extraordinario interpuesto por la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 2618, su fecha 23 de setiembre de 2002, que declara improcedente la acción de amparo de autos. EXP. 2670-2002-AA/TC, 30 de enero del 2004, fundamento N° 3, d).

³⁴² RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., pp. 49-50.

aplicación inmediata de la norma y asimismo se ha aprovechado la oportunidad para reconocer constitucionalmente los hechos cumplidos.³⁴³

Asimismo, debemos precisar que el Tribunal Constitucional asimila el término de derechos legalmente obtenidos con el de derechos adquiridos tal como lo expresa en sus fallos emitidos, tales como el recaído en el EXP. 008-96-I/TC: "*La Constitución en su Primera Disposición Final y Transitoria recoge la tesis de los derechos adquiridos(...)*".³⁴⁴

En ese mismo sentido tenemos al EXP. 007-96-I/TC:³⁴⁵

Este Tribunal considera, de acuerdo a lo expresado en el fundamento 10, que los derechos adquiridos por los pensionistas de los regímenes previsionales regulados por los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, deben y tienen necesariamente que ser respetados por el legislador ordinario, por la sola voluntad del constituyente, quien así lo ha establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

En consecuencia, al considerar como derechos adquiridos a los derechos legalmente adquiridos se les reconoce que poseen origen normativo.

Así podemos decir que hay dos teorías sobre vigencia de normas en el tiempo dependiendo del origen ya sea normativo o no normativo. Para los derechos de origen contractual (no normativo) tenemos a los derechos adquiridos mediante la

³⁴³ MORALES LUNA, Félix F. *Ob. cit.*, p. 276.

³⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por 9,941 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y Jorge Bejar Rivera; 6,622 ciudadanos representados por Jesús Hermes Jerí Céspedes; 32 señores congresistas; 5,000 ciudadanos Cesantes y Jubilados de Enapu S.A. representados por Jorge Ruiz Juárez y Pedro Carrasco Narváez; 5,300 ciudadanos representados por Percy Rodríguez Mendoza; contra diversos artículos del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. EXP. N° 008-96-I/TC, 26 de abril, 1997, fundamento 2, b).

³⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Bernardo Fernández Gil, don Hernán Espinoza Segovia, don Xavier Barrón Cebreros y don Francisco Ercilio Moura, contra los artículos 7°, 8°, 9°, 10° y la Disposición Transitoria Unica del Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, demanda que fue acumulada mediante resolución de fecha veintisiete de diciembre del mismo año, con la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, representados por don Percy Rodríguez Mendoza, contra el artículo 7° del D.L. N° 25967. EXP. N° 007-96-I/TC, 23 de abril de 1997, fundamento 15.

intangibilidad de los contratos regulado por el artículo 62 de la Constitución y por otro lado para los derechos de origen normativo tenemos como regla general los hechos cumplidos, salvo en materia de seguridad social que reconoce los derechos adquiridos en mérito a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.³⁴⁶

Debemos tener en cuenta que la inclusión de esta disposición que protegía los derechos adquiridos en la Constitución tenía como finalidad amparar los derechos de los pensionistas. Lo que hace la 1ra DFT es ratificar la existencia de esta teoría, puesto que de entender que recién se está reconociendo a los derechos adquiridos desde la vigencia de la Constitución de 1993 nos llevaría a entender que aquellos derechos generados antes de la vigencia de la misma no llevarían el rango de derechos adquiridos.

A partir del debate del CCD, se advierte que al establecer esta disposición se asumía que los pensionistas contaban ya con derechos adquiridos por ello sólo se les estaba ratificando.³⁴⁷

Así como hemos podido apreciar la aplicación inmediata y ultraactiva de la norma, también tenemos a la aplicación retroactiva presente en nuestro ordenamiento pero sólo para materia penal cuando favorece al reo, tal como lo señala el artículo 103 de la Constitución, siendo que para el resto de situaciones se encuentra proscrita.

La aplicación retroactiva de una norma es definida por Marcial Rubio como aquella “que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que esta entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata”.³⁴⁸

El único caso de retroactividad contemplado en nuestra normatividad es el artículo 103 de la Constitución tanto en su texto anterior y posterior a la reforma en la parte que señala: “*La ley (...) no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.*”

³⁴⁶ NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., pp. 320-321.

³⁴⁷ MORALES LUNA, Félix F. Ob. cit., p. 285.

³⁴⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 25.

Debemos indicar que el reconocimiento constitucional de la irretroactividad se debe a una reacción contra la inseguridad derivada de los cambios políticos de un determinado Estado. Por ello, se ha establecido en los países latinoamericanos caracterizados precisamente por su inestabilidad político-jurídica.³⁴⁹ De esta forma, la protección constitucional a la irretroactividad también encuentra sustento en la seguridad jurídica.

Según Marcial Rubio la retroactividad admite dos modalidades:³⁵⁰

- a) Retroactividad restitutiva: es absoluta ya que modifica las situaciones, relaciones o hechos ocurridos antes de que entre en vigencia la norma, incluyendo la modificación de sentencias.
- b) Retroactividad ordinaria: al igual que la anterior modifica las situaciones, relaciones y hechos que ocurrieron antes de la vigencia de la norma pero no incluye la modificación de sentencias con calidad de cosa juzgada que siguen rigiéndose por la norma precedente.

Precisamente lo que hace esta reforma es una retroactividad restitutiva ya que se pretende afectar las situaciones o relaciones que ocurrieron en el pasado de forma absoluta, afectando derechos adquiridos e incluso a las sentencias con calidad de cosa juzgada referente a varios casos en los que se ha reconocido la pensión nivelable a varios pensionistas. Sin embargo, ahora a todas estas personas sin distinción alguna se les modifica los términos bajo los cuales adquirieron su derecho a la pensión y que incluso se encontraban amparados bajo la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución con la figura de los derechos adquiridos para que precisamente no ocurra ninguna modificación sobre los mismos.

³⁴⁹ BORDA, Guillermo A. Ob. cit., p. 25.

³⁵⁰ RUBIO, Marcial. Ob. cit., p. 26.

Incluso como se trata de derechos adquiridos que repercuten en el derecho de propiedad de los pensionistas se considera con mayor razón que no pueden ser afectados por nuevas leyes porque va implicada la garantía constitucional de la propiedad.³⁵¹

Es más, tenemos a la definición de Guillermo Borda quien señala que “*la ley será considerada retroactiva si sus disposiciones afectan derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior*”.³⁵²

Siguiendo al mismo autor, más adelante explica cuatro hipótesis bajo las cuales considera que una ley es retroactiva.³⁵³

a) Cuando repercute sobre la constitución de una relación o situación jurídica constituida anteriormente: por ejemplo si se pidiera más requisitos a un propietario para acreditar su titularidad de los que se le requería al momento de adquirir este derecho.

b) Cuando repercute sobre la extinción de una relación o situación jurídica fenecida anteriormente: por ejemplo si se dispusiera que las condonaciones de deudas hechas con anterioridad a la ley son nulas.

c) Cuando recaee sobre los efectos de una relación jurídica producida antes de su vigencia: por ejemplo en el caso de una ley que señale que se modifica la tasa de interés y por ende ordena que se le aplique a una relación que se originó antes de dicha ley.

d) Cuando se refiere a las condiciones de validez y en sus efectos que ya han producido, a los elementos anteriores de una relación jurídica que se encuentra en curso de constitución al momento de su entrada en vigencia, siempre que los elementos tengan un valor jurídico propio: por ejemplo la interrupción de una prescripción en curso debe ser aplicable la norma bajo la cual se produjo la interrupción.

³⁵¹ BORDA, Guillermo A. Ob. cit., p. 30.

³⁵² Ibíd., p. 9.

³⁵³ Ibíd., p. 13.

Precisamente, lo que ocurre con la reforma es la retroactividad de la tercera hipótesis ya que se modifican los efectos de una relación jurídica nacida bajo el imperio de una norma anterior que incluso lo amparaba otorgándole el rango de derechos adquiridos. Con la reforma de la 1ra DFT de la Constitución se reemplazan los derechos adquiridos por los hechos cumplidos para así aplicar inmediatamente las nuevas disposiciones y modificar los términos bajo los cuales se consolidó el derecho adquirido. De esta forma se pretende modificar la forma de cálculo del monto de la pensión prohibiendo la nivelación de las pensiones con los haberes de los servidores en actividad e imponiendo el tope de 2 UIT, generando la reducción significativa del monto de las pensiones.

La Defensoría del Pueblo ha señalado en su informe N° 85 que dentro del marco de los derechos adquiridos *“la irretroactividad consiste en continuar aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de la sucesión normativa”*.³⁵⁴

Precisamente, la reforma pretende eliminar los derechos adquiridos del plano normativo para evitar alegar una aplicación retroactiva, pero lamentablemente esta modificación es retroactiva ya que se le aplica a quienes ya obtuvieron este derecho en el pasado. Cómo podría pretenderse no reconocer los derechos adquiridos a quienes ya los obtuvieron en el pasado por haber cumplido con el supuesto de hecho referido en la norma, cuando la doctrina y jurisprudencia señalan que el efecto inmediato es la incorporación del derecho a la esfera personal.

³⁵⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ob.cit., setiembre 2004, p. 36.

Asimismo, tenemos al pronunciamiento del Tribunal Constitucional a propósito del Decreto Legislativo 817 y señaló que pretender aplicarlo a quienes ya habían obtenido su derecho violaba el mandato de irretroactividad de la ley:³⁵⁵

Respecto de aquellas personas sujetas al régimen del Decreto Ley 20530 que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817 -esto es el veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis- no alcancen 20 años de servicios, no tendrán derecho a una pensión nivelable con las condiciones que establece el mencionado Decreto Ley, pues aún no habrían adquirido tal derecho, estando sujetos al régimen de pensión nivelada bajo las condiciones que establece el Decreto Legislativo 817 en su artículo 7º.

De la misma manera opina la Comisión Internacional de Juristas en su *Amicus Curiae*:
“La reforma constitucional peruana pretende derogar retroactivamente la base la consolidación de derechos previsionales, a partir del reemplazo de la “teoría de los derechos adquiridos”, por la de los “hechos cumplidos.”³⁵⁶

Más adelante, señala que se desplaza retroactivamente la norma vigente al momento de consolidación del derecho adquirido y en tal caso si se quiere aplicar a partir de la reforma los hechos cumplidos sólo podrá regir para hechos posteriores a su vigencia, sin afectar a aquellos pensionistas que de acuerdo al régimen vigente tenían un derecho adquirido a la pensión:³⁵⁷

De modo que, si de acuerdo con el régimen vigente, los pensionistas tenían un derecho adquirido a la pensión según las reglas vigentes en ese momento, la sanción de una norma constitucional posterior no puede privar de efectos a esa adquisición de derechos ya consolidada.

Entonces, ahora con la reforma se les despoja a este grupo de pensionistas de un derecho válidamente obtenido en el pasado que debería regir hasta ahora. En tal caso,

³⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por 9,941 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y Jorge Bejar Rivera; 6,622 ciudadanos representados por Jesús Hermes Jerí Céspedes; 32 señores congresistas; 5,000 ciudadanos Cesantes y Jubilados de Enapu S.A. representados por Jorge Ruiz Juárez y Pedro Carrasco Narváez; 5,300 ciudadanos representados por Percy Rodríguez Mendoza; contra diversos artículos del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. EXP. N° 008-96-I/TC, 26 de abril, 1997, fundamento 19.

³⁵⁶ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 35.

³⁵⁷ Ídem.

para que no resulte ser una aplicación retroactiva debería aplicarse a quienes aún no habían cumplido con los requisitos para adquirir el derecho.

No es del todo adecuado que el Tribunal Constitucional señale en su fundamento 132 de la sentencia sobre la reforma que, carece de sustento afirmar que es inconstitucional aplicar los topes de forma inmediata a aquellos que cumplieron con los requisitos porque alega, que el nuevo parámetro es la Constitución reformada. Si bien se ha reformado la Constitución, precisamente se está discutiendo si esta resulta ser constitucional de acuerdo a los valores y principios bajo los cuales se sustenta el Estado de Derecho. En conclusión, lo que estamos defendiendo es que si el pensionista ya adquirió el derecho a una pensión incluso nivelable y sin topes no sería ahora correcto despojarlo del beneficio que adquirió, ya que si bien aún tiene su derecho a una pensión, no lo posee con las mismas condiciones bajo las cuales lo obtuvo.

Ante esta situación el Tribunal Constitucional ha señalado que la reforma no se aplica retroactivamente puesto que no se le ha privado a los pensionistas del monto que se les había dictaminado recibir por sentencia firme a su favor desde la fecha de dichas sentencias hasta el momento de la reforma.

Sin embargo, ello no significa que la medida deje de ser retroactiva, muy por el contrario la retroactividad consiste en *“reemplazar el régimen legal vigente al momento de consolidación del derecho y de la correlativa concesión de la pensión, por el régimen legal que surge de normas dictadas a posteriori”*.³⁵⁸

³⁵⁸ Ibíd., fundamento 39.

Es más, según la opinión de César Landa, la teoría de los hechos cumplidos supone un grado de retroactividad relativa porque aplica la nueva ley a efectos aún no consumados de relaciones jurídicas nacidas bajo la ley anterior.³⁵⁹

Por ello, es necesario tener cuidado al momento de realizar la aplicación inmediata de la norma cuando las situaciones afectadas han nacido gracias a normas anteriores y que encima ostentan la categoría de derechos adquiridos.

Por otro lado, si seguimos el razonamiento de la reforma en donde se dispone la aplicación inmediata de la norma incluso para el campo previsional mediante la teoría de los hechos cumplidos, ya se mencionó anteriormente que debe definirse primero cuál es el hecho cumplido. En el caso de los pensionistas el hecho cumplido se refiere, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, al momento de cumplirse el supuesto de hecho en la realidad, es decir cuando se cumplen los requisitos para obtener una pensión. Por ejemplo, para un pensionista con derecho a la nivelación se habrá cumplido el hecho cuando cumplió los 20 años de servicio además de la edad mínima. Por ello al haberse ya cumplido el hecho no podría aplicarse a dicha situación la nueva norma porque ya se agotó en el tiempo y para nuestro ejemplo al pensionista no podría desconocérsele su derecho a la pensión nivelable. En consecuencia, ya no se trataría de una aplicación inmediata porque se quiere afectar un hecho ya cumplido bajo una norma pasada, sino sería una aplicación retroactiva porque se quiere modificar un hecho o relación jurídica ya agotada en el tiempo.

En este mismo sentido se pronuncia el jurista Javier Valle Riestra en la Carta que dirige hacia la Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos pensionarios:³⁶⁰

³⁵⁹ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p. 48.

³⁶⁰ VALLE RIESTRA, Javier. "Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Pensionarios de los derechos pensionarios ley: 20530 y 19990. Carta del Jurista y constitucionalista Dr. Javier Valle Riestra". La República, 19 de setiembre 2004, razón N° 2.

Segundo.- Los derechos adquiridos por los pensionistas están consagrados en la Disposición Final Primera de la magna ley de 1993 y en la Octava Cláusula Transitoria de la Constitución de 1979. Ese tipo de disposiciones se considera inmodificable porque han agotado sus efectos. Es decir, que ya ni siquiera están dentro del texto escrito de la Constitución, porque se interpreta que es un mandato ya cumplido insusceptible de modificación.

Incluso uno de los argumentos propuesto por los demandantes en la Acción de Inconstitucionalidad respecto al Decreto Legislativo 817 señala correctamente que no se puede llamar aplicación inmediata de la norma cuando se pretende aplicar a situaciones ya consumadas en el tiempo:³⁶¹

(...) no se trata de aplicación inmediata de la ley, porque ello significaría que la nueva ley debe aplicarse sobre los hechos que ocurran durante su vigencia, pero no sobre hechos ya agotados o consumados con anterioridad, los cuales incluso han originado derechos ya obtenidos bajo las condiciones exigidas por las leyes anteriores vigentes inmediatamente a su ocurrencia.

Para entender mejor esto usaremos un ejemplo sobre el único caso en el que la Constitución sí admite la retroactividad, es decir en el campo penal cuando es benigna para el reo.

Por ejemplo, si tenemos a una persona que comete un delito y luego es sancionado por el mismo, sucede que la pena que se le impondrá será aquella establecida bajo la ley vigente al momento de comisión del delito y la misma establece 5 años de pena privativa de libertad. Sin embargo, mientras el sujeto se encuentra en la cárcel se emite otra ley que más bien disminuye la pena para el mismo delito a 3 años de pena privativa de libertad. Entonces al sentenciado ya no se le aplicará los 5 años sino los 3 años en virtud del mandato constitucional que permite aplicar retroactivamente una ley si es más favorable para el reo.

³⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por 9,941 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y Jorge Bejar Rivera; 6,622 ciudadanos representados por Jesús Hermes Jerí Céspedes; 32 señores congresistas; 5,000 ciudadanos Cesantes y Jubilados de Enapu S.A. representados por Jorge Ruiz Juárez y Pedro Carrasco Narváez; 5,300 ciudadanos representados por Percy Rodríguez Mendoza; contra diversos artículos del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. EXP. N° 008-96-I/TC, 26 de abril, 1997, fundamento 2, a).

Este caso de retroactividad es excepcional pero el ejemplo nos sirve para entender cuando se entiende cumplido el supuesto de hecho.

Supongamos que no existe esta excepción, entonces la nueva norma que disminuye la pena no podría aplicarse ni siquiera alegando los hechos cumplidos porque si bien el sujeto sigue cumpliendo su condena al momento de entrar en vigencia la nueva ley y a pesar de que son los efectos de la ley anterior, debemos reconocer primero cuál es el hecho y si ya se cumplió.

En este caso el hecho cumplido es la fecha de comisión del delito y por ello corresponde aplicar la pena vigente al momento del hecho, entonces si tendríamos que usar la aplicación inmediata no podríamos disminuir la pena a 3 años porque el supuesto de hecho ya se cumplió y la pena que le correspondía es la de la ley anterior, en caso contrario estaríamos aplicando la ley retroactivamente.

En resumen, si la ley A bajo la cual se cometió el delito establece 5 años y la ley B emitida durante la condena 3 años, entonces la aplicación inmediata ordenaría aplicar los 5 años y la aplicación retroactiva implicaría aplicar los 3 años, todo esto parte de detectar primero cual es el supuesto de hecho o el hecho cumplido.

Lo mismo sucede con la reforma y los derechos previsionales, ya que si bien los efectos, como la percepción de las pensiones, son actuales, el hecho ya se consumó cuando se cumplieron los requisitos para acceder a la pensión bajo una ley anterior. Por ello, aplicar la nueva norma a dicha situación configuraría una aplicación retroactiva de la misma la cual se encuentra prohibida por nuestra Constitución y además resulta perjudicial, más aún si lo que se modifica es la forma de cálculo de la pensión y los términos bajo los cuales se adquirió el derecho.

Debemos realizar una interpretación sistemática teniendo en cuenta el artículo 62 de la Constitución que ampara a los contratos. Si el legislador ha establecido que se deben proteger a las partes de un contrato sin modificar los términos contractuales (salvo inminente interés público), con mayor razón se debe velar por la estabilidad de los

términos bajo los cuales se adquirió el derecho a recibir una pensión teniendo en cuenta que se trata de un derecho fundamental con una proyección a futuro. Esto se da porque es un derecho específicamente destinado a velar por aquellas personas que al llegar a una determinada edad ya no deben o pueden seguir trabajando.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la materia contractual es distinta a la pensionaria ya que en el contrato ambas partes se encuentran en libertad de condiciones y pueden negociar los términos libremente, incluso pueden decidir renegociar o rescindir el contrato y así buscar mejores opciones. En cambio, en el ámbito pensionario hay opciones limitadas ya que tenemos al sistema privado de pensiones y al sistema público, siendo este último al que hacemos referencia expresa. En este caso, las partes no acuerdan libremente los términos sino que son contratos por adhesión con condiciones preestablecidas e impuestas por ley o son regímenes obligatorios para los trabajadores dependientes.

Por ello, ante estas diferencias, ¿por qué debemos entender que el legislador quiere proteger más a las partes de un contrato libre que a los pensionistas?. Dicho razonamiento no sería lógico, por ello es una contradicción realizar una reforma para establecer que los derechos adquiridos de los pensionistas ya no se les reconocerán porque se les aplicarán los hechos cumplidos. Esto no sólo se aplicará para aquellos que cumplan los requisitos desde el momento de la reforma en adelante, sino también a aquellos que ya los han cumplido con anterioridad a la misma, configurando una aplicación retroactiva que se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento especialmente para el campo previsional.

Así pues, para no incurrir en el supuesto de retroactividad, los efectos de la reforma sólo podrían afectar a aquellos que no cumplieron con el supuesto de hecho al momento de entrar en vigencia la reforma.

Si la 1 DFT prohibía la modificación de la forma de cálculo de la pensión incluyendo la prohibición de establecer tope y alcanzar a una pensión nivelable, ¿cómo podemos ahora modificar todo esto alegando razones de índole económico?. Se debe hacer un análisis más cuidadoso puesto que si en un primer momento algo se encontraba muy protegido proscribiendo la posibilidad de afectarlo, ahora sucede que ya no debe ser así y que muy por el contrario se debe modificar incluso sin parámetros objetivos, sino siempre sujeto a la discrecionalidad del Estado. En dicho caso se debe analizar si realmente la reforma a dicha disposición era necesaria y si no se está vulnerando principios y derechos tales como el de seguridad jurídica y el derecho a la seguridad social, entre otros.

Tenemos así a lo señalado por Javier Neves quien indica que la aplicación inmediata puede afectar el contenido esencial y la seguridad jurídica en tanto existan cambios muy drásticos, tal como sucede en el presente caso. Por ende, se admite que la aplicación inmediata también puede ser perjudicial y ser una herramienta para afectar derechos.³⁶²

(...) sin embargo, la aplicación inmediata de las nuevas normas no podrá introducir drásticas disminuciones porque afectaría el contenido esencial de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Si se hubiera utilizado esta tesis frente a algunos atropellos cometidos en materia pensionaria por el régimen de Fujimori, se hubiera podido impedir la aplicación inmediata de disposiciones notoriamente perjudiciales, sin necesidad de acudir a la teoría de los derechos adquiridos.

3.4. Prohibición de regresividad

Con la reforma constitucional se ha vulnerado el principio de progresividad de la seguridad social reconocido en nuestra legislación nacional en el artículo 10 de la Constitución de la siguiente manera: “*El Estado reconoce el derecho universal y*

³⁶² NEVES MUJICA, Javier. La reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530 en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Tesis de Magister), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 78.

progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

En la legislación internacional en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos también se refiere a la progresividad de la siguiente manera:³⁶³

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Por ende, el Estado Peruano tiene la obligación de adoptar medidas para desarrollar progresivamente el derecho a la seguridad social hasta que sea efectivo, precisamente esta obligación debe interpretarse de buena fe teniendo en cuenta el fin de los instrumentos internacionales que la defienden.

Por ejemplo, en el Caso Cinco Pensionistas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que el Decreto Ley 25792, que impuso un tope a las pensiones de los ex servidores de la Superintendencia de Banca y Seguros, constituyó un retroceso del derecho a la seguridad social de los pensionistas involucrados.³⁶⁴

Por un lado, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia que analiza la constitucionalidad de las leyes 28389 y 28449 que no se viola el principio de progresividad ya que afectar las pensiones de una minoría no representativa para mejorar aquellas menos favorecidas no constituye una medida regresiva.

³⁶³ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en San José de Costa Rica en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, artículo 26.

³⁶⁴ MUJICA PETIT, Javier. Observaciones del Centro de Asesoría Laboral del Perú sobre el caso N° 12.670, 2 de enero, 2009, p. 9.

De esta forma lo señala en sus fundamentos 49 y 64:³⁶⁵

...se trata de un principio netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual la reforma cuestionada, que impacta sobre un grupo de pensionistas no representativos cuantitativamente en materia de seguridad social, no es inconstitucional per se(...)

Más adelante señala que no se vulnera la progresividad cuando lo que se busca es lograr la justicia e igualdad entre los pensionistas ya que no se puede beneficiar a una minoría en detrimento de la mayoría.

Sin embargo, en el fundamento 64 el Tribunal Constitucional reconoce que se trata de una medida regresiva más no afecta el principio de progresividad:³⁶⁶

Indudablemente, tal opción implica una regresión en el caso de los titulares más beneficiados (los menos) pero en modo alguno podría considerarse que el principio de progresividad se encuentre comprometido, pues significa un avance para los más perjudicados (la mayoría).

En el fundamento 37 señala que todo cambio de los derechos fundamentales debe realizarse dentro de una tendencia evolutiva dirigida a fortalecer y ampliar la esfera de autodeterminación del individuo así como su desarrollo en sociedad. De esta forma, el principio de progresividad supone que los derechos fundamentales sólo pueden reformarse para mejorar su situación preexistente.

En consecuencia si la progresividad implica adoptar medidas que mejoren los derechos fundamentales, entonces se encuentran prohibidas aquellas medidas que sean regresivas. La pregunta sería ¿como puede ser una medida regresiva y progresiva a la vez?.

En la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta respecto a la contribución solidaria, el Tribunal Constitucional ha señalado que hay que

³⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 49.

³⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 64.

tener sumo cuidado al momento de dictaminar una medida de carácter retroactivo dando a entender que una medida regresiva puede no dejar de ser progresiva:³⁶⁷

54. (...) Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.” (subrayado agregado).

55. Esta afirmación permite sostener que el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan.

Si bien esto parecería un juego de palabras, consideramos que el planteamiento que hace el Tribunal Constitucional no resulta claro del todo ya que indica que una medida puede y no puede ser a la vez regresiva, lo cual parecería una contradicción. Si algo es regresivo es lo contrario a progresivo, de esta forma o es una cosa o es la otra. Debemos entender que lo que nos plantea el TC es que se admite que existan medidas regresivas que no violen el principio de regresividad, y esto quiere decir que puede suceder que una medida pueda ser regresiva para un grupo de personas pero dicha regresividad implica a la vez la progresividad respecto de otro grupo mayor de personas.

Aunque tenemos al informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que señala que la medida no ha sido regresiva, en el sentido de que no toda restricción es sinónimo de regresividad. Señala que la obligación de progresividad o prohibición de regresividad consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana implica “*un análisis en conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicancias colectivas de la medida*”. Pero finalmente

³⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve las Acciones de inconstitucionalidad interpuestas por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N.º 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional. Exp. N.º 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS), 27 de setiembre 2004, fundamentos 54 y 55.

concluye en reconocer que es una medida regresiva pero no incompatible con el artículo 26 en referencia.³⁶⁸

Asimismo, se debe tener en cuenta que si bien la seguridad social se basa en el principio de solidaridad, se trata de un derecho con titularidad individual que le permite al titular llevar una vida digna y decorosa y por ende el Estado tiene la obligación de desarrollarlo progresivamente.³⁶⁹

Hay un aspecto que el Tribunal Constitucional no ha tomado en cuenta es que la reforma constitucional ha violado el derecho a la seguridad social de todos los pensionistas que ya habían adquirido al momento de la reforma su derecho a la nivelación.³⁷⁰

El TC indica que no se ha violado la progresividad puesto que se adoptó una medida regresiva respecto a un pequeño grupo de pensionistas que percibían pensiones muy altas y se les disminuye en aras de aumentar a los que ganan menos.

El mismo razonamiento corresponde a la CIDH ya que también sostiene que el hecho que una medida sea menos favorable para un grupo de personas no implica necesariamente un grado de regresividad respecto al desarrollo del derecho a la pensión.³⁷¹

Sin embargo, dentro de la reforma se ha eliminado la nivelación de las pensiones a todos los pensionistas, sin realizar distinción alguna, es decir no se tomó en cuenta si la nivelación se eliminaría sólo para los que ganan más sino que se aplicó para todos de forma tajante. En consecuencia, el grupo afectado no sería solamente aquellos que ganan más sino también todos aquellos que tenían ganado un

³⁶⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., fundamento 140.

³⁶⁹ MUJICA PETIT, Javier. Ob. cit., p. 10.

³⁷⁰ Ibíd., p. 11.

³⁷¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., fundamento 144.

derecho a la nivelación pudiendo ser este grupo compuesto tanto por aquellos que ganan altos montos y como aquellos que perciben bajos montos.

Además debe respetarse el derecho de las minorías ya que no es razón suficiente afectar a las minorías para favorecer a la mayoría. Para violar derechos y garantías fundamentales no cabe hacer distinciones meramente cuantitativas ya que este grupo aunque minoritario ha accedido legalmente a su derecho a la pensión nivelable en los términos que se habían preestablecido.

Tal como lo señala Javier Mujica Petit en su observación adicional:³⁷²

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que en ningún caso la violación del derecho de un grupo de sus beneficiarios sería justificable sólo porque la violación pudiera significar un avance para “los más perjudicados” (presuntamente la mayoría que recibe menores pensiones que los que reciben las más altas). En efecto, el Estado no está autorizado a subordinar los derechos del individuo y/o de la minoría con el argumento, esgrimido pero no probado, de que esta acción favorecería a la mayoría.

Por lo tanto, no se puede alegar tan alegremente que se afecten los derechos de una minoría en aras de satisfacer a una mayoría. No nos encontramos en un estado socialista, sino en uno social y democrático de Derecho, en donde prima el respeto a los derechos de todas las personas sin distinción alguna. En tal caso, si se pretende realizar una restricción debería ser sumamente cuidadosa y excepcional, pero no defender tan abiertamente la posición de que al ser una minoría se les puede perjudicar.

Por otro lado, se debe tener mucho cuidado al disponer estas medidas que indudablemente afectan a una cantidad de personas aunque pueda ser considerada minoritaria porque si bien se pretende aumentar las pensiones de los que perciben menos se realiza a costas de disminuir el monto de aquellos que perciben más y prohibiendo la nivelación de todos los pensionistas, afectando los derechos que habían adquirido.

³⁷²MUJICA PETIT, Javier. Ob. cit., p. 11.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en su informe de admisibilidad refiriéndose a la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la siguiente manera: “*cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de derechos (...)*”³⁷³

Al momento de cambiar un parámetro objetivo como la nivelación por uno subjetivo se llega a una situación de inseguridad jurídica y peligro puesto que nada nos garantiza que en el futuro el Estado mejore las pensiones y realice el reajuste prometido.

En este mismo sentido se pronuncia Javier Mujica Petit:³⁷⁴

(...)los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 quedaron a la merced (principalmente los pensionistas menores de 65 años de edad) de la voluntad del mismo Estado que ya había demostrado su disposición a quitarles los derechos adquiridos. Con criterios como los de “capacidad financiera del Estado” o las “posibilidades de la economía nacional”, (tan amplios, vagos y subjetivos), será muy fácil para el Estado negar a los pensionistas el más mínimo aumento.

Por último, se señala que la reforma se hizo para disminuir las pensiones más altas que por corresponder a tantas personas generó el desfinanciamiento del sistema debido a su alto impacto económico. Sin embargo, los pensionistas con pensiones mayores a los S/.10,000 soles mensuales correspondían solamente a 258 personas, las cuales representaban sólo el 0.09% del total de pensionistas del Decreto Ley 20530.³⁷⁵ Cabe preguntarse si realmente esta cantidad de personas pueden causar tal desfinanciamiento, pero lo que sí queda claro es que a toda esta situación se le agrega la actitud irresponsable del Estado respecto al manejo de los fondos. Por ello, no debe “echársele” la culpa a los pensionistas por malos manejos del Estado o incluso por no haber realizado correctos cálculos actuariales.

Debemos tener presente que una de las causas principales de la crisis del sistema se debe a la actitud irresponsable del Estado en el pasado, puesto que gracias a él se ha

³⁷³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., fundamento 137.

³⁷⁴ MUJICA PETIT, Javier. Ob. cit., p. 12.

³⁷⁵ Ibíd., p. 15.

desfinanciado el sistema ya que usó los fondos de pensiones para otros fines distintos al de la seguridad social. Así lo confirma el Informe Defensorial N° 85 y la afirmación de Javier Neves tal como sigue a continuación:³⁷⁶

Una severa crisis afectaba a la previsión social hacia fines de la década de los ochenta del siglo pasado. Sin duda que la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de dicha crisis.

A esto cabe agregar la opinión de la CIDH: “*en principio eliminar la salvaguardia de un reajuste periódico y obligatorio, y cambiarla por un reajuste eventual de acuerdo a la discrecionalidad del Estado, puede constituir una medida regresiva*”.³⁷⁷ Pero tal como lo hemos mencionado anteriormente no lo considera como violatoria del mandato de progresividad puesto que el Tribunal Constitucional ha señalado que se trata un quantum del reajuste más no se refiere a la obligatoriedad de su realización. Precisamente para evitar que el reajuste no se extienda por lapsos de tiempo irrazonables el Tribunal se ha comprometido a mantenerse atento para que se cumpla con esta obligación.

De esta forma, se admite que es una medida regresiva pero no va a ser considerada como contraria a la progresividad ya que se va a confiar en el Estado Peruano y al reajuste prometido por él. Es decir, queda subordinado a un control posterior para que el Estado cumpla con sus obligaciones, pero se presume que lo va a realizar.

Sin embargo, con el referente de la actitud irresponsable del Estado en el pasado ¿cómo podemos ahora confiar en el Estado y dejar a su libre discrecionalidad el reajuste de las pensiones?. Lo que existe no es una tendencia progresiva sino todo lo contrario, de reducir las pensiones lo más que se pueda aunque en esta oportunidad se use como excusa elevar las pensiones más bajas. Sin embargo, nada nos asegura

³⁷⁶ NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 11 .

³⁷⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., fundamento 145.

que en el futuro se sigan elevando las pensiones o lo que sería peor que existan más disminuciones que aumentos.

En el Informe N° 38/2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado correctamente que el artículo 26 de la Convención Americana incluye al derecho a la seguridad social como una norma económica y social digna de protección. Por ende, los Estados se encuentran en la obligación de procurar el desarrollo progresivo de ese derecho.³⁷⁸

Según el Amicus Curiae de la Comisión Internacional de Juristas presentado el 21 de setiembre del 2007 durante el trámite de la petición ante la CIDH, la regresividad es un “factor agravado del análisis de razonabilidad”.

Por ello una vez que una norma ha sido probada por el demandante como regresiva, acreditando que el grado de protección de la norma cuestionada supone un retroceso respecto a la norma anterior, se genera una presunción de invalidez de la misma, transfiriendo así al Estado la carga de probar la racionalidad de la legislación adoptada.³⁷⁹

Como hemos visto se genera la inversión de la carga de la prueba pero también hay un estándar de juicio que debe tomarse en cuenta, el mismo que es denominado por la jurisprudencia estadounidense como *escrutinio estricto* y se refiere a que la carga de demostración del Estado es muy alta y en caso de duda el juzgador debe inclinarse por la invalidez de la medida. Este estándar se aplica en general cuando existan restricciones a un derecho fundamental.. En consecuencia, no basta que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, debe justificar su imperiosa necesidad.³⁸⁰

³⁷⁸ Ibíd., fundamento 133.

³⁷⁹ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamentos 108 y 113.

³⁸⁰ Ibíd., fundamento 114.

Según las Observaciones Generales N° 3, 13, 14, 15, 17 y 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se permite que se dicte una medida regresiva pero bajo ciertas condiciones. En primer lugar, es necesario demostrar que la norma es regresiva, y esto se puede hacer cuando se acredita que la norma es menos favorable para el titular del derecho que la anterior. Una vez demostrado esto, la carga de la prueba se invierte y el Estado tiene la necesidad de probar la necesidad de la medida lo cual implica demostrar:³⁸¹

A) La existencia de un interés estatal calificado: la legislación propuesta pese a implicar retrocesos para algún derecho también implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos protegidos en el Pacto (económicos, sociales y culturales).

B) Carácter imperioso de la medida: Sobre esto último la Corte Europea se ha pronunciado en el sentido de considerar que la necesidad implica que está sea imperiosa y que no es suficiente demostrar que sea útil, razonable u oportuna.

C) Inexistencia de otras alternativas menos restrictivas: el Estado debe probar que ha considerado otras alternativas pero esta es la menos restrictiva y que incluso ha empleado todos los recursos disponibles, incluyendo los que provienen de la cooperación internacional.

En consecuencia el Estado *“no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos”*, sino que debe indicar de forma concreta qué otros derechos previstos en el Pacto también han sido favorecidos.³⁸²

De esta forma, en aplicación al caso se puede concluir que efectivamente la medida ha sido regresiva tal como el mismo Tribunal Constitucional, la CIDH y la Comisión Internacional de Juristas han reconocido puesto que al momento de comparar la situación anterior con la actual de los pensionistas afectados del Decreto Ley 20530 la

³⁸¹ Ibíd., fundamentos 118-120.

³⁸² Ibíd., fundamento 120.

actual resulta ser más perjudicial. Esto es en tanto se ha modificado la forma de cálculo de la pensión de un criterio objetivo tal como la nivelación hacia uno subjetivo sujeto a la discrecionalidad del Estado afectando con ello el derecho adquirido a la pensión nivelable de aquellos pensionistas que habían cumplido los requisitos para obtener este derecho.

Por todo esto cabe realizar la inversión de la carga de la prueba hacia el Estado y así analizar los criterios propuestos por la legislación internacional.

En cuanto al primer criterio, podemos argumentar que existe un interés estatal en tanto existe una crisis presupuestal para el Fondo de Pensiones y ello impide que se paguen mejores pensiones a aquellos pertenecientes al D. Ley 19990 afectando su derecho a la seguridad social. Respecto al carácter imperioso de la medida se podría argüir que al existir un interés del Estado en dictarla es necesario que se haga para solucionar el problema existente. Por otro lado no basta indicar que la medida es útil u oportuna sino que efectivamente es imperiosa. Sobre este punto la Comisión Internacional de Juristas ha señalado:³⁸³

La modificación (...)ha tenido el propósito de sanear las finanzas públicas y permitir el pago puntual y sostenido de todas las pensiones a cargo del Estado. Es decir, puede suponerse que el Estado pretende justificar su medida como una medida redistributiva destinada a afrontar la cobertura del derecho a una pensión de quienes reciben las pensiones más bajas, a partir de la reducción de quienes reciben las más altas. Aunque es dudoso que esta justificación logre cumplir plenamente la exigencia de demostrar que el objetivo de la reducción ha sido satisfacer la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados por la Convención Americana, dada la ausencia de estándares sólidos ya establecidos en la materia en el Sistema Interamericano, puede aceptarse que la evaluación de la justificación invocada ofrezca cierto margen de deferencia al Estado (...) la exigencia al respecto debería ser mayor.

Sobre el tercer criterio este tampoco se ha cumplido puesto que el Estado no busco otras medidas que pudieran solucionar el problema existente y que no sean tan violatorias de derechos , garantías y principios como la escogida. Por lo tanto, no se cumplió con buscar otras medidas menos gravosas sino que se optó por realizar una reforma constitucional para "darle de baja" a los derechos adquiridos y así poder

³⁸³ Ibíd., fundamento 163.

modificar las condiciones en que se adquirió la pensión en forma arbitraria y sin ninguna garantía de seguridad ni estabilidad jurídica.

Al respecto la CIJ ha señalado que el Estado debería haber demostrado por qué para mejorar la situación de los pensionistas en peor situación se ha tenido que recurrir necesariamente a la reducción de pensiones de aquellas que recibían montos mayores afectando sus derechos adquiridos:³⁸⁴

Para ello, debería haber demostrado que consideró otras alternativas concretas, y que por razones de peso las consideró inviables, y que agotó sus esfuerzos para emplear los recursos disponibles- los propios y los provenientes de la cooperación internacional- para cumplir con sus obligaciones en materia previsional, y aún así no logró hacerlo.

En conclusión, tal como lo señala la CIJ el Estado no ha cumplido con demostrar que las medidas regresivas han sido estrictamente necesarias considerando su carácter imperioso y el agotamiento de otras alternativas. Por ello, estas medidas han violado el mandato de progresividad del artículo 26 de la Convención Americana en concordancia con el Art. 1 del Protocolo de San Salvador.

³⁸⁴ Ibíd., fundamento 165.

CAPITULO 4

4. Aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad

El mismo Tribunal Constitucional en la sentencia que versa sobre la constitucionalidad o no de la reforma ha usado el conocido test de razonabilidad para determinar si los contenidos no esenciales o adicionales determinados por él mismo son constitucionales o no. Es decir, el TC debe establecer si la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión es constitucional o no.³⁸⁵

Para entender bien en qué consiste este test el TC lo ha definido de la siguiente manera:³⁸⁶

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia, constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que la integran.

Este test ha sido y es una herramienta muy usada por nuestro Tribunal Constitucional, así lo podemos ver en los EXP. N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, 0024-2005-PI/TC, 06089-2006-PI/TC, 04466-2007-PA/TC, 00579-2008-PA/TC, 08943-2006-PA/TC, entre otros. Incluso ha sido utilizada desde la década de los 50 por la Corte Suprema de USA.

Podemos agregar que se aplica a aquellas decisiones del legislador que impongan límites a los derechos fundamentales y donde se prioriza un bien constitucional por

³⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N.º 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 109.

³⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N.º 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 109.

sobre otro. De ahí que, un bien constitucional sólo podrá ser limitado si la decisión en virtud de la cual se hace, es razonable.³⁸⁷

Tal como lo señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la doctrina, el test contiene tres pasos con principios para analizar los cuales son:

- a) Principio de idoneidad,
- b) Principio de necesidad, y
- c) Principio de proporcionalidad.

Se debe analizar cada principio en el orden mencionado ya que para que la restricción sea válida será necesario que se cumplan los 3 principios en forma conjunta. De esta forma, en caso de no cumplir con el primer paso ya no cabe analizar los siguientes principios.

Es decir la forma de aplicación de los principios es sucesiva tal como lo han señalado las sentencias 0045-2004-AI/TC, 06089-2006-PA/TC y 00579-2008-PA/TC.

Así lo señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 00579-2008-PA/TC cuando explica el procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test y ha establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer lugar, a un juicio de idoneidad o adecuación, es decir, si la restricción es pertinente o adecuada en relación con la finalidad que busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la necesidad de la medida restrictiva lo cual implica verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata de realizar una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un

³⁸⁷ AVELLANEDA ROJAS, Julio. El Tribunal Constitucional como agente económico: Análisis de la sentencia sobre exoneración tributaria a favor de la empresa de transportes Flores, p.6. http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_sentencia_tc/analisis_economico.pdf

tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de proporcionalidad.³⁸⁸

Por otro lado, tenemos al test realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe N° 38 en donde analiza si la reforma constitucional y legal objeto de análisis constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la propiedad de las presuntas víctimas, a partir del siguiente test:³⁸⁹

- a) Legalidad: determinar si la restricción fue impuesta a través de una ley;
- b) Fin legítimo: evaluar si la restricción obedeció a un fin legítimo en el sentido de buscar el interés social o de preservar el bienestar general en una sociedad democrática; y
- c) Proporcionalidad: si la restricción fue proporcional en el sentido de ser razonable para obtener dicho fin y no sacrificar la esencia del derecho.

Podemos ver que el primer paso no es el mismo que el test usado por nuestra jurisprudencia y doctrina nacional pero el segundo y el tercero sí. De esta forma, sólo faltaría el análisis de necesidad.

A partir de todo lo visto anteriormente, procederemos a revisar el fallo del Tribunal Constitucional sobre la reforma teniendo en cuenta el test según la normatividad nacional para ver si el Tribunal lo ha desarrollado en forma adecuada.

4.1. Principio de idoneidad

Este principio también conocido como adecuación contiene dos pasos que consisten en determinar primero que la medida posea una finalidad legítima y en segundo lugar que sea adecuada para lograr dicho fin.

³⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Recurso Extraordinario interpuesto por César Augusto Becerra Leiva contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 111, su fecha 21 de noviembre de 2007 que, confirmando la apelada declaró infundada la demanda de amparo de autos. EXP. N° 579-2008-PA/TC, 5 de junio del 2008, fundamento 25.

³⁸⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob .cit., fundamento 112.

Según la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional ha señalado que a través de este principio lo que se busca es que la medida impuesta tenga un fin y que sea adecuada para lograr dicho fin.

Cuando se realiza alguna diferenciación jurídica ha de perseguir siempre un fin constitucional. Es decir, dicho fin no debe estar constitucionalmente prohibido y además debe ser socialmente relevante (EXP. 08943-2006-PA/TC, fundamento 5 y EXP. 04466-2007-PA/TC fundamento 11).

Si la medida legislativa que establece un trato diferente a supuestos de hecho distintos no persigue un fin constitucional, entonces tal medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde dar el siguiente paso. (EXP. 06089-2006-PA/TC, fundamento 45,3)

Asimismo se debe analizar la adecuación de la medida, es decir que la medida legislativa que establece la diferencia de trato deba ser congruente con el fin legítimo que trata de proteger. Se debe evaluar que la medida sea idónea para conseguir el fin pretendido por el legislador. Por el contrario, si se concluye que la medida adoptada no guarda ninguna relación con el fin que trata de alcanzar entonces esta limitación resultará inconstitucional. (EXP. 06089-2006-PA/TC, fundamento 45,4).

Por ejemplo, en la sentencia del TC recaída sobre el expediente N° 00579-2008-PA/TC la medida consistía en el establecimiento de un régimen de protección patrimonial en beneficio de las empresas azucareras para lograr el *objetivo* de reactivación económica de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria, y que atraviesan por una crisis económica. La medida era adecuada porque evitaba que los acreedores de las mismas se hicieran cobro de sus acreencias con los escasos recursos con que contaban las referidas empresas, dejando en grave riesgo a los trabajadores respecto de su puesto de trabajo y la propia población del lugar.

También tenemos el caso de Flores visto en el expediente N° 02210-2007-PA/TC en donde el TC indica que la exoneración tributaria otorgada a la empresa Flores, servirá como incentivo para que se mejore el servicio público de transporte terrestre que dicha empresa brindaba a los consumidores. De esta forma como el fin es legítimo en ambos casos se cumple con el primer paso del test.

Precisamente, el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma ha señalado que debe analizarse si con la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si para tal objetivo la medida es idónea.

De esta forma, ha señalado que la reforma persigue un fin legítimo en tanto busca la consecución de los valores superiores de justicia, igualdad y solidaridad, los cuales son consustanciales al Estado Social y democrático de Derecho ya que este procura que las personas gocen de condiciones materiales mínimas para llevar una vida digna.³⁹⁰

Asimismo, agrega.³⁹¹

En este sentido, mediante la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se busca que las personas tengan una pensión equitativa, como exigencia de la realización de los valores superiores de justicia e igualdad.

Es indudable, pues, que tal finalidad es constitucionalmente incuestionable, su legitimidad radica en el hecho mismo de que es un imperativo del Estado social y democrático de Derecho promover la justicia distributiva entre sus miembros.

Podemos ver que el TC se ha limitado a señalar que se trata de buscar la justicia e igualdad mediante esta medida redistributiva.

³⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 111.

³⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 111.

Por otro lado, también tenemos el pronunciamiento de la Comisión Internacional de Juristas que ha señalado que el primer paso radica en analizar la legitimidad del interés público o social alegado por el Estado, que viene a ser lo mismo que el Tribunal Constitucional ha indicado aunque la CIJ no analiza la adecuación de la medida sino solamente que el fin sea legítimo. En consecuencia, sobre este punto de la legitimidad ha establecido que el Estado ha alegado 3 razones para justificar la reducción de las pensiones:³⁹²

- a) Limitar los beneficios previsionales para sanear las finanzas públicas y permitir así el pago puntual y sostenido de las pensiones a cargo del Estado.
- b) La injusticia del régimen establecido en el Decreto Ley 20530 que permitía a un grupo minoritario de pensionistas percibir pensiones excesivamente altas siendo desproporcionadas en relación con las demás pensiones.
- c) Establecer una política de remuneraciones transparente y razonable para la Administración Pública que reemplace el sistema de nivelación por ajustes periódicos.

Respecto a estas razones la CIJ se ha limitado a discrepar sólo respecto a la segunda razón y la considera inaceptable puesto que el Estado alega una situación de injusticia en el régimen del Decreto Ley 20530 en donde un grupo minoritario recibe pensiones muy altas. Sobre este punto la CIJ ha opinado que: *“los peticionarios no hicieron más que acogerse al régimen que el propio Estado estableció- parece excesivo justificar ahora la restricción de sus derechos por haber reclamado lo que tenían lícitamente derecho a reclamar”*.³⁹³

La CIJ tiene razón en el sentido de considerar que este régimen previsional había sido establecido por el mismo Estado quien posteriormente se da cuenta que había incurrido él mismo en errores de cálculo pero opta por afectar los derechos de los

³⁹² COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 58.

³⁹³ Ibíd., fundamento 59.

pensionistas disminuyendo el monto de sus pensiones, estableciendo así una carga excesiva sobre este grupo cuando ellos accedieron de forma legal a este régimen creado por el Estado.

Sin embargo, debemos tener en claro el objetivo propuesto por la reforma la misma que busca la igualdad y equidad en el ámbito pensionario, porque reconocemos que hay diferencias en los montos pensionarios percibidos entre un grupo y otro, y además hubo una indebida disposición de los fondos por parte del Estado, todo ello ha generado que el sistema se desfinancie.

La injusticia alegada por el Estado va en el sentido de considerar que hay un grupo minoritario que obtiene pensiones y condiciones mucho más ventajosas que el grupo mayoritario de pensionistas. De esta forma, se busca solucionar eso disminuyendo las pensiones más altas para aumentar las más bajas y cambiando el criterio para el ajuste de las pensiones eliminando la nivelación ya que todo esto acarrea mucho gasto para el Estado.

En el Informe N° 38 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podemos ver que aplica un test para el caso concreto de la reforma. Para ello, la CIDH establece como primer paso el análisis de legalidad y como segundo fin legítimo siendo este último básicamente lo mismo que el primer paso que venimos analizando, es decir el principio de idoneidad. Por ello explicaremos ambos pasos aunque el análisis de legalidad no corresponda a los principios que se analizan en un test de razonabilidad en nuestro país.

a) Legalidad: La CIDH entiende a la legalidad en el sentido si el proceso de reforma ha sido llevado a cabo dentro del marco legal y constitucional.

Para esto coincide con el Tribunal Constitucional peruano en que la reforma ha sido adoptada de conformidad con el artículo 206 de la Constitución Política y se han cumplido con los requisitos formales llevando así un correcto procedimiento. En

consecuencia la Comisión considera que la restricción cumplió con el requisito de legalidad.³⁹⁴

Sin embargo, en nuestro test no se realiza este análisis al no estar incluido entre los pasos, además ya ha sido analizado dentro de los límites formales de la reforma.

b) Fin legítimo: Como hemos explicado, en el primer paso del test del TC se analizan dos aspectos es decir que exista un fin legítimo y que la medida sea adecuada para dicho fin. Sin embargo la CIDH no analiza la adecuación de la medida sino solamente el fin legítimo.

En ese sentido la Comisión ha considerado que se cumple este paso puesto que subsiste un interés social cuando se busca mantener la estabilidad financiera del Estado así como asegurar un régimen de seguridad social basado en principios de equidad todo esto orientado a cumplir el principio de progresividad de los derechos. En consecuencia, son fines legítimos que corresponden a un Estado de Derecho.³⁹⁵

A partir de todo lo visto, vamos a analizar los dos puntos de este principio según la doctrina y jurisprudencia nacional, es decir el fin legítimo y la adecuación o idoneidad de la medida para lograr el objetivo.

Sobre el fin legítimo, la medida propuesta efectivamente busca una finalidad legítima es decir alcanzar los valores de justicia, equidad y solidaridad que corresponden a un Estado Social de Derecho. Justicia, en tanto se quiere mejorar las pensiones más bajas a costa de disminuir las más altas y así lograr mejorar el nivel de vida de los pensionistas que ganaban menos. Equidad, en tanto si bien existe un grupo minoritario más favorecido se quiere que este obtenga condiciones que no sean excesivamente mejores que el grupo mayoritario que percibe menos. Solidaridad, en tanto se busca la redistribución para que aquellos que ganaban menos ahora puedan ganar más.

³⁹⁴ Ibíd., fundamento 112.

³⁹⁵ Ibíd., fundamento 116.

Respecto a la idoneidad de la medida, también se cumple puesto que si bien puede resultar discutible su elección, ello no quita que sea una medida que a final de cuentas logre el objetivo propuesto. Si además, pueda afectar otros derechos y principios y lograr otros efectos colaterales perjudiciales, ello será analizado en los siguientes pasos. Por ahora sólo basta analizar si con la reforma se va a lograr el ahorro deseado y la redistribución del monto de las pensiones para lograr la tan ansiada equidad.

En conclusión, la reforma sí cumple con este primer principio ya que el fin es legítimo y la medida es idónea para lograr dicho fin. Por ello, pasaremos a analizar el segundo principio.

4.2. Principio de necesidad

De acuerdo a nuestra jurisprudencia nacional el principio de necesidad se orienta a examinar si dentro del universo de medidas posibles a adoptar la escogida es la menos restrictiva de derechos (EXP. N.º 04466-2007-PA/TC, fundamento 12 y EXP. N.º 08943-2006-PA/TC, fundamento 6). Es decir, debe analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad. De esta forma se comparan dos medios idóneos, el optado por el legislador y el hipotético alternativo.³⁹⁶

El objetivo de este principio es que no existan otras medidas alternativas que sean igualmente eficaces o menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin. Por ejemplo en el caso ya citado en el primer paso, sobre el régimen de protección patrimonial en beneficio de las empresas azucareras, se podría alegar como medida alternativa la condonación de las deudas de tales empresas agrarias azucareras. Si

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso de agravio constitucional interpuesto por Express Cars S.C.R.L. contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 365, su fecha 26 de abril de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos. EXP. 06089-2006-PA/TC, 17 de abril del 2007, fundamento 45,5.

bien también se dirige a lograr el mismo fin, dicha medida no tiene la misma eficacia para lograr el desarrollo de la actividad azucarera, pues aunque impediría que las empresas disminuyan sus activos fijos, se perjudicaría los derechos de los acreedores porque se verían imposibilitados a cobrar sus créditos para siempre.³⁹⁷

Asimismo, según el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma ha señalado expresamente que este principio exige que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria no debe existir ningún otro medio alternativo que tenga la misma idoneidad para alcanzar el objetivo y que sea más benigno respecto al derecho afectado.³⁹⁸

Respecto al caso concreto de la reforma el TC ha concluido lo siguiente:³⁹⁹

Este Colegiado considera que la realización de la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución constituye la alternativa más adecuada y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la brecha existente entre quienes perciben una pensión bastante elevada y los que perciben una pensión ínfima.

Es evidente, entonces, que el principio de necesidad se cumple en el caso concreto.

Podemos ver que el Tribunal se ha limitado a realizar un análisis superficial de este principio, repitiendo prácticamente lo señalado en el primer paso ya que indica que la reforma es la medida más adecuada y legítima para lograr el objetivo. Sin embargo, no examina si efectivamente existían otros medios alternativos menos gravosos para lograr la misma finalidad y que sea menos perjudicial a los derechos afectados.

³⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso Extraordinario interpuesto por César Augusto Becerra Leiva contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 111, su fecha 21 de noviembre de 2007 que, confirmando la apelada declaró infundada la demanda de amparo de autos, EXP. 00579-2008-PA/TC, 5 de junio del 2008, fundamento 27.

³⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 109.

³⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005- PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 112.

Sobre este punto la Comisión Internacional de Juristas ha opinado en su *Amicus Curiae* que no basta que exista un interés legítimo por parte del Estado para restringir derechos, en específico hace referencia al derecho de propiedad, sino que además es indispensable que dicha restricción sea necesaria.

Según la CIJ este principio implica probar la inexistencia o inidoneidad de otras medidas de menor gravedad para proteger un interés jurídico legítimo para poder así adoptar alguna medida que limite algún derecho.⁴⁰⁰

Asimismo, opina que respecto a la razón alegada por el Estado sobre el saneamiento de las finanzas y pago puntual de las pensiones, no resulta justificable afectar la situación de un grupo minoritario de pensionistas que accedieron legítimamente a sus derechos para favorecer el bienestar general. No se puede solucionar el incumplimiento de las obligaciones previsionales por parte del Estado con el sacrificio de los derechos de un grupo de pensionistas sin haber considerado otras medidas menos gravosas.⁴⁰¹

El Estado podría haber acudido a otras medidas económicas y financieras para lograr el fin buscado, pero elegir la reducción de los haberes previsionales de los propios pensionados como fuente de refinanciamiento del sistema previsional desvirtúa completamente la finalidad social del régimen de pensiones.

Asimismo, respecto a la necesidad de establecer una política de remuneraciones razonable para la Administración Pública, que según la CIJ constituye una finalidad loable, difícilmente este objetivo podrá justificar la afectación de derechos ya incorporados al patrimonio de los pensionistas. En tal caso, nada impide que el Estado establezca medidas que rijan a futuro y que no reduzcan derechos ya otorgados ya que de ser así se impone una carga excesiva sobre este grupo pensionario.⁴⁰²

Consideramos acertada la opinión de la CIJ porque si bien el Estado Peruano busca lograr fines legítimos tales como la justicia, igualdad y solidaridad, recortando el monto

⁴⁰⁰ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Ob. cit.*, fundamento 60.

⁴⁰¹ *Ibíd.*, fundamento 61.

⁴⁰² *Ibíd.*, fundamento 62.

de las pensiones de los que perciben más para aumentar las pensiones más bajas, no ha considerado otras medidas alternativas menos perjudiciales que esta.

Si bien se trata de perseguir fines legítimos no se tiene en cuenta que para lograrlos se está sacrificando derechos y principios importantes. Para lograr la finalidad deseada no puede justificarse cualquier medio, tal como dice la conocida frase “el fin no justifica los medios”.

Tenemos al caso de la Caja de Pensiones Militar y Policial, que tiene varios problemas estructurales semejante a la situación del régimen pensionario del Decreto Ley 20530, es decir cuenta con un gran número de pensionistas, pocos contribuyentes e incumplimiento por parte del Estado.

Sin embargo, ante esta situación el Estado Peruano ha buscado reflotar el déficit de la Caja de Pensiones a través de medidas que muestran la evidente preocupación por parte de las autoridades para solucionar el problema de este régimen, las cuales mencionaremos a continuación.⁴⁰³

- Desde el 2007 el gobierno viene trabajando un Anteproyecto de Ley para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional con la finalidad de aumentar la participación del Estado en el fondo de pensiones.
- En octubre del 2008 el Ministro del Interior de aquel entonces tuvo una presentación llevada a cabo a raíz de una marcha pacífica por los familiares y miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para reclamar sobre la situación de la Caja de Pensiones. En dicha presentación el Ministro anunció que su sector venía evaluando la posibilidad de crear un bono de productividad que se pagaría con los ahorros institucionales logrados durante estos años a los policías de las comisarías más eficientes. Asimismo, sugirió otras medidas tales como la venta por parte del Estado

⁴⁰³ MUJICA PETIT, Javier .Ob.cit., p.17.

de sus activos, aumentar el porcentaje de aporte, establecer sanciones ejemplares para quienes saquearon la Caja, entre otras. (1 octubre 2008).

- La Comisión de Defensa Nacional del Congreso y el ex Ministro de Economía Luis Valdivieso llegaron a un acuerdo para fortalecer la Caja de Pensiones Militar para otorgar 100 millones de soles a favor del Comité de Administración de Fondo de Asistencia y Estímulo (CAFAE) del personal civil de las Fuerzas Armadas “*sin perjudicar a quienes gozan del derecho de la cédula viva*”. (16 setiembre 2008, El Comercio).

Por lo tanto, de la misma forma que el Estado ha adoptado medidas para reflotar la Caja de Pensiones Militar y Policía pudo realizar lo mismo con el régimen previsional del Decreto Ley 20530. Es decir, pudo incrementar el monto del presupuesto destinado a financiar el sistema así como establecer sanciones a los responsables del mal manejo en la medida de lo posible.

El Estado podría realizar un mejor manejo de su presupuesto y así redistribuir sus ingresos de forma adecuada, es decir que destine recursos económicos para financiar los servicios de la seguridad social. Ante todo se debe tener en cuenta que esta situación de desequilibrio ha sido lograda gracias a la actuación del Estado porque es él quien estableció este sistema previsional con sus respectivas condiciones y además realizó una apropiación indebida de los fondos de pensiones.

El informe de la Defensoría del Pueblo N° 85 ha señalado que el fracaso de los sistemas previsionales públicos encuentra al Estado como su principal responsable ya que se apropió de los fondos, no fiscalizó adecuadamente los aportes de los empleadores y realizó una pésima gestión administrativa y financiera.⁴⁰⁴ En consecuencia, si el Estado ha sido el que estableció estos sistemas y sus condiciones, y además ha tenido una mala administración de los fondos, ¿sería acaso una medida justa afectar a un grupo de pensionistas para solucionar este problema cuando no son

⁴⁰⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Ob. cit.*, p. 30.

ellos los responsables directos?. Entonces, el Estado debe asumir su cuota de responsabilidad en este problema y no adoptar la situación que le sea “más favorable” sin tener en cuenta que perjudica a un grupo de pensionistas.

El Estado debe considerar que si destina parte del presupuesto nacional para financiar este sistema no es un gasto adicional sino debe ser parte de la deuda que el Estado ha incurrido gracias a su mala gestión:⁴⁰⁵

Es completamente errado sostener, por ello, que el Estado subsidiará al pago de la Planilla de Pensiones, puesto que esta transferencia de recursos debía ser considerada, más bien, una devolución paulatina y limitada de la cuantiosa deuda acumulada con tales fondos de pensiones.

La solución no es hacer una reforma a la Constitución sino buscar medidas más efectivas. Por ejemplo, si ya es conocido que el Estado tuvo un manejo irresponsable de los fondos de pensiones entonces de que sirve recortar las pensiones si el Estado no va a cumplir con realizar su aporte o peor aún va a usar los fondos para solventar obras públicas por ejemplo, o quizás aún peor despilfarrar el dinero. Por ello hay que buscar medidas que solucionen el problema de raíz buscando otras medidas menos gravosas que esta.

Tenemos otra opción si consideramos que el derecho adquirido es un derecho legalmente obtenido ya que ello nos lleva a la deducción que pueden existir derechos ilegalmente obtenidos. Por ello, no merecerá protección aquellos que defiendan derechos que han sido adquiridos en contravención de lo dispuesto por el Decreto Ley 20530 u otras normas conexas. En este caso lo que correspondería sería una demandas de nulidad frente a las incorporaciones indebidas, aunque se debe tener en cuenta el plazo de prescripción indicado en el Código Civil para interponer esta acción (10 años según en el art. 2001, 1). Asimismo, debemos precisar que las desincorporaciones no pueden realizarse de forma unilateral por las entidades sino que deben efectuarse previo pronunciamiento jurisdiccional.

⁴⁰⁵ MUJICA PETIT, Javier. Ob. cit., p. 14.

Así tenemos la opinión Ricardo Herrera en el mismo sentido en considerar que existen también derechos ilegalmente obtenidos:⁴⁰⁶

En esa medida, cabe la posibilidad de un “derecho ilegalmente obtenido” que, por ende, debe suponer la inmediata separación del pensionista del régimen previsional en cuestión a través de la demanda de nulidad de incorporación al D. L. N° 20530. Es decir, tal derecho no podría considerarse como “adquirido”, en tanto no se ha incorporado válidamente al patrimonio individual del pensionista.

En consecuencia, si se tiene en cuenta el plazo de prescripción y la sede jurisdiccional se podría lograr la desincorporación de pensionistas con derechos que fueron indebidamente obtenidos, así podemos subsanar los errores cometidos en el pasado cuando se emitió el Decreto Legislativo 763 y se procedió a efectuar desincorporaciones sin tener en cuenta lo anterior y así obteniendo fallos favorables para este grupo de pensionistas.

En tal caso como lo señala la congresista Chuquival Saavedra se debería: “detectar el número exacto de esos pensionistas y el monto igualmente exacto para regularizar esos casos. Considero que ese hecho no es razón suficiente para traerse abajo el Sistema Nacional de Pensiones”⁴⁰⁷. Es decir, debe intentarse en la medida de lo posible de individualizar aquellos casos irregulares pero no optar como primera opción hacer una reforma constitucional que elimine derechos adquiridos de todos.

Sin embargo, si muchos casos ya han prescrito ello se debe a la falta de una actuación adecuada y oportuna del Estado en su debido momento.

Tal como lo señala el abogado Javier Mujica Petit en sus Observaciones remitidas a la CIDH, nuestra posición no radica en desconocer la posibilidad de establecer

⁴⁰⁶ HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. “Los derechos adquiridos en el proceso de flexibilización de la legislación laboral y previsional”. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 2000, p. 152.

⁴⁰⁷ Declaración de la congresista Chuquival Saavedra durante la primera votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Diario de los Debates, Segunda Legislatura Ordinaria de 2003, 14 A Sesión, miércoles 26 de mayo, 2004, p. 20.
<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256EA10019C29B>

restricciones o límites a los derechos, sino que al momento de adoptarlas deben respetar los parámetros existentes. Por ejemplo, en el ámbito internacional tenemos a los límites establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el PIDESC y por otro lado a la normatividad, doctrina y jurisprudencia nacional.

Incluso la doctrina del Sistema interamericano y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones ha señalado que sólo se podrá restringir el goce de un derecho siempre y cuando no existan otras opciones y la medida sea proporcionada, es decir habrá que escoger entre varias opciones dirigidas a alcanzar el mismo objetivo, aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.⁴⁰⁸

Como ejemplo, tenemos al artículo 10 de la Convención Europea, si bien se refiere al ejercicio del derecho a la libertad de expresión señala que su ejercicio sólo: *"podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática (...)".*⁴⁰⁹

En el mismo artículo más adelante cita una serie de fines inherentes a un Estado democrático tales como la seguridad nacional, protección de la salud y de los derechos ajenos entre otros.

En cuanto a este artículo lo importante a rescatar es el concepto de "medidas necesarias", el cual ha sido explicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85 y señala lo siguiente:⁴¹⁰

46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar

⁴⁰⁸ MUJICA PETIT, Javier. *Ob. cit.*, p. 6.

⁴⁰⁹ CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES del 4 de Noviembre de 1950, artículo 10. http://www.ruidos.org/Normas/Conv_europeo_dchos_hum.htm

⁴¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-5 / 85 La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 25 Convención Americana de Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985, fundamento 46.

que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (*Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36*). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. (...) Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26*).

Asimismo tenemos la opinión de la Comisión Internacional de Juristas cuando se pronunció en su *Amicus Curiae* sobre el análisis de regresividad de la norma y en una parte señala que no hay elementos de juicio suficientes que acrediten que la medida regresiva es justificada. De esta forma: "(...)el Estado tendría que haber demostrado que efectuó una cuidadosa evaluación de las alternativas, y que la adopción de la medida tuvo en consideración el máximo de los recursos(...)".⁴¹¹

En consecuencia, el Estado Peruano debió haber demostrado que no tenía otra alternativa y tuvo que recurrir necesariamente a la reducción de los derechos de los pensionistas para según ellos favorecer a otros.

Debemos tener en cuenta que la reforma de la Constitución para eliminar los derechos adquiridos y así modificar la forma de cálculo de las pensiones para disminuir considerablemente su monto, constituye una medida drástica que afecta el derecho a la seguridad social, la pensión nivelable, principio de irretroactividad de la norma, seguridad jurídica y el derecho de propiedad, tal como lo hemos revisado en los capítulos anteriores.

Por ello si se va a adoptar esta medida tendría que ser la única opción, y si bien para el Estado le resulta la que más le acomoda y la más fácil, ello no puede justificar tampoco la afectación de varios derechos y principios fundamentales inherentes a un Estado de Derecho.

En tal caso, podría adoptar esta medida pero aplicarla para el futuro y así no afectar a quienes ya obtuvieron derechos incorporados en su esfera jurídica personal.

⁴¹¹ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 164.

Si bien se trata de una medida idónea para el fin no es la menos gravosa, al contrario genera muchos efectos perjudiciales que no justifican que se acepte esta medida por más positivo que sea el fin último.

Por todo lo expuesto anteriormente podemos concluir que la reforma no pasa el análisis realizado con este principio y si bien es cierto que en el test que venimos realizando si una medida no aprueba un paso no deberá seguirse al siguiente y se dará como finalizado el test, a pesar de ello se procederá a analizar el siguiente principio.

4.3. Principio de proporcionalidad

Con este principio se analiza la proporcionalidad en sentido estricto y consiste en realizar una comparación entre el grado de afectación al derecho y el grado de satisfacción de la finalidad perseguida. Es decir, se realiza un análisis cuantitativo a diferencia de los pasos anteriores en los cuales el análisis es más cualitativo ya que en el primero se analiza la idoneidad de la medida y finalidad constitucional y en el segundo se examina si no hubo otras alternativas menos gravosas a la escogida.

Según la doctrina nacional de acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto o también conocido como ponderación, para que la intervención en un derecho fundamental sea legítima: *“el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental”*⁴¹².

Asimismo, la medida sólo se justifica si una vez determinada que es la menos costosa de entre todas las disponibles, ella, en sí misma, es más beneficiosa que costosa.⁴¹³

⁴¹² Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso de agravio constitucional interpuesto por Express Cars S.C.R.L. contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 365, su fecha 26 de abril de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos. EXP. 06089-2006-PA/TC, 17 de abril del 2007, fundamento 45,2.

⁴¹³ AVELLANEDA ROJAS, Julio. Ob. cit., p.7.

Es decir, se busca establecer si hay una relación razonable entre la medida y el fin que se busca alcanzar a través de un balance entre costos y beneficios (EXP. 08943-2006-PA/TC ⁴¹⁴ y EXP. 04466-2007-PA/TC⁴¹⁵).

Para esto se debe usar la *ley de la ponderación* conforme a la cual, cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la medida. ⁴¹⁶

La formulación de lo señalado anteriormente se resume en esta frase: “*cuanto mayor es la intensidad de la intervención de (..) , tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*”⁴¹⁷. Es decir, a mayor intensidad en la afectación del derecho corresponde un mayor grado de satisfacción del fin propuesto.

En consecuencia, se debe realizar un contraste entre dos intensidades, por un lado el grado de afectación del derecho fundamental y el grado que se encuentra en la satisfacción o realización del fin de la medida legislativa que se logra en los bienes u objetivos constitucionales que persigue la intervención por parte del legislador. ⁴¹⁸

⁴¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Procesadora de Productos Marinos S.A. contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 145, su fecha 12 de setiembre de 2006, que declara infundada la demanda de autos, EXP. N.º 08943-2006-PA/TC, 9 de noviembre del 2007, fundamento 6.

⁴¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transporte y Servicios Amauta S.A.C. contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 115, su fecha 13 de junio de 2007, que declara infundada la demanda de autos, EXP. N.º 04466-2007-PA/TC, 18 de marzo del 2009, fundamento 13.

⁴¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso Extraordinario interpuesto por César Augusto Becerra Leiva contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 111, su fecha 21 de noviembre de 2007 que, confirmando la apelada declaró infundada la demanda de amparo de autos, EXP. 00579-2008-PA/TC, 5 de junio del 2008, fundamento 30.

⁴¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas N.º 212-2005 y N.º 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada *Calle de las Pizzas*. EXP. N.º 007-2006-PI/TC, 22 de junio del 2007, fundamento 42. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>,

⁴¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso de agravio constitucional interpuesto por Express Cars S.C.R.L. contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 365, su fecha 26 de abril de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos. EXP. 06089-2006-PA/TC, 17 de abril del 2007, fundamento 45,2.

De esta comparación por lo menos el grado de realización debe ser equivalente al grado de afectación, es decir no puede ser mayor el grado de afectación de ninguna manera.

Las intensidades se pueden clasificar como: grave (elevado), medio o leve (débil). Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización o satisfacción del fin constitucional de la restricción. (EXP. 00579-2008-PA/TC fundamento 31, EXP. 0045-2005-PI/TC, fundamento 35 y EXP. 0007-2006-PI/TC, fundamento 44).

Como ejemplo tenemos al caso de las empresas azucareras en donde la postergación en el tiempo de la ejecución de una sentencia firme, puede ser considerada como una intervención de intensidad leve. Esto sucede en tanto si bien se trataba de una suspensión temporal de ejecución de una sentencia, dicha medida restrictiva no eliminaba el derecho que tenían los acreedores de las empresas agrarias azucareras que habían recurrido a la vía judicial a fin de hacer efectivo su derecho de crédito y obtuvieron un pronunciamiento favorable. Además, dicha suspensión se encontraba próxima a quedar sin efecto y la referida ley tampoco ha dejado sin efecto la inscripción registral de las medidas cautelares anteriores a la restricción.⁴¹⁹

Lo que acabamos de revisar es el grado de afectación del derecho calificado como leve y por otro lado también se tiene que analizar el grado de realización o satisfacción del objetivo propuesto por el legislador el cual era lograr el desarrollo, reactivación y

⁴¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso Extraordinario interpuesto por César Augusto Becerra Leiva contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 111, su fecha 21 de noviembre de 2007 que, confirmando la apelada declaró infundada la demanda de amparo de autos, EXP. 00579-2008-PA/TC, 5 de junio del 2008, fundamento 32.

saneamiento económico y financiero de las empresas agrarias azucareras, así como la promoción del empleo y la disminución de la pobreza.

En consecuencia, el grado de realización del objetivo resulta ser elevado, en la medida que sin dicha medida el objetivo constitucional no sería posible de realizar, ya que una empresa con bienes próximos a ser ejecutados difícilmente podría conseguir las alianzas económicas necesarias para su reactivación. De esta forma, se demuestra que con una *leve* intervención en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, se logra por otro lado un grado de satisfacción *elevado* a favor de los derechos y fines constitucionales que buscaba proteger la medida.⁴²⁰

Finalmente en dicha sentencia se concluye lo siguiente:⁴²¹

34. Cuando es posible establecer de manera racional que una medida de restricción de baja o leve intensidad logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley) ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima desde la perspectiva constitucional.

En la sentencia sobre la reforma, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado en el mismo sentido que el principio de proporcionalidad consiste en determinar si la realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador con su medida restrictiva de derechos.

Sin embargo, más adelante el Tribunal Constitucional concluye que la reforma también cumple con este principio y lo expresa de esta manera.⁴²²

⁴²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso Extraordinario interpuesto por César Augusto Becerra Leiva contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 111, su fecha 21 de noviembre de 2007 que, confirmando la apelada declaró infundada la demanda de amparo de autos, EXP. 00579-2008-PA/TC, 5 de junio del 2008, fundamento 33.

⁴²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso Extraordinario interpuesto por César Augusto Becerra Leiva contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 111, su fecha 21 de noviembre de 2007 que, confirmando la apelada declaró infundada la demanda de amparo de autos. EXP. N° 00579-2008-PA/TC, 5 de junio del 2008, fundamento 34.

⁴²² Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005, fundamento 113.

Por lo demás, este Colegiado estima que la intervención, en el caso concreto, del derecho fundamental a la pensión, es legítima constitucionalmente, en la medida que el grado de realización del objetivo de la injerencia- justicia e igualdad pensionaria- es proporcional al grado de afectación del derecho; asimismo, porque no lo vacía de contenido ni tampoco desprotege a quienes gozan de él.

Además, en el mismo sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe N° 38 sobre este mismo caso en donde concluye que el Estado Peruano ha respetado el principio de proporcionalidad y por ende ha aprobado el test realizado respecto al derecho de propiedad como derecho en cuestión.

De esta forma lo que hace la CIDH en este paso es analizar si la medida restrictiva es proporcional al fin buscado o si a través de la misma se afectó la esencia del derecho a la pensión. Para ello, si bien reconoce que el impacto de la reforma no ha sido igual para todos los pensionistas, puesto que se disminuyó el monto de las pensiones hasta 2 UIT, considera que dicho impacto se deduce de un análisis abstracto más no de datos concretos. Sobre este punto ha dicho que los demandantes no han aportado datos objetivos tales como los porcentajes de reducción de pensiones o los montos dejados de percibir tras la reforma.⁴²³

Finalmente, la CIDH concluye que no se ha afectado el aspecto sustancial del derecho a recibir una pensión y que no existe una contradicción con los aportes que hubieran realizado estos pensionistas ya que para percibir una pensión nivelada no resulta suficiente el porcentaje aportado por el pensionista. En consecuencia, considera que la restricción impuesta específicamente al derecho de propiedad es proporcional al fin y no afecta su contenido esencial.

Sobre este punto tampoco coincidimos con el TC ni con la CIDH puesto que parten de la premisa que no se afecta el contenido esencial del derecho a la pensión ni del derecho de propiedad, respectivamente. Sin embargo, tal como lo hemos afirmado en capítulos anteriores no sólo se está afectando el contenido esencial del derecho a la

⁴²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit., fundamentos 122 y 123.

pensión nivelable y el derecho de propiedad configurándose así una expropiación sino también se afecta la seguridad jurídica y el principio de irretroactividad de la norma.

Por otro lado, la CIDH ha indicado que los demandantes no han ofrecido datos objetivos sobre la disminución de las pensiones pero es evidente el grado de afectación incluso sin tener cantidades exactas. Asimismo, también ha hecho referencia al hecho de que los aportes no financiaban en monto que percibían la pensión nivelada, pero sobre este aspecto debemos tener en cuenta que fue el mismo Estado el que dispuso el porcentaje de aporte y los actuales pensionistas lo que hicieron en su momento fue realizar la respectiva contribución tal como lo establecía la ley. Además, si bien no alcanzaba con el sólo aporte del pensionista no era responsabilidad exclusiva de él sino compartida con el Estado quien debía cumplir con su parte del aporte y velar por la intangibilidad del fondo de pensiones.

Por ende, la afectación resulta ser sustancial y si bien en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano el análisis de proporcionalidad resulta ser una comparación entre el grado de afectación versus el grado de realización del fin, en la sentencia de la reforma no se ha realizado de forma detallada este análisis y se ha limitado a concluir que el medio fue proporcional porque no se ha afectado el contenido esencial del derecho a la pensión.

Si bien el informe de la CIDH es definitivo también cabe mencionar la opinión emitida por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) sobre este punto en donde realiza el test únicamente en función al derecho de propiedad. Entonces en un primer momento hace referencia al criterio usado por la Corte Europea sobre la proporcionalidad y explica que esta consiste en establecer un equilibrio entre las demandas del interés general de la sociedad y la protección de los derechos individuales. De esta forma, siguiendo este criterio la CIJ ha determinado que no se cumple con este equilibrio puesto que las personas afectadas han tenido que soportar una "carga individual y

excesiva” y por ende no existe una razonable relación de proporcionalidad entre medios usados y fin a realizar.⁴²⁴

Si se aplica tal fórmula a la situación examinada, la necesidad de la medida aparece como altamente cuestionable, dado el excesivo sacrificio requerido a los peticionarios, sin tomarse en absoluto en cuenta los requerimientos de protección de sus derechos fundamentales.

Consideramos acertada la opinión emitida por la CIJ y el criterio de la Corte Europea porque una medida no puede ser calificada de proporcional cuando impone sobre el grupo afectado una carga excesiva afectando sus derechos tal como lo hemos explicado en los capítulos anteriores.

Asimismo, procederemos a realizar el análisis de proporcionalidad a la luz de lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ante todo se debe determinar cuál es el grado de afectación del derecho así como el grado de realización del fin y realizar una comparación entre ambos.

a) Grado de afectación:

Tal como lo señala la Comisión Internacional de Juristas la medida ha tenido un grado de afectación muy fuerte teniendo en cuenta las siguientes razones con las cuales coincidimos:⁴²⁵

-Existe una reducción sustancial en el monto de la pensión tanto por la aplicación de topes y la eliminación de la nivelación afectando el derecho de propiedad de los pensionistas porque incide en su poder adquisitivo.

- Supone una modificación unilateral por parte del Estado ya que el pensionista se adhirió a los términos establecidos por el mismo Estado y una vez cumplidos los requisitos éste los modifica vulnerando el principio de buena fe, previsibilidad y seguridad jurídica.

⁴²⁴ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Ob. cit., fundamento 65.

⁴²⁵ Ibíd., fundamentos 69 y 70.

- Una vez cumplidas las condiciones, el derecho se incorporaba a la esfera jurídica personal del pensionista en su calidad de adquirido sin embargo posteriormente se desconoce este derecho mediante la modificación del método de aplicación de normas en el tiempo que debía aplicarse a futuro vulnerando así los derechos adquiridos y el principio de irretroactividad de la norma.
- Implica una violación a la prohibición de regresividad de los derechos fundamentales, en específico del derecho a la seguridad social porque se trata de una medida regresiva respecto al derecho a la pensión y el Estado no ha cumplido con la carga de justificar la dicha medida regresiva..

En cuanto a derechos podemos concluir que se viola el derecho propiedad y a la pensión nivelable, si bien ningún derecho es ilimitado y se pueden establecer restricciones éstas no deben vaciar de contenido al derecho y deben respetar las condiciones establecidas por ley.

Respecto al derecho de propiedad se configura una restricción excesiva puesto que no cumple con los requisitos legales y por ende es una expropiación, además que se reduce sustancialmente el monto de la pensión. En cuanto a la pensión nivelable, ésta constituye un derecho adquirido del pensionista que cumplió con los requisitos para acceder a ella, sin embargo ahora se pretende desconocer.

Por otro lado también se incide sobre el principio de seguridad jurídica y la irretroactividad de la norma, en cuyos casos no se constituyen como restricciones a derechos sino violaciones a principios inherentes a un Estado Social de Derecho. En consecuencia, podemos ver que el grado de afectación es muy elevado o grave.

b) Grado de realización del fin:

El fin inmediato de la medida es lograr el tan ansiado ahorro presupuestal que permita sanear las finanzas, arreglar el desequilibrio presupuestal y lograr la redistribución mediante el aumento del monto de las pensiones de los que perciben menos mediante

la disminución de las pensiones de aquellos que perciben más. Según el Estado Peruano todo esto va orientado a lograr como fines últimos la justicia, igualdad y solidaridad.

Como ya vimos en el primer paso la medida es adecuada respecto al fin pero en este paso debemos determinar el grado de realización del fin. Para ello podemos ver que si bien se quiere mejorar la situación de los perciben menos no es la mejor medida ya que si bien el fin inmediato es el ahorro, no es una finalidad que de por sí justifique cualquier medida ya que se trata de un tema económico.

Si vamos más allá y lo que se busca es la justicia, igualdad y solidaridad, no podemos decir que la medida fomenta estos valores.

Respecto a la justicia podemos decir que si bien para el grupo de pensionistas que ve aumentada su pensión sienten que es justo que se haga una redistribución de este tipo, no sucede lo mismo con el grupo afectado. Sin embargo, al momento de eliminar los derechos adquiridos se hace respecto a aquellos pertenecientes tanto al Decreto Ley 19990 y 20530 incluso sin distinguir los montos pensionarios que perciben. Al final se perjudica a todos los pensionistas porque están sacrificando sus derechos adquiridos para obtener un aumento a corto plazo en sus pensiones sin darse cuenta que a la larga se van a congelar sus pensiones y no se percatan de lo importante que son los derechos adquiridos así como el respeto de los demás derechos y principios ya mencionados.

Por otro lado, nos debemos preguntar si resulta justa una medida que afecta a un grupo minoritario de pensionistas que cumplieron con las condiciones legales establecidas por el Estado para obtener una pensión en un específico régimen pensionario con determinadas características y ahora que el Estado se ha percatado que “no le sale a cuenta” decide recortar su pensión cambiando la forma de cálculo y aplicarlo a quienes ya adquirieron el derecho en el pasado y que con todo derecho se habían forjado una expectativa de vida de acuerdo a su proyección de ingresos .

Ciertamente no parece justo imponer sobre este grupo pensionario esta pesada carga cuando en realidad el culpable de esta crisis presupuestal en el ámbito pensionario es el mismo Estado quién no realizó estudios serios sobre el financiamiento del sistema, no realizó sus aportes y no veló por la intangibilidad de los fondos de pensiones destinándolos a otros fines menos al sistema de seguridad social.

Respecto a la solidaridad no podemos usarlo como argumento para afectar los derechos adquiridos de los pensionistas bajo un argumento económico que el Estado debe buscar solucionar de otra forma. Ello nos llevaría a defender medidas tales como despojar los bienes a los que tienen más para dárselos a los que no tienen, que si bien persigue un fin de interés social y equidad, el medio usado no es válido porque afecta derechos fundamentales.

Además, si lo que se busca es solucionar el problema del desfinanciamiento del sistema, ¿acaso esta medida nos asegura que el Estado en un futuro no va a incurrir nuevamente en su actitud irresponsable?. La solución no es adoptar una medida que pueda lograr un ahorro y redistribución actual a costa de violar derechos y principios fundamentales de un Estado Social de Derecho sin tener una visión a largo plazo.

De esta forma, el grado de realización del fin se puede catalogar como mediano ya que la medida no logra cubrir satisfactoriamente los fines propuestos.

En consecuencia, podemos ver que el grado de afectación es mucho más alto que el grado de realización del fin, además que ya establecimos que la medida no era la menos gravosa por ende no pasa satisfactoriamente el test de razonabilidad o proporcionalidad.

Carlos Blancas cita la opinión de Javier Neves Mujica expresada en el “Informe sobre los Sistemas Públicos de Pensiones: Los derechos adquiridos, la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral” presentado a la Defensoría del Pueblo:⁴²⁶

Nos parece que las afectaciones que tras una reforma constitucional de este tipo, se impusieran a las pensiones existentes, que encontramos en principio justificadas, tendrían que sujetarse a los valores de razonabilidad y proporcionalidad que operan como límites a cualquier restricción sobre los derechos fundamentales de la persona. De otro modo, aún con la Constitución modificada, nuestro Tribunal Constitucional podría- y debería- calificarlas de inválidas, por lesionar el derecho a la seguridad social y el de propiedad. En todo caso, no dudamos que, de llegar una reclamación frente a una vulneración como la mencionada, a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declararía fundada.

En conclusión, en el caso materia de análisis se debe analizar si el beneficio obtenido con la medida es proporcional con el grado de afectación del derecho fundamental.

Debemos tener presente las razones del desfinanciamiento del sistema de pensiones, que según el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 85, son las siguientes:⁴²⁷

- a) Los recursos destinados a financiar el Decreto Ley 19990 fueron utilizados por sucesivos gobiernos para fines distintos al de la seguridad social.
- b) Se realizó una radical modificación del diseño inicial del Decreto Ley 20530 mediante su reapertura constante con masivas incorporaciones a pesar de ser un régimen cerrado.
- c) Para ambos sistemas, el Estado es el principal responsable ya que se apropió indebidamente de los fondos, no pagó las contribuciones de los trabajadores, no fiscalizó eficazmente las obligaciones de los empleadores y realizó una pésima gestión administrativa y financiera del sistema.

Sin embargo, no es justo que por ineficiencia de la administración del Estado de los fondos de pensiones, la carga recaiga sobre una cantidad minoritaria de pensionistas para financiar todo el sistema cuando ello es responsabilidad del Estado. Además imponer el tope de 2 UIT de forma tajante para todos afecta el nivel de vida que los

⁴²⁶ Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005, p.62.

⁴²⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ob. cit., pp. 30 y 56.

pensionistas tenían puesto que de acuerdo con el ingreso que uno percibe ya presupuesta sus gastos y tiene un nivel de vida que no puede ser afectado de esa manera a pesar de ser paulatinamente. Hay que tener en cuenta que estos pensionistas cumplieron con las condiciones legales para adquirir su derecho a la pensión bajo determinadas condiciones y que ahora ven desconocidos gracias a la reforma.

Incluso la misma Defensoría del Pueblo también reconoce que si se opta por una medida que recorte las ventajas actuales, ésta no debe ser desproporcionada ni excesiva sobre el derecho de los pensionistas.⁴²⁸

En todo caso, la eventual incidencia de las nuevas condiciones en que se otorgue y mantenga una pensión, con disminución de las ventajas actuales, no podría imponer cargas excesivas o desproporcionadas que desnaturalicen el derecho de los pensionistas. De producirse transgresiones de esa naturaleza, los organismos jurisdiccionales tendrían que restituir los derechos vulnerados.

⁴²⁸ Ibíd., p. 57.

CONCLUSIONES

1. Durante la historia del Perú, incluso desde los antecedentes más remotos, podemos ver que ha existido una preocupación por la seguridad social. Por ello, se han dictado normas destinadas a proveer una pensión que pueda cubrir las contingencias, tales como alcanzar una edad avanzada en la cual ya no se trabaje. Así, tenemos como principal antecedente a la Ley de Goces de 1850, ley de jubilación, cesantía y montepío destinada para los empleados públicos, la cual implicaba un régimen cerrado porque sólo incluía a aquellos servidores públicos que habían ingresado a laborar hasta antes del 11 de julio de 1962.
2. Es el 26 de febrero de 1974 cuando se promulga el Decreto Ley 20530, conocido como el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990, destinado para todos los servidores del Sector Público Nacional con excepción del grupo ya mencionado. Los rasgos más importantes de este régimen son su carácter cerrado y la Cédula Viva o nivelación con las remuneraciones de los servidores en actividad, siendo este último beneficio sólo para aquellos que cumplían con 20 años de servicios (Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979).
3. Luego, empezaron a introducirse distintas modificaciones al sistema del Decreto Ley 20530 mediante diversas normas y pronunciamientos jurisprudenciales que otorgaban beneficios y facilidades para la incorporación de más personas a dicho régimen. Es así que, a partir de esta situación se procedieron a efectuar las desincorporaciones de aquellos que ingresaron contraviniendo el art. 14 del Decreto Ley 20530 (Decreto Legislativo 763). Sin embargo, ello generó que los pensionistas reclamaran judicialmente y se dictaminó que no podían realizarse de forma unilateral las desincorporaciones y que debían efectuarse en sede judicial mediante la acción de nulidad.

4. Tras una serie de normas y modificaciones, finalmente se llegó a la crisis presupuestal: el Estado no cumplió con su parte de la contribución, no veló por la intangibilidad del fondo de pensiones destinándolo a otros fines distintos a los de la seguridad social y debido a las incorporaciones indebidas que se dieron en el transcurso del tiempo. Para solucionar esto se decidió efectuar la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como los artículos 11 y 103 de la Constitución, la cual se aprobó mediante la Ley 28389 (publicada 17 de noviembre del 2004) y la Ley 28449 (publicada 30 de diciembre del 2004).

Los principales efectos de la reforma son la modificación de la teoría de los derechos adquiridos por la de los hechos cumplidos. Asimismo, se elimina la pensión nivelable y se imponen topes, aplicándolo incluso a aquellos que ya habían adquirido su derecho a la pensión nivelable en el pasado.

5. Los pensionistas formularon demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sin embargo fueron declaradas infundadas (sentencia publicada el 12 de junio del 2005). En la sentencia, el Tribunal señaló que la reforma se había llevado a cabo respetando el procedimiento establecido por la Constitución y que no se había afectado ningún derecho. El 26 de setiembre del 2005 el caso fue llevado hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con la finalidad que lo vea la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, el 1ro de mayo del 2006, la Comisión acumuló las peticiones bajo un mismo expediente 957-05 y el 3 de octubre del 2008 decidió diferir el análisis de admisibilidad a la etapa de fondo del asunto. De esta forma, ambas partes presentaron sus observaciones y finalmente mediante el Informe N° 38-2009 (27 de marzo del 2009), la CIDH concluyó que el pedido es INADMISIBLE respecto a los derechos reconocidos en los art. 4 (derecho a la vida), 10 (indemnización), 17 (derecho a la familia) y 24 (igualdad ante la ley).

6. Precisamente para determinar si la reforma ha sido llevada a cabo observando los principios y fundamentos que sustentan al Estado Peruano, hemos revisado las características de un Estado de Derecho y así hemos identificado al Estado Peruano con ellas.
7. El Estado de Derecho nació con el pensamiento liberalista, el cual surgió como reacción al absolutismo (monarquía), en donde el poder emanaba de un solo gobernante. De esta forma, con el liberalismo se resaltaba el respeto a la Constitución y la ley; el principio de separación de poderes; la afirmación de la libertad; el reconocimiento de derechos fundamentales y libertades del individuo; seguridad jurídica; y representación popular, todo esto para evitar que se ejerza el poder estatal de forma ilimitada.
8. Después del Estado de Derecho surge el Estado Social de Derecho que comparte los mismos fundamentos que el anterior, sin embargo ya no considera al Estado y la sociedad como realidades independientes, sino todo lo contrario, como dos realidades que interactúan. Así el Estado adopta una posición más activa e intervencionista porque surge una mayor preocupación por el hombre y por sus problemas sociales.
9. Con el Estado Social de Derecho se reconocen recién los derechos sociales, debido a la necesidad de defender derechos que aseguren una mejor calidad de vida (seguridad económica y justicia social). Sin embargo, para que se efectivicen es necesaria una actitud positiva por parte del Estado con medidas adecuadas y para ello requiere recursos económicos que debe procurar generar.
10. El Estado Peruano se identifica según la Constitución de 1993 como un Estado Social y Democrático de Derecho, cuya fuente de poder radica en el pueblo y en donde el Estado busca el bienestar general de la población mediante la justicia y desarrollo. Así pues, nuestro Estado cumple con todas las características de un

Estado de Derecho y por ende la reforma debe respetar los parámetros impuestos por el mismo, tales como:

- La primacía del respeto a la Constitución y las leyes para evitar el uso ilimitado del poder.
 - Existe una jerarquía normativa (art. 200 de la Constitución).
 - Reconocimiento al principio implícito de seguridad jurídica y la irretroactividad de la norma
 - Separación de poderes (art. 43, 90, 110 y 138 de la Constitución).
 - Sistema de representación popular mediante el sufragio libre. (art. 176 de la Constitución).
 - Respeto a los derechos fundamentales, tanto individuales como sociales (art. 3 de la Constitución).
11. Nuestra Carta Magna en los artículos 206 y 32 contempla la facultad de reforma de la Constitución la cual puede ser parcial o total. Dicha facultad es extraordinaria y limitada, por ello es preciso que se respete la identidad y esencia de la Constitución para así mantener la unidad, coherencia y seguridad.
12. En nuestro caso se trata de una reforma parcial ya que se modifican algunos artículos, sin embargo si bien no es total por ello no deja de ser importante y debe analizarse si se respetan los límites formales y materiales de toda reforma. Dentro de los límites formales, tenemos a aquellos relacionados con el procedimiento de reforma y el Tribunal Constitucional señaló que sí se han respetado los mismos, opinión con la que coincidimos. De esta forma, se ha cumplido con lo siguiente:
- Se siguió con el procedimiento establecido para la aprobación de una reforma parcial con la aprobación en 2 legislaturas ordinarias sucesivas del Congreso (art. 206 de la Constitución).

- Es válida la firma del Vicepresidente en la ley en ausencia del Presidente (art. 110 y 115 de la Constitución).
 - Se tomó en cuenta la opinión de los sectores involucrados, incluso no era necesaria si fue aprobada la reforma en 2 legislaturas.
13. Por otro lado, tenemos a los límites materiales que se identifican con el contenido fundamental de la Constitución. El TC lo ha definido como aquellos valores materiales y principios fundamentales que le dan identidad a la Constitución y conforman su esencia. El TC ha determinado que la reforma observa estos límites, sin embargo consideramos que se están vulnerando derechos y garantías fundamentales que sustentan todo Estado de Derecho. En lugar de mejorar el derecho a la seguridad social, se eliminaron los derechos adquiridos y la nivelación, se establecieron topes y se redujo el monto de las pensiones.
14. El Tribunal Constitucional ha considerado que se ha respetado el principio de seguridad jurídica en la reforma, ya que la misma no implica permanencia estática, sino una continua adaptación a los cambios sociales. Una forma de adaptarse a los cambios, según el TC, es realizar la aplicación inmediata de las normas previsionales. Es un principio implícito del derecho referido a la predecibilidad razonable de la actitud del Estado frente al administrado. Sin embargo, consideramos que no se ha observado este principio porque el pensionista mantenía una confianza y una expectativa fundada de que se iban a respetar los términos y condiciones en el que adquirió su derecho a la pensión, pero se eliminaron los derechos adquiridos, se impuso topes y se cambió la base de cálculo, de una objetiva (nivelación) a una subjetiva y discrecional (sostenibilidad financiera). Debemos tener en cuenta que estas personas obtuvieron legalmente su derecho a la pensión nivelable cumpliendo con los requisitos y no es justo que ahora se les prive del mismo de forma unilateral.

15. Si se busca lograr ahorro para solucionar la crisis presupuestal, este no se alcanza a costa del sacrificio de las expectativas legítimas de los pensionistas, sino con eficiencia, honradez y una correcta distribución y uso de los recursos. Se cambian las reglas de juego de forma abrupta y el desconocimiento de derechos y principios de un Estado de Derecho contradice la vocación de estabilidad, ya que no existe seguridad jurídica cuando el Estado se compromete a algo y luego no lo cumple en los términos pactados frustrando así las expectativas fundadas del pensionista. No sólo eso, sino que se genera una falta de confianza entre todos los ciudadanos que válidamente pueden pensar que así como se ha desconocido los derechos de los pensionistas, de la misma forma se pueden afectar los derechos de otros grupos.
16. Otra característica del Estado Social de Derecho es el respeto a los derechos fundamentales y entre estos tenemos al derecho a la seguridad social con reconocimiento tanto nacional como internacional. Nuestra Constitución lo reconoce en su artículo 10 como un derecho universal y progresivo cuyo fin es cubrir las contingencias sociales de acaecimiento individual tales como enfermedad, accidente, desempleo, vejez, etc, para así mejorar la calidad de vida. El TC lo define como una garantía institucional ya que es el soporte del derecho a la pensión y se constituye como el supuesto de hecho al cual acompaña una presunción de necesidad (EXP. 050-2004-AI/TC, fundamento 54 y EXP. 1417-2005-AI/TC, fundamento, 29). En este caso nos ocupa el tema de la vejez ya que impide a una persona trabajar al llegar a una edad avanzada, y lamentablemente la reforma ha eliminado derechos adquiridos y así ha recortado las pensiones empeorando la situación de los pensionistas del Decreto Ley 20530 y congelando las pensiones de ambos sistemas, incluyendo a los del Decreto Ley 19990.

17. Debemos resaltar la importancia del derecho a la seguridad social y no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social tal como lo señala el TC en el fundamento 41 de la sentencia sobre la reforma. Debemos tener en cuenta que como derecho social es de carácter programático y requiere que el Estado realice acciones para que pueda concretarse. Por ello, será una inversión social cuya retribución será otorgar una vida tranquila y digna a las personas de la tercera edad, que junto con sus años de aporte, puedan obtener una pensión. Sin embargo, el TC lo hace ver como un gasto innecesario ya que lo que busca con la reforma es el ahorro presupuestal y destinarlo a sectores prioritarios, como si la seguridad social no lo fuera. Es preciso cambiar ese enfoque para así darle la importancia debida a la seguridad social como derecho fundamental y como una inversión social, tratando de mejorar las condiciones de todos los pensionistas.
18. La Defensoría del Pueblo en su Informe N° 85 ha señalado como una de las causas principales del desfinanciamiento a la indebida disposición de los fondos pensionarios por parte del Estado para fines ajenos y en una gran cuantía. Por ello, vemos que el Estado ha sido el principal responsable puesto que no respetó la intangibilidad de los fondos pensionarios y no realizó una administración eficiente de los fondos. Debería corregirse esta situación y no buscar una solución en la que los principales perjudicados sean los mismos pensionistas.
19. El derecho a la pensión es una manifestación del derecho a la seguridad social, que como derecho social se configura como una prestación social básica que goza de jerarquía constitucional e implica la obligación de proporcionar el pago de por vida de una suma dineraria que reemplazará a las rentas percibidas por el asegurado cuando se presente la contingencia. Existen 5 principios que sustentan el derecho a la pensión: la dignidad humana, igualdad, solidaridad, progresividad y equilibrio presupuestal.

20. El TC ha considerado a la nivelación como parte del contenido no esencial del derecho a la pensión pero debemos tener en cuenta que existe un derecho específico y fundamental como el derecho a la pensión nivelable. Este derecho se adquirirá siempre que se cumpla con el supuesto de hecho de la norma (20 años de aportación), entonces será recién a partir de ese momento que nacerá el derecho a la pensión nivelable. Comparte todos los fundamentos del derecho a la pensión y además posee la característica de la nivelación. Dentro de los principios que lo sustentan tenemos a:
- Igualdad: a iguales situaciones, iguales prestaciones, por ello para todos los que cumplan con el presupuesto de hecho (20 años) todos recibirán una pensión nivelable.
 - Solidaridad: los aportantes siguen contribuyendo con las pensiones de los actuales pensionistas.
 - Progresividad: la pensión nivelable permite obtener una pensión actualizada y reajustada constantemente a los cambios.
 - Equilibrio presupuestal: Se tiene en cuenta el presupuesto del Estado pero ello no debe ser obstáculo para generar mayores recursos.
21. El contenido esencial es aquella parte del derecho que lo caracteriza y que no puede ser modificada sino se desnaturalizaría el mismo. Es una forma de protección al ciudadano para evitar modificaciones arbitrarias al derecho que lo vacíen de contenido y cuenta como antecedente más antiguo a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, aunque hoy es un límite implícito en nuestra legislación. Existen tres teorías para determinar este contenido: relativa, absoluta e institucional, pero nuestro Tribunal Constitucional las ha usado de forma indistinta en el tiempo. La última adoptada es la teoría relativa porque considera que la determinación del contenido esencial no puede realizarse *a priori* (EXP. 050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 104).

22. El TC ha establecido que el contenido esencial del derecho está conformado por el derecho de:

- Acceso a la pensión: referido a la posibilidad de ingresar a un régimen previsional sin que se genere el derecho a la pensión lo cual sucederá cuando se cumplan los requisitos.
- No ser privado arbitrariamente de una pensión: como garantía preexistente sobre el cobro de la pensión.
- Pensión mínima vital: sirve para garantizar las necesidades básicas.

Si bien el TC es el encargado de establecer este contenido, debe hacerlo con sumo cuidado porque este delimitará aquel ámbito inmodificable del derecho, además el contenido esencial dependerá de las circunstancias y no puede establecerse predeterminadamente. Por ello esta delimitación no debería ser tan drástica y debe analizarse cada situación en particular.

23. El derecho a la pensión nivelable nacerá cuando se cumplan los requisitos, 20 años de aportación, y desde ese momento se adquirirá no sólo un derecho a una pensión sino una pensión nivelable y sin topes. Por ello, al ser un derecho que no corresponde a todos los pensionistas, no forma parte del contenido esencial del derecho a la pensión de todos, sino sólo de aquellos que cumplieron con las condiciones. Por lo tanto, estas características fundamentales conforman el contenido esencial del derecho a la pensión de ese pensionista. Con mayor razón, si se consideraban como derechos adquiridos y se hallaban amparados bajo la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 incluso también en la de 1979. Además, debemos tener en cuenta que se trata de un beneficio ya adquirido y por ende ya se agotaron sus efectos por ello no cabe realizar modificaciones.

24. Otro de los derechos fundamentales en cuestión es el derecho de propiedad, reconocido en nuestra Constitución en los artículos 70 y 2 inciso 16. Es el poder jurídico que se ejerce sobre un bien y que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar el mismo. (EXP. 050-2004-AI/TC, fundamento 96). Precisamente, la pensión es un bien mueble según el artículo 886 inciso 8 del Código Civil y se ejerce sobre el mismo un derecho de propiedad.

Si bien, en la sentencia sobre la reforma si bien el TC señala que la pensión no es sinónimo de propiedad, ello no obsta para considerar que se está violando el derecho de propiedad porque repercute en los efectos patrimoniales del derecho a la pensión que sí forman parte del derecho de propiedad de los pensionistas (Caso Cinco Pensionistas, fund. 103 y EXP. 001-2004-AI/TC, fund. 13).

25. Se ha afectado el derecho de propiedad porque las pensiones han sufrido un recorte de forma abrupta repercutiendo en el ingreso que perciben los pensionistas. Tenemos los siguientes aspectos:

- Aplicación de topes y reducción del monto: La Ley 28449 sobre las nuevas reglas de la reforma (art. 3) ha establecido que aquellos que perciban pensiones más de 2 UIT se les reducirá hasta dicho monto. Por otro lado, la Ley sobre la reforma 28389 (art. 3) ha impuesto una reducción a las pensiones mayores a 1 UIT. Ello genera la incertidumbre que en el futuro salga otra ley que disponga que el tope ya no sea 2 UIT sino 1 o incluso se puede modificar la ley en un futuro para así disminuirlo más.
- Prohibición de nivelación: La Ley 28389 (art. 3) y la Ley 28449 (art. 4) señalan que no se podrá realizar la nivelación de las pensiones con las remuneraciones. Se afecta el derecho de propiedad al cambiar la nivelación por la capacidad financiera del Estado sujeto a un reajuste. Es más, el reajuste anual sólo se realizará a los mayores de 65 años que perciban pensiones menores a 2 UIT sin indicar la cantidad a reajustar sino que lo

somete a las variaciones del costo de vida. En el caso de los menores de 65 años, se establece un reajuste pero no se indica un tiempo preciso sino sólo se señala que será periódico y sujeto a las posibilidades del Estado.

26. La Comisión Internacional de Juristas en el *Amicus Curiae* presentado ante la CIDH concluye que existe vulneración al derecho de propiedad teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque la pensión era un derecho adquirido y se incorporó al patrimonio de los pensionistas. Sin embargo, se realizó una modificación arbitraria al monto de las pensiones con una reducción que afectó la sustancia del derecho de propiedad.
27. La reforma se ha configurado como una medida confiscatoria, ya que se trata de una expropiación que no cumple con los requisitos legales. Se define a la expropiación como aquella acción por parte del Estado en donde se compromete seriamente la titularidad del bien, no restringiéndose solamente a las expropiaciones físicas. Por ello, se trata de una expropiación porque se da una disminución sustancial del monto de la pensión ya que el parámetro no es un porcentaje sino un tope tajante que se aplica a todos sin tener en cuenta el grado de reducción. Además, el hecho de afectar una parte del monto de la pensión y no privarlo de la totalidad no implica que deje de ser una medida expropiatoria.
28. Para ser una expropiación legal se necesita cumplir con los requisitos, sin embargo no se han cumplido, por ello es una medida confiscatoria. Así tenemos a los establecidos por el art. 21 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 70 de la Constitución de 1993:
- Existan razones que lo ameriten: nuestra Constitución exige una razón de seguridad social o interés público, este último relacionado con el beneficio a toda una comunidad. Por ello, este interés público no existe en la reforma ya

que el grupo beneficiado de alguna forma serían aquellos pensionistas con pensiones menores a 2 UIT. Por otro lado, a Convención exige que existan razones de utilidad pública o interés social, es decir debe existir un interés público imperativo sin que sea suficiente demostrar que hay una finalidad positiva sino tiene que ser un interés sumamente necesario que no se justifica con la incapacidad financiera del Estado.

- Pago de una indemnización justa: Ambas normas establecen el pago de una indemnización puesto que cuando el Estado obliga a un individuo en contra de su voluntad, a transferirle su propiedad a otro, es un negocio desigual porque una de las partes pierde. Así, para compensar esto se otorga una indemnización que será pagada con los tributos ya que la carga es compartida por toda la sociedad. Sin embargo, no se otorgó indemnización alguna a los pensionistas del D. Ley 20530.
- Según lo indique la ley: la medida expropiatoria está sujeta a una reserva de ley absoluta por ello debe estar contemplada en una norma con rango legal. Este requisito es el único que se cumple con la reforma.

29. Otro principio inherente al Estado Social de Derecho es la irretroactividad de la norma. El TC ha considerado que era necesaria hacer la reforma para instaurar la teoría de los hechos cumplidos en materia previsional y realizar la aplicación inmediata, porque de esa forma se elimina el “obstáculo” legal que impide lograr la igualdad y “justicia social”. Sin embargo, dicha afirmación no toma en cuenta que se afecta el principio al que hacemos referencia entre otros.

30. La teoría de los hechos cumplidos implica que la norma se aplica a los hechos que ocurran bajo su vigencia, es decir es una aplicación inmediata a los nuevos efectos, y con ello se prioriza la innovación normativa. Tenemos al artículo 103 de la Constitución cuyo tenor antes de la reforma era algo dudoso pero podía desprenderse que reconocía la aplicación inmediata de la norma, concordándolo

con el art. III del TP del Código Civil, junto con los art.62 y 1ra DFT de la Constitución que establecían excepcionalmente la teoría opuesta (derechos adquiridos) para materia contractual y previsional. Sin embargo, con la reforma se indica expresamente que la regla general es la teoría de los hechos cumplidos y se le otorga rango constitucional. Asimismo, tenemos al art. III del TP del Código Civil, cuyo contenido no ha sido modificado por la reforma, pero reconoce también la aplicación inmediata de la norma.

31. La teoría de los derechos adquiridos genera que el derecho siga produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, priorizando así la seguridad jurídica. Los derechos adquiridos son aquellos que una vez que han sido incorporados a la esfera jurídica, nadie puede privarnos de ellos y cuyo efecto es la ultraactividad de la norma, ya que se mantiene el derecho y los términos bajo los cuales se adquirió. Sin embargo, no toda ultraactividad supone derechos adquiridos.
32. El momento de adquisición del derecho es aquel en el que se cumple el supuesto de hecho de la norma en la realidad, es decir se adquiere el derecho a la pensión nivelable cuando se cumplan los 20 años de aportación. Entonces lo que se está haciendo con la reforma es despojar a los pensionistas de los derechos que ya habían adquirido de forma legítima y que habían sido incorporados a su esfera jurídica individual, incluso ya los venían disfrutando durante años.
33. El reconocimiento de los derechos adquiridos se encuentra reconocido en el artículo 62 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en su texto original. En el primero se establece que ninguna ley o norma general puede modificar los términos contractuales, siempre y cuando no se contravengan leyes de orden público. Esto último lo vemos en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución, en donde se señala al orden público como una carga que limita la

libertad de contratación, ya que no pueden anteponerse los intereses personales antes que el de la sociedad.

34. La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución hasta antes de la reforma reconocía el respeto a los derechos legalmente obtenidos, es decir a los derechos adquiridos, en materia previsional en específico de aquellos pertenecientes al Decreto Ley 205030 y 19990. Por ello con la reforma, se ha dejado de lado la intangibilidad de los derechos pensionarios para realizar la aplicación inmediata de la norma para así beneficiar a los pensionistas que recibían menor monto. Pero hay que tener en cuenta que si bien en materia de derechos fundamentales debe existir una tendencia progresiva, lamentablemente en el plano de la realidad las modificaciones son en su mayoría de disminución de beneficios a los pensionistas, entonces con todo esto en lugar de mejorar su situación se les estaría perjudicando.

Por otro lado, para los derechos de origen contractual (no normativo) se aplican los derechos adquiridos mediante la intangibilidad de los contratos, por otro lado, para los derechos de origen normativo tenemos como regla general los hechos cumplidos, salvo en materia de seguridad social, que se aplicaban los derechos adquiridos hasta antes de la reforma.

35. La aplicación retroactiva es aquella que se hace para regir hechos que tuvieron lugar antes del momento en que entre en vigencia la norma. Sólo rige de forma excepcional para materia penal cuando favorece al reo (art. 103 de la Constitución). De esta forma, tal como lo señala la CIJ, se está desplazando retroactivamente la norma vigente al momento de consolidación del derecho adquirido despojando así a los pensionistas de este derecho e incumpliendo con la prohibición de retroactividad inherente a todo Estado de Derecho.
36. Se debió aplicar la teoría de los hechos cumplidos recién a partir de la reforma, es decir a los hechos posteriores a su vigencia. Incluso, debemos tener en cuenta

que el hecho cumplido se da cuando se cumple en la realidad el supuesto de hecho previsto en la norma. Por ello, al haber cumplido los 20 años de servicios, el hecho ya se cumplió y por ende no se puede modificar porque ya se consumó. Si bien los efectos, como la percepción de las pensiones, son actuales, el hecho ya se consumó bajo una norma anterior. La reforma debería aplicarse a quienes aún no cumplen con los requisitos.

37. Según una interpretación sistemática con el artículo 62 de la Constitución que ampara a los contratos, si el legislador ha establecido que deben respetarse a las partes de un contrato sin modificar los términos contractuales, con mayor razón se debe velar por la estabilidad de los términos bajo los cuales se adquirió el derecho a recibir una pensión que tiene una proyección a futuro. En un contrato ambas partes se encuentran en iguales condiciones, a diferencia del ámbito pensionario en donde se imponen las condiciones por ley y no hay opción de negociar. No habría razón para pensar que el legislador quiere proteger más a las partes de un contrato que a los pensionistas.
38. Se ha violado la prohibición de regresividad del derecho a la seguridad social que implica que el Estado Peruano tiene la obligación de adoptar medidas para desarrollar progresivamente este derecho (art. 10 de la Constitución, art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 1 del Protocolo de San Salvador). El TC ha indicado que se trata de una medida regresiva pero no afecta la progresividad ya que se adoptó una medida regresiva respecto a un minoría no representativa para mejorar las pensiones de aquellos que perciben menos (EXP. 050-2004-AI/TC, fundamento 49).
39. Sin embargo, sí se ha violado el mandato de progresividad porque la situación de los pensionistas con montos altos se ha perjudicado, además se ha eliminado la nivelación de todos los pensionistas, sin realizar distinción alguna respecto a si ganaban más o menos. Se trata de una medida regresiva definitivamente puesto

que la situación actual de los pensionistas es menos beneficiosa que la anterior ya que se ha eliminado la nivelación para todos y, para los del D. Ley 20530 se ha impuesto topes y se ha disminuido sus pensiones.

40. Se debe respetar el derecho de las minorías, ya que para afectar derechos y garantías fundamentales no cabe hacer distinciones cuantitativas, ya que este grupo aunque minoritario, ha accedido legalmente a su pensión. No nos encontramos en un Estado socialista, sino en un Estado Social de Derecho, en donde prima el respeto a los derechos de todas las personas sin distinción alguna.
41. Según el *Amicus Curiae* de la CIJ, cuando una norma ha sido probada como regresiva por el demandante, acreditando que se da un retroceso respecto a la norma anterior, se genera una presunción de invalidez de la norma cuestionada y se invierte la carga de la prueba de la racionalidad de la misma hacia el Estado. Primero, se demuestra que la norma es menos favorable, tal como el mismo TC lo ha reconocido y segundo, se invierte la carga de la prueba respecto a la necesidad de la norma. Para esto último se requiere demostrar:
 - Interés estatal calificado: existe en tanto hay una crisis presupuestal en materia previsional.
 - Carácter imperioso de la medida: no basta con indicar que sea útil u oportuna sino que sea imperiosa, situación que no se da.
 - Inexistencia de otras alternativas menos restrictivas: el Estado no buscó otras medidas menos gravosas para solucionar la crisis ni agotó todos sus esfuerzos y recursos. Tenía que haber sido absolutamente necesario recurrir a esta medida, lo cual no se dio.
42. El TC en la sentencia sobre la reforma ha usado el test de razonabilidad para determinar si los contenidos no esenciales o adicionales determinados por él mismo son constitucionales o no. Este test es un análisis de proporcionalidad

vinculado con el valor justicia que nos permite determinar si la actuación del legislador afecta el ejercicio de los derechos fundamentales (EXP. 050-2004-AI/TC, fundamento 109). El test contiene tres principios a analizar en el orden siguiente: 1. Idoneidad, 2. Necesidad y 3. Proporcionalidad.

43. El principio de idoneidad es el primer paso, el cual contiene dos pasos:

- Fin legítimo: se analiza que el fin de la medida no esté constitucionalmente prohibido y deba ser socialmente relevante.

Tanto el TC como la CIDH consideran que se cumple con este paso ya que con la reforma se busca la consecución de los valores justicia, igualdad y solidaridad, inherentes al Estado Social de Derecho (EXP. 050-2004-AI/TC, fundam. 111). Existe un interés social ya que se busca mantener la estabilidad financiera del Estado (Informe N° 38, fundam. 116).

La CIJ ha discrepado con el argumento de la justicia, ya que la injusticia se da cuando se establece una carga excesiva con la reforma, sobre el grupo de pensionistas que accedió legalmente a este sistema previsional.

Consideramos que se cumple con el fin legítimo ya que de alguna manera se busca justicia, equidad y solidaridad para mejorar las pensiones y redistribuirlas mejor.

- Adecuación: la medida debe ser congruente o idónea con el fin legítimo que busca proteger. Si bien puede resultar discutible la elección de esta medida, a final de cuentas logra el objetivo propuesto.

44. Principio de necesidad es el segundo paso en donde se analiza que no existan otras medidas alternativas igualmente eficaces o menos restrictivas de derechos que se dirijan a obtener el mismo fin.

El TC en la sentencia sobre la reforma sólo indica que la medida es la más adecuada y legítima para el fin, sin embargo no examina si existían otros medios alternativos.

La CIJ opina que no es justificable afectar a un grupo de pensionistas que accedieron legítimamente a sus derechos para solucionar el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado, en tal caso se debió optar por otras medidas económicas y financieras (*Amicus Curiae*, fundam. 61).

Consideramos que se pudo haber incrementado el monto del presupuesto destinado a financiar el sistema, realizar un mejor manejo del presupuesto, redistribuir los ingresos de una forma más adecuada y sancionar a los responsables en la medida de la posible.

El fin no justifica los medios y por lo tanto debió considerarse otras medidas de tipo económico y no afectar derechos y principios fundamentales. Si bien para el Estado le resulta la opción más fácil y la que más le acomoda, no es la mejor. Por lo tanto no cumple con este principio.

45. Principio de proporcionalidad, es el último a analizar y consiste en realizar una comparación entre el grado de afectación del derecho y el grado de satisfacción de la finalidad perseguida. Se usa la ley de la ponderación, según la cual cuanto mayor sea la afectación del derecho, mayor será el cumplimiento de los objetivos. El TC ha considerado que se cumple con este principio puesto que el grado de realización es proporcional al grado de satisfacción. La CIDH ha señalado que no se ha afectado el aspecto esencial del derecho a la pensión, que no se han aportado datos objetivos de la afectación y los aportes no eran suficientes.
- Consideramos que no se cumple este principio puesto que se está estableciendo una carga excesiva sobre el grupo de pensionistas afectado.
- El grado de afectación es grave ya que se están afectando derechos (a la seguridad social, pensión nivelable y propiedad) y principios fundamentales (irretroactividad de la norma, seguridad jurídica y progresividad). Si bien los derechos no son ilimitados tampoco pueden establecerse restricciones que vacíen al derecho o incluso no observar principios básicos.

- El grado de realización del fin es mediano porque si bien el fin inmediato es el ahorro, no es una finalidad que de por sí justifique cualquier medida ya que se trata de un tema económico. Respecto a la justicia, no se logra cuando se disminuyen las pensiones de un grupo de pensionistas que accedieron legalmente a sus derechos en los términos ya establecidos. Al final se perjudica a todos, a los del D. Ley 20530 y 19990, porque se congelan sus pensiones. Tampoco se puede alegar la solidaridad como argumento para afectar los derechos adquiridos, ya que ello nos llevaría a defender medidas extremas como quitarle los bienes a los que tienen más para dárselos a los que tienen menos.

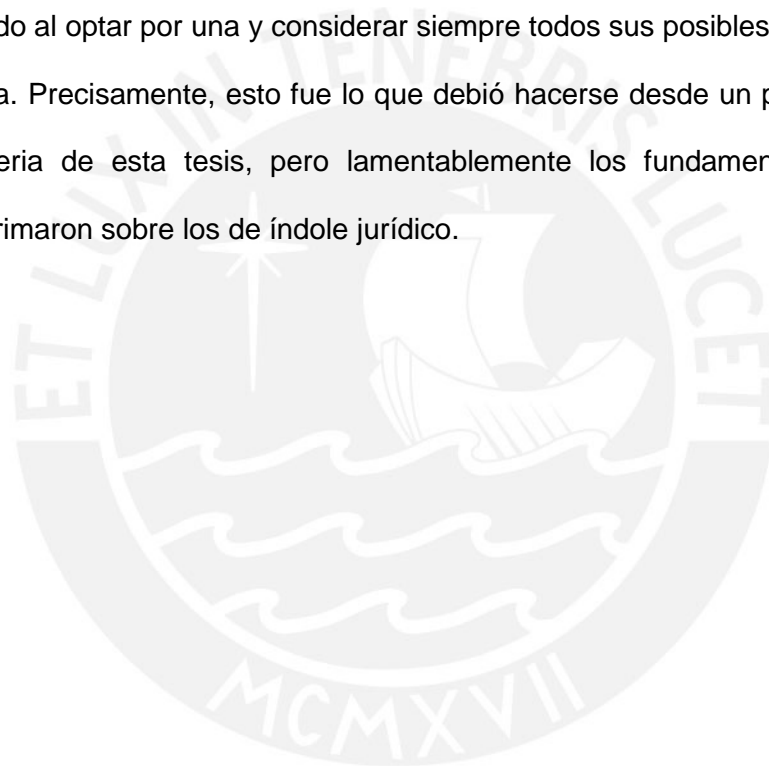
Podemos ver que el grado de afectación es mucho más alto que el grado de realización del fin, además esta medida no era la menos gravosa, por ende no pasa satisfactoriamente el test de razonabilidad.

Finalmente, tomaremos los siguientes casos a modo de ejemplo, hace un tiempo aconteció que un joven denunció un acto de violación realizado en su contra cuando sólo era un niño, sin embargo ya habían transcurrido tantos años que el delito había prescrito. Por otro lado, una persona demanda a otra por lo que cree ser una causa justa, pero al emitirse la sentencia en última instancia se dictamina que no tiene la razón y esta además resulta consentida por lo que nada más se puede hacer ya que es cosa juzgada.

En ambos casos, por cierto muy diferentes, la persona que cree tener una causa justa que debe ampararse por el derecho, no puede hacerlo bajo esas circunstancias ya que ante todo se deben respetar las garantías procesales y principios del Derecho. Es decir, en el primer caso tenemos a la prescripción concebida como aquella institución jurídica mediante la cual el transcurso del tiempo produce el efecto de extinción de la acción todo con la finalidad de no ser perseguido por siempre por el Estado, además que las pruebas desaparecen. En el segundo caso, tenemos a la cosa juzgada

mediante la cual se respeta lo decidido en una sentencia cuando ya no existan contra ella medios impugnatorios que permitan modificarla, para así otorgar estabilidad jurídica al tener una decisión final y definitiva que deba respetarse. Sin embargo, ¿se debe hacer una reforma en donde se elimine tajantemente del plano jurídico a la prescripción y a la cosa juzgada para beneficiar a estas personas? La respuesta sería negativa porque debemos tener en cuenta que son instituciones jurídicas con fundamentos importantes para el Derecho.

A veces, la solución no es tan fácil como aparenta ser, por ello se debe tener siempre mucho cuidado al optar por una y considerar siempre todos sus posibles efectos y todo lo que implica. Precisamente, esto fue lo que debió hacerse desde un principio con la reforma materia de esta tesis, pero lamentablemente los fundamentos de índole económico primaron sobre los de índole jurídico.



BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS Y TESIS

ANACLETO GUERRERO, Victor Ruperto Manual de seguridad social (único libro especializado), Lima: San Marcos, 1998.

ARCOS RAMÍREZ, Federico. La Seguridad Jurídica: una teoría formal. Madrid: Dykinson, 2000.

BORDA, Guillermo A. Retroactividad de la ley y Derechos Adquiridos, Buenos Aires: Librería y Casa Editora Emilio Parrot, 1951.

CARMONA CUENCA, Encarnación. El Estado Social de Derecho en la Constitución, Madrid : Consejo Económico y Social, 2000.

CHANAMÉ, Raúl. La Constitución Política comentada : historia, análisis, evaluación, Lima : Jurista, 2007.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Tecnos, 1999.

GARCÍA- PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado, Madrid : [s.n.], 1950 .

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo : la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GONZALEZ MORENO, Beatriz. El Estado social naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Madrid : Civitas, 2002, p. 144.

HAURIOU, André, GICQUEL, Jean y GÉLARD, Patrice. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Barcelona: Editorial Ariel, Segunda Edición, 1980,

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Barcelona: Editorial Ariel, segunda edición, 1984.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho, Madrid: Universidad de Salamanca, 1955.

NEVES MUJICA, Javier. La reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530 en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Tesis de Magister), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

PAREJA PAZ SOLDAN, José. Derecho Constitucional Peruano, 5ta edición, Lima: Ediciones Librería Studium, 1973.

PAREJA PAZ SOLDAN, José. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Lima: Editora Ital Perú S.A., Tomo II, 6ta edición, 1980.

ROMERO MONTES, Francisco Javier. La jubilación en el Perú, Lima : S.S. Graf. José Antonio, 1993.

RUBIO CORREA, Marcial. Aplicación de la norma jurídica en el tiempo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid : Alianza Editorial, 1982.

UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. Historia de las Constituciones del Perú, Lima: Editorial Andina S.A., 1978.

2. ARTÍCULOS

ABAD YUPANQUI, Samuel B. "Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales : estudio preliminar". Thémis, Lima: Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Época 2, Número 21, 1992, pp. 7-15.

ABANTO REVILLA, César. "Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley No. 20530". Diálogo con la jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, Año 9, Número 58, julio 2003, pp. 35-43.

ABANTO REVILLA, César. "Crónica de una muerte anunciada: comentarios sobre la reforma del Decreto Ley N° 20530". Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, Tomo 126, mayo 2004, pp. 21-29.

ABANTO REVILLA, César. "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". Laborem, Número 6, Lima: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2006, pp. 405- 440.

ARCE ORTIZ, Elmer G. "Los derechos adquiridos en la jurisprudencia previsional del Tribunal Constitucional". Diálogo con la Jurisprudencia, Número 65, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 75-82.

AVELLANEDA ROJAS, Julio. “El Tribunal Constitucional como agente económico: Análisis de la sentencia sobre exoneración tributaria a favor de la empresa de transportes Flores”, pp. 1-8.

http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_sentencia_tc/analisis_economico.pdf

AVENDAÑO, Jorge. “Constitución y expropiación”. En: El Comercio, 17 de febrero, 2009, p a5.

<http://www.elcomercio.com.pe/impres/notes/constitucionexpropiaciones/20090217/247243>

BURDEAU, Georges. “La Estructura interna de la Constitución”. En: Derecho Constitucional General, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo I, 1999, pp.382-385.

CASCAJO, José Luis. “La tutela Constitucional de los Derechos Sociales”. En: Cuadernos y Debates, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, N° 5, 1988, pp. 9-101.

CRUZADO ALIAGA, Alberto. “ La norma jurídica penal en blanco y el principio de legalidad y seguridad jurídica”.

http://www.derechoclub.com/biblio/zabarburu/CRUZADO/LANORMAJUR_DICAPENAL_ENBLANCOATENTACONTRALASEGURIDADJUR_DICA.doc

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. “El Fortalecimiento Institucional del Estado de Derecho en América Latina”. En: Democracia y estado social de derecho, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2000, pp. 255-277.

GARCÍA GRANARA, Fernando. “Cédula viva, seguridad social y reforma previsional”, Diálogo con la jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, Año 9, No. 58, julio 2003, pp. 53-64.

GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César. “Seguridad Social, Derechos fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión” .Diálogo con la Jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, Número 82, julio 2005, pp.19-29.

GONZALES HUNT, César. “La errática jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional y los criterios de interpretación constitucional”, Diálogo con la jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, Año 9, No. 58, julio 2003, pp. 45-52.

GONZALES OJEDA, Magdiel. “El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano”. Derecho & sociedad, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 15, No. 23, 2004. pp. 144-159.

HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. “Los derechos adquiridos en el proceso de flexibilización de la legislación laboral y previsional”. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 2000, pp. 133-159.

LOEWENSTEIN, Karl. “La Constitución”. En: Derecho Constitucional General, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo I, 1999, pp. 325-330.

MANRIQUE, Nelson. “García y la Constitución de Haya de la Torre”. Perú 21, 14 de abril, 2008.

<http://www.peru21.com/comunidad/columnistas/Html/2008-0414/manrique0879826.html>

MORALES CORRALES, Pedro G. "Alcances de la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530". Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, Tomo 126, mayo 2004, pp. 9-15.

MORALES LUNA, Félix F. "La Reforma Constitucional y los Derechos Adquiridos". Derecho y Sociedad, Año 15, Número 23, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 275-287.

NEVES MUJICA, Javier. "La vigencia de las normas en el tiempo tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre seguridad social". Ius et Veritas, Año N° 8, Número 15, Lima: Fondo de la Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre 1997, pp. 317-322.

PALOMINO MANCHEGO, José F. "¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?". En: Imprevisión y reforma : dos problemas contemporáneos del derecho constitucional. Lima : Grijley, 2005, pp. 29-77.

PASQUEL, Enrique. "Tomando la propiedad en serio: las expropiaciones regulatorias o indirectas". Ius et Veritas, Año 15, N° 31, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 114-126.
http://works.bepress.com/enrique_pasquel/12/

PECES-BARBA, Gregorio "La Seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho" . En: Anuario de Derechos Humanos. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos ,Vol. 6, 1990, pp. 215-229.

SAGUÉS, Néstor Pedro. "Reflexiones sobre la imprevisión constitucional". En: Imprevisión y reforma : dos problemas contemporáneos del derecho constitucional. Lima : Grijley, 2005, pp. 11-28.

VALLE RIESTRA, Javier. "Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Pensionarios de los derechos pensionarios ley: 20530 y 19990. Carta del Jurista y constitucionalista Dr. Javier Valle Riestra". La República, 19 de setiembre 2004.

3. DOCUMENTOS

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 30/2009. Caso 12.670, 16 de marzo, 2009.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 38/2009. Caso 12.670 Admisibilidad y fondo Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Perú, 27 de marzo, 2009.

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Amicus Curiae presentado por la Comisión Internacional de Juristas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Asociación de Ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otros casos contra Perú, 21 de setiembre, 2007.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los Debates, primera votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional , Segunda Legislatura Ordinaria de 2003 , 14 A Sesión, miércoles 26 de mayo, 2004.

<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256EA10019C29B>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los Debates, segunda votación del texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Primera Legislatura Ordinaria de 2004, 20 ° C Sesión, jueves 11 de noviembre de 2004.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256F4A001D500A/\\$FILE/PLO-2004-20C.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256F4A001D500A/$FILE/PLO-2004-20C.pdf)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5 / 85 La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 25 Convención Americana de Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 85: La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530 : los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral, Lima : Defensoría del Pueblo, 2004.

Demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 3 de la Ley 28389 "Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, interpuesta por Carlos Blancas Bustamante, marzo 2005.

MUJICA PETIT, Javier. Observaciones del Centro de Asesoría Laboral del Perú sobre el caso N° 12.670, 2 de enero, 2009.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Informe de amicus curiae del Defensor del Pueblo del Perú a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.034, 10 de junio de 1999.

4. NORMAS NACIONALES

FUENTE: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/>

LEY DE GOCES de 1850.

CONSTITUCIÓN de 1933.

LEY 8435 de agosto de 1936.

DECRETO LEY 20530 de febrero de 1974

DECRETO LEY 21248 de agosto de 1975

LEY 22150 de mayo de 1980

LEY 23329 de diciembre de 1981.

LEY 23495 de noviembre de 1982

LEY 24029 de diciembre de 1984

LEY 24156 de junio de 1985

LEY 24366 de noviembre de 1985

LEY 25212 de mayo de 1990

LEY 25219 de mayo de 1990

LEY 25303 de enero de 1991

DECRETO LEGISLATIVO 763 de noviembre de 1991

DECRETO LEGISLATIVO 767 de noviembre de 1991

LEY 25400 de febrero de 1992

CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ de 1993

DECRETO LEGISLATIVO 817 de abril de 1996

LEY 26835 de julio de 1997

LEY 27719 de mayo de 2002

Ley 28449 de diciembre de 2004.

5. NORMAS INTERNACIONALES

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en San José de Costa Rica en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969.

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES del 4 de Noviembre de 1950.

http://www.ruidos.org/Normas/Conv_europeo_dchos_hum.htm

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS del 10 de diciembre de 1948. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC) del 16 de diciembre de 1966.

<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/convencion/Pacto-Internacional-Derechos-Economicos.htm>

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE de 1948 aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia. <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm

CONVENIO N° 102 SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL (Norma Mínima) de la OIT de 1952, ratificado parcialmente por el Perú el 23 de agosto de 1961.
<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C102>

6. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Maldonado Duarte contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 392, su fecha 10 de mayo de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos, EXP. N° 189-2002-AA/TC, 18 de junio del 2003.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00189-2002-AA.html>

Sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público, 28 de diciembre de 1999 publicado en el Peruano el 18 de junio del 2000

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600. EXP. N° 014-2002-AI/TC, 21 de enero del 2002. <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/0014-02.htm>

Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N°817. EXP. N° Exp. N° 008-96-I/TC, 23 de abril de 1997. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00008-1996-AI%2000009-1996-AI%2000010-1996-AI%2000015-1996-AI%2000016-1996-AI.html>

Sentencia que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosana Podestá Torres contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 133, su fecha 15 de noviembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos. EXP. N.° 09600-2005-PA/TC, Moquegua, 11 de diciembre del 2006, fundamento N° http://sisviso.plades.org.pe/sisviso/documentos/normas/T0016/sss_001.pdf

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N° 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional. EXPS. N° 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS), 27 de setiembre del 2004, parte final.

Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. 20530, Exp. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, 12 de junio 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, doctor Walter Albán Peralta, contra la Ordenanza N.° 290, emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, con fecha 18

de setiembre de 2000, y publicada el 3 de diciembre de 2000. Exp. N° 010-2001-AI/TC, 26 de agosto 2003.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2001-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios de Junín contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 27755, que prevé que "Vencido el plazo del proceso de integración de los registros previsto en el artículo 2º de la presente Ley, todas las inscripciones se efectuarán por Escritura Pública o mediante formulario registral legalizado por Notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)". Exp.0016-2002-AI/TC, 30 de abril 2003.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso Extraordinario contra la resolución de la Sala Especializada en Derecho Público, su fecha dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete, que confirma la resolución apelada, que declaró improcedente la Acción de Amparo interpuesta. Exp. 1060-1997-AA/TC, 16 de setiembre de 1997.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/01060-1997-AA.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve las Acciones de inconstitucionalidad interpuestas por don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N.º 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional. Exp.. N.ºs 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS), 27 de setiembre 2004.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Adolfo Urbina Nizama y Pedro Carrasco Narváez en representación de más de 5 mil ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N.º 28047. EXP. N° 0030-2004-AI/TC, 2 de diciembre 2005.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Máximo Yauri Salazar y más de 5000 ciudadanos contra la Ley N.º 27816, que declara de necesidad pública la expropiación de un terreno para el levantamiento de un área de protección funcional del Radio Observatorio de Jicamarca. EXP. N° 0031-2004-AI/TC, 23 de setiembre, 2004.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00031-2004-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por 9,941 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y Jorge Bejar Rivera; 6,622 ciudadanos representados por Jesús Hermes Jerí Céspedes; 32 señores congresistas; 5,000 ciudadanos Cesantes y Jubilados de Enapu S.A. representados por Jorge Ruiz Juárez y Pedro Carrasco Narváez; 5,300 ciudadanos representados por Percy Rodríguez Mendoza; contra diversos artículos del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. EXP. 008-96-I/TC, 26 de abril, 1997.

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Bernardo Fernández Gil, don Hernán Espinoza Segovia, don Xavier Barrón Cebreros y don Francisco Ercilio Moura, contra los artículos 7º, 8º, 9º, 10º y la Disposición Transitoria Unica del Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, demanda que fue acumulada mediante resolución de fecha veintisiete de diciembre del mismo año, con la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil

ciudadanos, representados por don Percy Rodríguez Mendoza, contra el artículo 7º del D.L. N° 25967. EXP. 007-96-I/TC, 23 de abril de 1997.

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso extraordinario interpuesto por la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 2618, su fecha 23 de setiembre de 2002, que declara improcedente la acción de amparo de autos. EXP. 2670-2002-AA/TC, 30 de enero del 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el Recurso de agravio constitucional interpuesto por Express Cars S.C.R.L. contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 365, su fecha 26 de abril de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos. EXP. 06089-2006-PA/TC, 17 de abril del 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas N.º 212-2005 y N.º 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada *Calle de las Pizzas*. EXP. N.º 007-2006-PI/TC, 22 de junio del 2007. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transporte y Servicios Amauta S.A.C. contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 115, su fecha 13 de junio de 2007, que declara infundada la demanda de autos, EXP. N.º 04466-2007-PA/TC, 18 de marzo del 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Procesadora de Productos Marinos S.A. contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 145, su fecha 12 de setiembre de 2006, que declara infundada la demanda de autos, EXP. N.º 08943-2006-PA/TC, 9 de noviembre del 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso Extraordinario interpuesto por César Augusto Becerra Leiva contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 111, su fecha 21 de noviembre de 2007 que, confirmando la apelada declaró infundada la demanda de amparo de autos, EXP. 00579-2008-PA/TC, 5 de junio del 2008.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS que resuelve la demanda interpuesta por Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra. Caso "Cinco Pensionistas vs Perú", 28 de febrero del 2003.

7. NOTICIAS

Primer Gobierno de Fujimori, 19 de octubre, 2007.

http://wiki.sumaqperu.com/es/Primer_gobierno_de_Fujimori

RAMOS, Alonso. Caso de pensionistas de 20530 tiene para largo en fuero internacional, 22 de enero del 2007.

<http://www.larepublica.com.pe/content/view/139710/483>

Declaración de Javier Neves en CPN RADIO citada por AgenciaPeru.com, 12 noviembre 2004. www.agenciaperu.com/economia/2004/nov/neves_reforma.htm

Declaración de Carlos Blancas obtenida del Diario La Razón, setiembre 2004.

http://www.mintra.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=261

