

**EXPEDIENTES**  
050-2004-AI/TC  
051-2004-AI/TC  
004-2005-PI/TC  
007-2005-PI/TC  
009-2005-PI/TC

## SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 3 DE JUNIO DE 2005

---

### PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

---

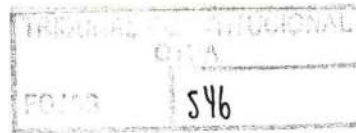
**COLEGIOS DE ABOGADOS DEL CUSCO Y DEL  
CALLAO Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS C/  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

#### **SÍNTESIS**

*Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.*

#### **Magistrados firmantes**

ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO



## Sumario

- I. **ASUNTO**
- II. **DATOS GENERALES**
- III. **NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD**
- IV. **DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LAS PARTES**
- V. **MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES DE PRONUNCIAMIENTO**
- VI. **FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28389 QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 11, 103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN**
  - A. **EL ÁMBITO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL**
    - §1. LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR UNA LEY QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN
    - §2. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
    - §3. LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
  - B. **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE FORMA Y DE FONDO**
    - §1. LA NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL
    - §2. LOS LÍMITES FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO
    - §3. LOS LÍMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO
  - C. **EL CONTENIDO SOCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN**
    - §1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL DERECHO A LA PENSIÓN
    - §2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
    - §3. LA JUSTICIA COMO SUBSTRATO DEL DERECHO A LA PENSIÓN
  - D. **LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PENSIÓN**
    - §1. LA PENSIÓN COMO DERECHO HUMANO, DERECHO FUNDAMENTAL O DERECHO CONSTITUCIONAL
    - §2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN
    - §3. LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS
    - §4. EL CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN.
  - E. **EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL**
    - §1. EL RESPETO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN
    - §2. LA APLICACIÓN DEL *TEST* DE RAZONABILIDAD EN LA EQUIDAD PENSIONARIA



VII. **FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28449 QUE MODIFICA EL DECRETO LEY N° 20530**

A. **CONSIDERACIONES PREVIAS Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA**

- §1. EL CANON CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIÓN
- §2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL
- §3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

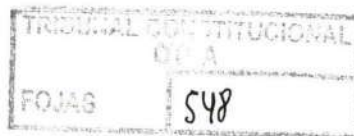
B. **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO**

- §1. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS A TRABAJADORES DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY N° 20530
- §2. EL MONTO MÁXIMO DE LAS PENSIONES
- §3. EL MONTO MÍNIMO DE LAS PENSIONES
- §4. LA EDAD COMO CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN EN EL REAJUSTE PENSIONARIO
- §5. LA PENSIÓN DE VIUDEZ Y LA IGUALDAD DE GÉNERO
- §6. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

C. **CRITERIOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS PENSIONARIAS**

- §1. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PENSIONARIA DE DEFENDER Y CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN
- §2. EL DESTINO DEL AHORRO
- §3. LA UNIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES PENSIONARIOS

VIII. **FALLO**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de junio de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### I. ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de Cusco; por el Colegio de Abogados del Callao; por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil representados por Juan Peña Figueroa, Víctor Lazo Cárdenas y Adolfo Juan Arbulú Castro; y, por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil representados por el doctor Carlos Blancas Bustamante, contra las Leyes N° 28389 y N° 28449.

### II. DATOS GENERALES

#### ◊ **Violación constitucional invocada**

Las demandas de inconstitucionalidad promovidas por cuatro demandantes, se encuentran dirigidas contra el Congreso de la República.

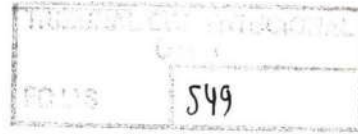
Los actos lesivos denunciados los habrían producido la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004, y la Ley N° 28449, publicada el 30 de diciembre del 2004, las cuales modifican el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530.

#### ◊ **Petitorio constitucional**

Los demandantes alegan la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Consideran que las leyes sujetas a control de constitucionalidad vulneran los derechos sociales y económicos de las personas; de manera específica, los derechos a la seguridad social (artículo 10 de la Constitución), a la pensión (artículo 11 de la Constitución) y a la propiedad (artículos 2 inciso 16 y 70 de la Constitución). Asimismo, aducen que se vulneran los principios de dignidad (artículo 1 de la Constitución) igualdad (artículo 2 inciso 2 de la Constitución), de irrenunciabilidad de los derechos sociales, de progresividad (artículo 10 de la Constitución), de irretroactividad (artículo 103 de la Constitución), de seguridad jurídica y de intangibilidad de fondos de la seguridad social (artículo 12 de la Constitución)

Alegando tales actos vulneratorios, solicitan, alternativamente, que:

- Se declare inconstitucional, por la forma, la Ley N° 28389.



- Se declaren inconstitucionales, por el fondo, los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, que sustituyen los textos de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
- Se declare inconstitucional el artículo 3 de la Ley N° 28389 y que el Tribunal Constitucional expida una sentencia aditiva a fin de encausar su contenido normativo a las formas constitucionales.
- Se declare inconstitucional, por conexión o consecuencia, la Ley N° 28449, así como las demás normas legales que se hayan dictado o se dicten y que tengan como base el nuevo texto constitucional aprobado por la Ley N° 28389.
- Se declaren inconstitucionales las demás normas legales que se hayan dictado, o se dicten, después de la interposición de las presentes demandas.

### **III. NORMAS SUJETAS A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

#### **LEY N° 28389**

#### **Ley de Reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú**

##### **Artículo 1.- Modificación del artículo 11 de la Constitución Política del Perú**

Agrégase al artículo 11 de la Constitución Política del Perú como segundo párrafo el texto siguiente:

“La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

##### **Artículo 2.- Modificación del artículo 103 de la Constitución Política del Perú**

Sustitúyese el texto del artículo 103 de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias 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 materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley.

También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

##### **Artículo 3.- Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú**

Sustitúyese el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Declárase 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 Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de 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 regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito".

## LEY N° 28449

### Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530

#### Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 de conformidad con la Reforma Constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Declarase que la presente Ley no afecta en modo alguno los derechos y beneficios del régimen de pensiones del Decreto Legislativo N° 19990.

#### Artículo 2.- Ámbito y alcances de su aplicación

El régimen del Decreto Ley N° 20530 es un régimen cerrado que no admite nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Sólo se consideran incorporados al régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530:

1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.
2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.
3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.
4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N° 20530.

#### Artículo 3.- Monto máximo de las pensiones

El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 es de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha en que corresponda el pago de la pensión.

#### Artículo 4.- Reajuste de pensiones

Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad.

El reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

- a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y



Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional.

**Artículo 5.- Cálculo de las nuevas pensiones**

Las pensiones de cesantía e invalidez que se reconozcan a partir de la vigencia de la presente Ley se calcularán según las siguientes reglas:

1. Para los varones, las pensiones serán iguales a una treintava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.
2. Para las mujeres, las pensiones serán iguales a una veinticincoava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.
3. Si las remuneraciones pensionables hubieran sido aumentadas al trabajador en cincuenta por ciento (50%) o más dentro de los últimos sesenta (60) meses, o entre treinta (30%) y cincuenta por ciento (50%) dentro de los últimos treinta y seis (36) meses, la pensión será regulada en base al promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en el período correspondiente a los últimos sesenta (60) o treinta y seis (36) meses, en su caso.

Si el trabajador resultare comprendido en las dos situaciones anteriormente indicadas, se tomará en cuenta el promedio mayor. En los casos en que los incrementos de las remuneraciones pensionables se originen como consecuencia de homologación o de aumentos de remuneraciones con carácter general dispuestos por ley, no será de aplicación el numeral 3.

**Artículo 6.- Remuneración pensionable**

Es pensionable toda remuneración permanente en el tiempo y regular en su monto que se encuentre sujeta a descuentos para pensiones. No se incorporará a la pensión aquellos conceptos establecidos por norma expresa con el carácter de no pensionable.

**Artículo 7.- Modificaciones a normas sobre las pensiones de sobrevivientes**

Sustitúyense los textos de los artículos 25, 32, 34, 35, 36 y 55 del Decreto Ley N° 20530 por los siguientes textos:

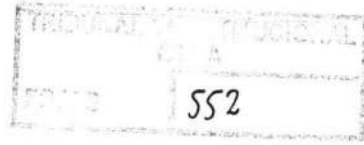
*Artículo 25.-* La suma de los montos que se paguen por viudez y orfandad no podrá exceder del cien por ciento (100%) de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante. Si la suma de ellos excediera el cien por ciento (100%), los porcentajes se reducirán proporcionalmente de manera que la suma de todos no exceda dicho porcentaje.

*Artículo 32.-* La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

- a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.
- b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez equivalente a una remuneración mínima vital.
- c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social.
- d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

*Artículo 34.-* Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido.

Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:



a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años.

b) Para los hijos mayores de dieciocho (18) años cuando adolecen de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoría de edad o cuando la incapacidad que se manifieste en la mayoría de edad tenga su origen en la etapa anterior a ella.

En este caso tendrán derecho, además de la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital. La declaración de incapacidad absoluta requiere de un dictamen previo y favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

Tratándose de hijos adoptivos, el derecho a la pensión se genera si la adopción ha tenido lugar antes de que el adoptado cumpla dieciocho (18) años de edad y antes de que el adoptante cumpla sesenta y cinco (65) años de edad y siempre que el fallecimiento ocurra después de treinta y seis (36) meses de producida la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ocurre por accidente.

*Artículo 35.-* El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530. En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada.

*Artículo 36.-* La pensión de ascendientes corresponde al padre, a la madre, o a ambos, solamente en caso de no existir titular con derecho a pensión de viudez u orfandad.

El monto de la pensión será, para cada uno de ellos, igual al veinte por ciento (20%) de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante. A efectos de tener derecho a esta pensión, se deberá acreditar haber dependido económicamente del trabajador o pensionista a su fallecimiento, y carecer de rentas e ingresos superiores al monto de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

*Artículo 55.-* Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

a) Haber contraído matrimonio o haber establecido uniones de hecho los titulares de pensión de viudez y orfandad;

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley;

c) En el caso de hijas solteras mayores de edad que vienen percibiendo pensiones de orfandad conforme a la legislación anteriormente vigente, cuando realicen actividad lucrativa, perciban rentas o se encuentren amparadas por algún sistema de seguridad social;

d) Percibir rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, en el caso de ascendientes;

e) Haber recuperado el pensionista las facultades físicas o mentales, cuya pérdida determinó el estado de invalidez para el otorgamiento de una pensión, previo dictamen favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud;

f) Fallecimiento;

g) Haber desaparecido uno de los requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento de la pensión."

#### **Artículo 8.- Aguinaldos y gratificaciones**

Los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 tienen derecho a percibir aguinaldos o gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a lo que señale la ley para tal efecto.

#### **Artículo 9.- Plazos de prescripción**

Los plazos de prescripción para la declaración de nulidad de oficio y para la declaración de nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo son contados desde la fecha en que el acto administrativo quedó consentido.





**Artículo 10.- Entidad administradora de las pensiones**

El Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad del Gobierno Nacional que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Toda alusión normativa a entidades responsables de las funciones relacionadas al régimen regulado por la presente Ley debe entenderse como referida al Ministerio de Economía y Finanzas, excepto en lo relativo al pago de las pensiones, mientras esta función no le sea encargada por decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Como entidad administradora, el Ministerio de Economía y Finanzas debe establecer un programa de fiscalización permanente con el objeto de asegurar el cumplimiento de las normas vigentes en relación al régimen a que se refiere la presente Ley.

El Ministerio de Economía y Finanzas puede delegar, a otras entidades públicas, mediante decreto supremo, en forma total o parcial, sus facultades y funciones, en otras entidades.

**Artículo 11.- Carácter obligatorio de directivas y requerimientos**

Los funcionarios y empleados de todas las entidades del Sector Público que tengan en sus planillas personas comprendidas en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

**DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**PRIMERA.- Adecuación de los trabajadores comprendidos en el Decreto Ley N° 20530 que no cumplen con los requisitos señalados en la presente Ley**

Establécese el plazo de noventa (90) días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para que el trabajador perteneciente al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, no hubiera cumplido con los requisitos para obtener una pensión conforme a lo establecido en el Decreto Ley N° 20530 y sus modificatorias, debe manifestar por escrito a su empleador su opción entre afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, y deberá cumplir con el procedimiento establecido para la afiliación a uno de estos dos regímenes de pensiones.

Los trabajadores que opten por el Sistema Privado de Pensiones recibirán un bono de reconocimiento por sus años de servicios, según las condiciones y procedimientos que disponga el reglamento.

**SEGUNDA.- Régimen de jueces y fiscales**

Los jueces y fiscales que, a la fecha de entrada en vigencia de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, cuenten con más de diez (10) años de servicios dentro de la respectiva carrera, que aún no hayan tramitado su incorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530, deben solicitarlo por descrito, en un plazo de noventa (90) días hábiles contados desde la vigencia de la presente Ley.

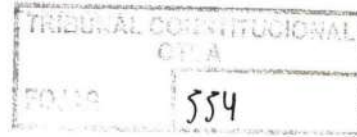
Vencido el precitado plazo sin que hubiera una solicitud expresa, se entenderá que ha optado por permanecer en el régimen previsional en el que actualmente se encuentran.

**TERCERA.- Adecuación de las pensiones al tope**

El tope a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley se aplicará a partir de la vigencia de la presente disposición, de manera progresiva. Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente.

**CUARTA.- Destino del ahorro**

En cumplimiento de lo dispuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación del tope a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley serán transferidos, bajo responsabilidad de los funcionarios



respectivos, al Fondo para la Asistencia Previsional, con el objeto de financiar los incrementos que a continuación se detallan:

1. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean menores a S/. 415,00 mensuales se incrementarán hasta dicho monto. El incremento mínimo será de S/. 100,00, pudiendo, en el caso que corresponda, exceder la indicada suma de S/. 415,00.
2. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean mayores a S/. 415,00, pero no superiores a S/. 750,00 mensuales, se incrementarán en S/. 100,00.
3. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean mayores a S/. 750,00, pero no superiores a S/. 800,00 mensuales, se incrementarán en S/. 50,00.

**QUINTA.- Fiscalización de pensiones**

Facúltase a la entidad administradora de este régimen de pensiones a iniciar un programa de fiscalización de pensiones, a través del cual se revisarán todos los actos administrativos de incorporación, reincorporación, reconocimiento, calificación de derechos y otorgamiento de beneficios y nivelaciones bajo el Decreto Ley N° 20530 y sus normas modificatorias, a fin de detectar los actos que hayan sido efectuados con infracción de las normas, identificar aquellos actos administrativos nulos y cualquier otra irregularidad o ilegalidad, con el objeto de promover las acciones administrativas y judiciales correspondientes y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.

Esta fiscalización no alcanza a los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto, o que las respectivas acciones hubieran prescrito, atendiendo al plazo prescriptorio que corresponda en cada caso.

**SEXTA.- Defensa de procesos administrativos y judiciales**

Las entidades del Sector Público que estuvieran en calidad de demandantes o demandadas en procesos administrativos y judiciales relacionados con el Decreto Ley N° 20530, continuarán bajo su defensa y cargo hasta que se emitan las disposiciones correspondientes y se realice la transferencia de estos procesos.

**DISPOSICIONES FINALES**

**PRIMERA.- Texto Único Ordenado**

Facúltase al Poder Ejecutivo para que, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, apruebe el Texto Único Ordenado del Régimen Cerrado de Pensiones del Decreto Ley N° 20530.

**SEGUNDA.- Precisión a la Ley del Profesorado**

Precísase que el ingreso al servicio magisterial válido para estar comprendido en el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530, es en condición de nombrado o contratado hasta el 31 de diciembre de 1980, y siempre que haya estado laborando conforme a la Ley del Profesorado al 20 de mayo de 1990. Para tal efecto, es requisito que el profesor cuente con la respectiva resolución de incorporación a dicho régimen y/o aportes al mismo.

**TERCERA.- Derogatorias**

Deróganse los artículos 27, 29, 30, 31, 44, 49, 50, 51 y 52 del Decreto Ley N° 20530; Ley 23495; Ley 25008; artículo 58, modificado por la Ley 25212, y artículo 59 de la Ley 24029; literal b del artículo 60 de la Ley 24029, con excepción del derecho de percibir las gratificaciones por Navidad y Fiestas Patrias; Ley 27719; el artículo 2 de la Ley 28047 y todas las demás disposiciones que se opongan a lo establecido en la presente Ley.

**CUARTA.- Vigencia**

La presente Ley entrará en vigencia desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, excepto las disposiciones contenidas en la Tercera y Cuarta Disposiciones Transitorias, las mismas que entrarán en vigencia a partir del 1 de enero de 2005.

#### IV. ANTECEDENTES

##### A. Demandas

###### a. Respecto al Expediente N° 0050-2004-AI/TC.

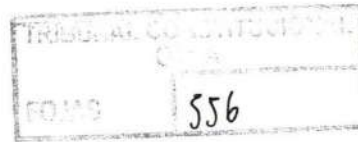
Con fecha 6 de diciembre de 2004, el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, ley que modifica los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política.

El demandante alega los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que la norma impugnada incurre en una inconstitucionalidad por la forma, porque no se respetaron los límites de la reforma constitucional desarrollados en la sentencia recaída del Expediente N° 014-2002-AI/TC.
- Que es inconstitucional por el fondo, porque con la modificación del artículo 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria, se determina que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, lo que en materia pensionaria significa que se está despojando a los pensionistas de sus derechos ya adquiridos. Añade que, en todo caso, la modificación debería orientarse a quienes aún no han adquirido el derecho, en adelante, y no en forma retroactiva en términos objetivos.
- Que a la familia le corresponde una especial protección en materia de seguridad social, de modo que, al atentarse contra la irrenunciabilidad de los derechos sociales, se desconoce el carácter alimentario de las pensiones.
- Que el derecho a la pensión se entiende como una relación jurídica de Derecho Público Patrimonial de carácter obligatorio, cuya prestación principal es la pensión mensual que cuantitativamente se otorga, estimada en base a la proporción de las aportaciones.
- Que la norma impugnada ha sustituido sustancialmente el sistema de la seguridad social en lo que concierne a los derechos de los titulares, sobrevivientes, trabajadores y ciudadanía en general y, por lo tanto, viola la Constitución, principalmente en sus artículos 1, 2 incisos 1, 2 y 16, 10, 11, 12, 16, 26 inciso 2; 5 y 103 y en la Primera Disposición Final y Transitoria, referida a los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, y Segunda Disposición Final y Transitoria, que trata sobre el reajuste periódico y progresivo de los derechos sociales.
- Que la ley de reforma constitucional afecta los regímenes pensionarios regulados por el Decreto Ley N° 20530 y el Decreto Legislativo N° 19990, los de las Fuerzas Armadas y Policiales, a los trabajadores en actividad y a la ciudadanía en general, puesto que desaparecerá la protección de los derechos adquiridos y la nivelación quedará prohibida constitucionalmente. Con ello se pretendería burlar la sentencia de inconstitucionalidad que en su momento dejó sin efecto la Ley N° 27617, que pretendió hacer efectivos dichos recortes.
- Que la norma impugnada contravendría jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que considera que el derecho pensionario se obtiene desde el momento en que se reúnen los requisitos establecidos por ley, incluso en el supuesto de que el trabajador permanezca laborando.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



- Que se estaría posibilitando reformular las provisiones legales en materia pensionaria previstas y ofrecidas por las AFP.
- Que se atenta contra la seguridad jurídica y contra el derecho a la propiedad, al no respetarse los criterios del *test* de razonabilidad, ni preverse ningún tipo de resarcimiento a favor de los pensionistas.
- Que si lo que se busca es la financiación del sistema pensionario con equidad, razonabilidad y proporcionalidad, se debería recurrir a la contribución solidaria conforme lo prevé la Ley N° 28046, y no afectando derechos fundamentales reconocidos.

**b. Respecto al Expediente N° 0051-2004-AI/TC**

Con fecha 7 de diciembre de 2004, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao interpone demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y quinto párrafo del texto modificatorio de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, contenido en el artículo 3 de la Ley N° 28389, debido a que su existencia legislativa colisiona abiertamente los artículos 70 y 103 de la Constitución.

El demandante aduce los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que el Tribunal Constitucional deba dictar una sentencia interpretativa reductora, a fin de establecer que el texto legal de la norma impugnada sólo puede ser entendido como aplicable para aquellos trabajadores del Estado que son beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 y que no han consolidado o adquirido su derecho a la nivelación de pensiones hasta antes de que entre en vigencia la modificación constitucional, por no haber cumplido con laborar por veinte o más años en la Administración Pública.
- Que la ley de reforma constitucional afecta la protección de los derechos adquiridos, en la medida que las normas legales que reconocen derechos fundamentales no pueden ser dejadas de lado por quienes las han reconocido, es decir, por el propio Estado.

**c. Respecto al Expediente N° 004-2005-PI/TC**

Con fecha 15 de febrero de 2005, más de cinco mil ciudadanos, representados por los señores Juan Peña Figueroa, Víctor Lazo Cárdenas y Adolfo Juan Arbulú Castro, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y quinto párrafo del texto modificatorio de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, contenido en el artículo 3 de la Ley N° 28389; asimismo, solicitan que se extienda la declaración de inconstitucionalidad, por conexión o consecuencia, a los artículos 3, 4 y 7 (en el extremo de la modificación del artículo 32, 35 y 36 del Decreto Ley N° 20530) de la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, en la parte que no contiene la salvedad de no ser aplicables a los trabajadores y pensionistas beneficiarios del Decreto Ley N° 20530 que ya han consolidado su derecho a la nivelación de pensiones.

Los demandantes argumentan los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas mediante una sentencia aditiva que agregue a los artículos impugnados el concepto de que sólo pueden ser entendidos como aplicables para aquellos trabajadores del Estado que son beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 y que no ha consolidado o adquirido su derecho a la

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- nivelación de pensiones hasta antes de la entrada en vigencia de la modificación normativa.
- Que las pensiones de sobrevivientes, incluida la de viudez, están ligadas a la pensión obtenida por su titular o causante, y que así como dicha pensión una vez consolidada no puede ser modificada sino respecto de quienes tienen aún un derecho no consolidado, las modificaciones que se hagan a las pensiones de viudez deben aplicarse únicamente a los sobrevivientes de quienes al momento de la emisión de la norma modificatoria aún no habían consolidado su derecho previsional, es decir, en caso que no hubiesen cumplido la condición suspensiva del fallecimiento del causante, por ser una modalidad de acto jurídico y no un requisito.
  - Respecto a la sustitución del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, que el nuevo texto legal que establece la Ley N° 28449 ha variado el porcentaje de las pensiones de orfandad en forma descendente, tanto en los casos que exista o no exista cónyuge.
  - Finalmente, que las normas legales que reconocen derechos fundamentales no pueden ser dejadas de lado por parte de quien las ha reconocido, es decir, el propio Estado.

### d. Respecto al Expediente N° 007-2005-PI/TC

Con fecha 3 de marzo de 2005, más de cinco mil ciudadanos, representados por don Carlos Blancas Bustamante, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley N° 28389, solicitando, asimismo, que la declaración de inconstitucionalidad se extienda, por conexión o consecuencia, a la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, así como a las demás normas legales que se hayan dictado o se dicten después de haberse interpuesto la presente demanda, y que tengan como sustento el nuevo texto constitucional aprobado por la Ley N° 28389.

Los demandantes precisan los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que la Ley N° 28389 incurre en vicio de inconstitucionalidad referido al fondo, dado que su contenido excede la potestad de reformar la Constitución asignada al Congreso en el artículo 206 de la Constitución, y transgrede los límites materiales de la reforma constitucional, pues está prohibido al legislador que adopte leyes y reformas que vacíen de contenido a los derechos o intereses legales, con el propósito de privarlos de efectos reales y prácticos mediante su poder de legislar.
- Que la norma sometida a control constitucional reforma malamente los derechos fundamentales a la seguridad social y a la propiedad, desconociendo su prelación como principios y valores superiores del Estado Constitucional, concepción humanista que se encuentra plasmada en el artículo 1 de la Constitución. Agregan que estos derechos están consagrados en los principales tratados internacionales de protección de los derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú, por lo que tienen un preeminente nivel de protección por su carácter de derechos humanos fundamentales, de conformidad con lo establecido por el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
- Que el artículo 3 de la Ley N° 28389, que modifica la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, vulnera flagrantemente el contenido esencial de esta norma constitucional, porque establece la aplicación inmediata de las nuevas



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

reglas pensionarias que se establezcan por ley, produciéndose la 'desconstitucionalización' o 'desfundamentación' de los derechos a la seguridad social, especialmente el derecho a la nivelación de las pensiones de jubilación, que ostenta rango constitucional en virtud de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, y cuya aplicación ultraactiva fue garantizada a quienes hubieran adquirido legalmente el derecho por la Primera Disposición Final y Transitoria de la actual Constitución. Y, además, que se prohíbe la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y se elimina el derecho al reajuste de las pensiones, al subordinársele a las decisiones y posibilidades económicas del Estado.

- Finalmente, que en el marco del Estado social consagrado en el artículo 43 de la Constitución, es en sí mismo un deber de la autoridad garantizar la aplicación progresiva de los derechos sociales conforme al cual, si bien los mandatos constitucionales en que residen tales derechos no son, en todos los casos, inmediatamente aplicables por el Estado obligado a cumplirlos, éste debe tender, de una manera clara y constante, a su realización progresiva, según su capacidad económica y las posibilidades de la sociedad.

**c. Respecto al Expediente N° 009-2005-PI/TC**

Con fecha 9 de marzo de 2005, el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449, específicamente sus artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, y su Primera, Tercera y Quinta Disposición Final y Transitoria.

El demandante esgrime los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que los pensionistas se ven afectados en la medida que, sin tenerse en cuenta los derechos adquiridos, la ley impugnada aplica nuevas reglas a los pensionistas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530; agregando que, en el nuevo marco normativo, la nivelación de las pensiones queda prohibida y se establecen máximos a los montos pensionarios.
- Que se quebranta la seguridad jurídica en la medida que la ley sometida a control constitucional pretende modificar o suprimir derechos fundamentales, como lo son los derechos legalmente adquiridos en materia pensionaria, a la vida, a la dignidad, a la igualdad ante la ley, a la propiedad, 'a la irretroactividad de las normas', a la intangibilidad de los fondos de pensiones, a la seguridad social y a la progresividad de los derechos sociales.

Que siendo el Congreso de la República un poder constituido, no puede exceder las atribuciones que le otorga la propia Constitución. Así, al desarrollar una norma que es contraria no sólo al orden legal sino a los fallos jurisprudenciales que en materia constitucional delimita las facultades del Congreso, se estaría atentando también contra la garantía de la cosa juzgada. Añade que muchos pensionistas han conquistado sus derechos pensionarios en la vía judicial; y que, sin embargo, la ley impugnada justifica toda decisión que en lo sucesivo regule el cumplimiento de las obligaciones pensionarias, desconociendo la protección efectiva a la tutela jurisdiccional efectiva y la seguridad jurídica de los pensionistas, así como las sentencias de inconstitucionalidad que han reivindicado los derechos pensionarios.

## B. Contestaciones de demanda

### a. Respecto al Expediente N° 0050-2004-AI/TC

Con fecha 11 de abril de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito del Acuerdo de Mesa N° 511-2004-2005-MESA/CR, para solicitar que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, sosteniendo que no contraviene la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma, de modo que no se configuran las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado aduce los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que el principio de presunción de constitucionalidad exige interpretar la norma conforme a la Constitución, con buena fe, a fin de no emitir juicios negativos sobre la aplicación de la futura ley. Así, el análisis acerca de la constitucionalidad no puede partir de un juicio *a priori*, en el sentido de que la ley ha sido dada para incumplir con las obligaciones sociales adeudadas a la población.
- Que la reforma responde a razones de equidad social y sostenibilidad financiera, dada la necesidad de subsistencia del régimen, así como la mejora de la situación de la mayor parte de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 y, fundamentalmente, de todo el sistema pensionario como parte integrante de la seguridad social. Así, la universalidad alegada por el demandante supone que la cobertura debe extenderse gradualmente a un número de personas cada vez mayor, y que, dentro de este proceso de extensión, no pueden aceptarse desigualdades de ninguna índole, siendo la instancia legislativa la competente para adoptar y determinar cuáles son los grupos que requieren con mayor urgencia la ampliación de la cobertura. Así, al cerrarse un régimen desfinanciado se garantiza el principio de universalidad y el principio de eficacia, previstos por la ley de reforma, dejando de beneficiarse sólo a un 3,5% de la totalidad de pensionistas.
- Que el ahorro presupuestal que se origina con la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-EP, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, puesto que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas, sino que también se refiere a la razonabilidad del monto percibido.
- Que no tiene asidero afirmar que se verán privados de ejercitar su derecho a la seguridad los casi trescientos mil trabajadores que se encuentran en actividad prestando servicios al estado. Agrega que la reforma constitucional y la ley que modifica las reglas pensionarias precisan que el derecho a la seguridad se ejerce bien en el Sistema Privado de Pensiones (AFP) o bien en el sistema público (Decreto Ley N° 19990), en la medida que el régimen del Decreto Ley N° 20530 ha quedado definitivamente cerrado.
- Que la definición de los límites materiales del derecho a la seguridad social planteada por el demandante es interesada; y, que la ley de reforma constitucional no transgrede el principio de intangibilidad de los fondos y reservas de la



seguridad social, pues ésta puede verse favorecida con la disposición agregada como segundo párrafo del artículo 11 de la Constitución.

- Que, para la seguridad social, las pensiones son pagos periódicos e indeterminados que se otorgan a los afiliados a un sistema determinado de protección cuando se presentan las contingencias que habilitan su abono, las mismas que son otorgadas luego de cumplirse los requisitos que la ley establece, y que tienden a variar de acuerdo a su naturaleza: jubilación, cesantía, sobrevivientes (viudez, orfandad y ascendientes). En esa medida, la Constitución en su artículo 11 se circunscribe a garantizar a la persona el libre acceso, y de forma progresiva, a la pensión, y a supervisar su eficaz funcionamiento como prestación de la seguridad social.
- Que la afirmación de los demandantes es falsa en el extremo en que alegan que no se les hizo conocer el procedimiento seguido para la elaboración de la ley de reforma constitucional, omitiéndose con ello el estricto cumplimiento de lo previsto por los artículos 59, 69 y 70 del Reglamento del Congreso de la República, ya que sí fueron recogidas y sumilladas las sugerencias y observaciones planteadas por los representantes de los pensionistas.
- Que el erróneo entendimiento de la teoría de los hechos cumplidos, lleva al demandante a plantear una pretensión insostenible y contraria al criterio establecido por el Tribunal Constitucional, respecto a la posibilidad de limitar al derecho pensionario en función a la situación económica, social y política del país.

**b. Respecto al Expediente N° 0051-2004-AI/TC**

Con fecha 8 de marzo de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito a la Resolución N° 060-2004-2005-P/CR, para solicitar que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Ilustre Colegio de Abogados del Callao contra el artículo 3 de la Ley N° 28389, sosteniendo que no contraviene la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma, de modo que no se configuran las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado alega los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que es obsoleta la *vexata questio* acerca de la existencia de normas inconstitucionales en el texto escrito de la Constitución, dado que los principios que rigen la interpretación constitucional obligan al intérprete a ceñirse a ellos, a fin de encontrar el resultado constitucionalmente correcto por medio de un procedimiento racional, controlable, debidamente fundamentado, que produzca certeza y seguridad jurídica.
- Que el propio Tribunal Constitucional es el que ha establecido los criterios que habilitan una reforma constitucional y la revisión y perfeccionamiento del sistema de seguridad social en pensiones.
- Que la inequidad entre el régimen del Decreto Ley N° 20530 y otros regímenes pensionarios, e incluso al interior del primero, justifican la opción adoptada por la ley de reforma constitucional. Añade que ésta se condice con los instrumentos de protección de los derechos humanos y con la doctrina del Tribunal Constitucional, puesto que se trata de una ley que tiene como objeto el bienestar general dentro de una sociedad democrática, que no contradice el propósito y la razón de ser de los derechos económicos, sociales y culturales.



- Que el desarrollo progresivo de los derechos sociales debe ser entendido e interpretado respecto de la población en general, y no en función de un grupo pequeño de pensionistas, atendiendo, tal como lo hace el texto de reforma constitucional, a la equidad e interés social.
- Que para la seguridad social, las pensiones son pagos periódicos e indeterminados que se otorgan a los afiliados a un sistema determinado de protección, cuando se presentan las contingencias que habilitan su abono, las mismas que son otorgadas luego de cumplirse los requisitos que la ley establece, y que tenderán a variar de acuerdo a su naturaleza: jubilación, cesantía, sobrevivientes (viudez, orfandad y ascendientes). En esa medida, la Constitución, en su artículo 11, se circunscribe a garantizar a toda persona el libre acceso, en forma progresiva, a la pensión, y a supervisar su eficaz funcionamiento como prestación de la seguridad social.
- Que la teoría de los derechos adquiridos es insostenible, pues supone en el ordenamiento jurídico la existencia de situaciones jurídicas inmunes a la ley o la presencia de leyes que siguen vigentes aún después de haber sido derogadas.
- Que el ahorro presupuestal que se origina con la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-EP, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas, sino también a la razonabilidad del monto percibido.

**c. Respecto a los Expedientes 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y N.º 009-2005-PI/TC**

Con fecha 15 de abril de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito de las Resoluciones N° 069-2004-2005-P/CR y N° 076-2004-2005-P/CR, para solicitar que se declaren infundadas las demandas de inconstitucionalidad N° 004-2005-PI/TC y N° 007-2005-PI/TC, presentadas por dos grupos de cinco mil ciudadanos contra los artículos 3 de la Ley N° 28389, y, por conexión, contra la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530; así como la demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI/TC presentada por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 28449, manifestando que dichas normas impugnadas no contravienen la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma; no configurándose las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado aduce los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Que es obsoleta la *vexata questio* acerca de la existencia de normas inconstitucionales en el texto escrito de la Constitución, en la medida que los principios que rigen la interpretación constitucional obligan al intérprete a ceñirse a ellos, a fin de encontrar el resultado constitucionalmente correcto por medio de un procedimiento racional, controlable, debidamente fundamentado, que produzca certeza y seguridad jurídica.

- Que la reforma del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 era necesaria por razones sociales, administrativas y fiscales, como se expone en el proyecto de

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ley de reforma y en el proyecto de ley que originó posteriormente la Ley N° 28449, y cuyo objetivo es brindar una mayor equidad en el pago de las pensiones.

- Que la reforma tendrá un impacto significativo en la carrera pública, permitiendo diseñar una política de remuneraciones moderna, transparente y dirigida a fomentar el buen desempeño de los trabajadores públicos, más aún si todo incremento, inclusive el destinado a objetivos concretos o vinculados directamente a la condición laboral de un grupo de trabajadores, tiene efectos inmediatos a favor de los jubilados. En este sentido, las remuneraciones de los trabajadores públicos y las pensiones de los jubilados deben tener un tratamiento independiente, con sus propias reglas, requisitos, fondos y proyecciones.

Que el ahorro presupuestal que permitirá la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-IEF, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas sino que también se refiere a la razonabilidad del monto percibido.

- Que la definición de los límites materiales del derecho a la seguridad social esgrimida por el demandante es interesada; y que la ley de reforma constitucional no transgrede el principio de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, sino que puede verse favorecida con la disposición agregada como segundo párrafo del artículo 11 de la Constitución.

- Que en los diversos instrumentos internacionales ratificados por el Perú referidos a la seguridad social, las disposiciones son centralmente programáticas, las cuales han sido respetadas escrupulosamente tanto por la reformada Primera Disposición Final y Transitoria, como por las normas posteriormente promulgadas.

- Que la teoría de los derechos adquiridos es insostenible, pues supone en el ordenamiento jurídico la existencia de situaciones jurídicas inmunes a la ley, o la presencia de leyes que siguen vigentes aún después de haber sido derogadas. Por lo tanto, plantear la vigencia del derecho a la nivelación aún después de la modificación incorporada supone la asunción de una tesis que no sólo no tiene base en el texto constitucional, sino que colisiona frontalmente con la opción normativa adoptada, resultando, por ende, carente de sustento.

### V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES DE PRONUNCIAMIENTO

#### ➤ **Respecto a la Ley N° 28389, Ley de reforma constitucional**

- ¿Cuál es el ámbito de control de la constitucionalidad del Tribunal Constitucional respecto a la ley de reforma constitucional relacionada con el régimen pensionario? En consecuencia:

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ¿Hasta qué punto es competente este Colegiado para controlar una ley de reforma constitucional a la cual se encuentra sometido, al ser la Constitución nuestro parámetro de actuación para resolver un proceso de inconstitucionalidad?
- ¿De qué forma se define el canon constitucional de interpretación que será utilizado para resolver el presente proceso de inconstitucionalidad?
- ¿De qué forma se define la independencia del Tribunal Constitucional a la hora de resolver?

¿Cómo se establece el examen de control de la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional determinada por el poder constituyente derivado? Por lo tanto,

- ¿De qué manera se configuran los límites a la reforma constitucional?
- ¿Se ha vulnerado, al momento de aprobar la ley, el procedimiento de reforma constitucional exigido por la propia Constitución?
- ¿Afecta la presente reforma los límites materiales que la determinan, por contravenir el contenido de los derechos fundamentales?

• Entrando al fondo de la cuestión, ¿cuál es el sentido social del derecho a la pensión? Por tal razón,

- ¿Cómo aparece reconocido el derecho a la pensión dentro de un Estado social y democrático de derecho y dentro de una economía social de mercado?
- ¿De qué forma la seguridad social constituye una garantía institucional del derecho a la pensión?
- ¿Cuál es el criterio de justicia que debe ser observado como substrato del derecho a la pensión?

• ¿Cómo se configura el derecho a la pensión? En tal sentido:

- ¿Se deben utilizar en este derecho la categoría de derechos humanos, de derechos constitucionales o de derechos fundamentales?
- ¿Cómo se concretiza la titularidad del derecho fundamental a la pensión?
- ¿Es compatible con su carácter de derecho fundamental, la exigencia de la teoría de los derechos adquiridos y la progresividad de su tratamiento?
- ¿Cómo se analiza el carácter patrimonial del derecho a la pensión?

• ¿Es constitucionalmente legítima la existencia de una reforma pensionaria como la realizada? Así,

- ¿En qué sentido se ha respetado el contenido esencial del derecho a la pensión en la reforma constitucional?
- ¿Cuál es la forma de aplicación del *test* de razonabilidad a la equidad pensionaria?

### ➤ Respecto a la Ley N° 28449

• ¿Qué consideraciones generales se deben observar respecto a la resolución de un proceso de inconstitucionalidad de una ley? Por ello, corresponderá analizar lo siguiente:

- ¿Cuál es el canon de interpretación constitucional que debe ser utilizado para evaluar la inconstitucionalidad de la ley?



- ¿Qué se entiende por la configuración legal del derecho fundamental a la pensión?
- ¿Existe alguna inconstitucionalidad formal en el *iter* legislativo seguido?
- Respecto a la inconstitucionalidad material, ¿son constitucionalmente válidas las nuevas reglas pensionarias? En consecuencia,
  - ¿Cómo se aplican a los trabajadores vinculados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530?
  - ¿Resultan constitucionales la determinación y los criterios de aplicación del monto máximo de las pensiones?
  - ¿Cómo se debe fijar la pensión mínima?
  - ¿Supera el *test* de razonabilidad que el reajuste pensionario utilice la edad como criterio de diferenciación?
  - ¿Afecta el criterio de igualdad el distinto tratamiento entre hombres y mujeres con relación a la pensión de viudez?
  - ¿Es constitucional la configuración legal de la pensión de orfandad?
- ¿De qué manera este Colegiado establece la exigibilidad de la sentencia emitida? En consecuencia,
  - ¿Se encuentra sometida la Administración al cumplimiento y respeto de la Constitución?
  - ¿Hacia dónde debe destinarse el ahorro presupuestario respecto a las pensiones?
  - ¿En qué medida se pueden homologar los regímenes pensionarios?

**VI. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28389 QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 11, 103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN**

**A. EL ÁMBITO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A UNA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL**

**§I. LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR UNA LEY QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN**

**1. El principio político de la soberanía popular y el Tribunal Constitucional**

El artículo 45 de la Constitución establece que el poder del Estado emana del pueblo, lo cual constituye la expresión política del principio de la soberanía popular, propio de todo Estado social y democrático de derecho con el que se identifica la Nación, y a la cual este Colegiado debe remitirse.

Con relación al Tribunal Constitucional, se sostiene que la Constitución

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“(…) no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones ‘constitucionalmente relevantes’, sino que determina su composición, los órganos y método de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, recibe *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos”<sup>1</sup>.

En tal medida, este Colegiado ha establecido, como parte del fundamento 2 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, Caso Alberto Borea Odría, sobre la Inconstitucionalidad de la Constitución Política de 1993, que

“(…) la Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas”.

En tal contexto, en toda institución pública, quienes ejerzan el poder deben estar sometidos a la expresión popular propia de un régimen democrático que se encuentra consagrada en el texto constitucional. Así, se

“(…) establece también como instrumento máximo de garantía un Tribunal Constitucional, cuya misión, a la postre, no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución”<sup>2</sup>.

### 2. El principio jurídico de la soberanía constitucional y el Tribunal Constitucional

En el mismo artículo 45 de la Constitución, refiriéndose al poder, se prescribe que

“(…) quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

En tal sentido, es indudable que este Colegiado se encuentra plenamente sometido a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución. Este es, justamente, el principio jurídico de la soberanía constitucional.

Es más, por definición, la actividad del Tribunal Constitucional es tutelar la constitucionalidad de los actos y las normas en un Estado social y democrático de derecho. Por lo tanto, tal como lo señala el artículo 1 de su propia Ley Orgánica, Ley N° 28301, este Colegiado

“(…) se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

De ello se desprende que, al ser un órgano primordial en la configuración y vigencia del Estado social y democrático de derecho, el Tribunal Constitucional debe propiciar en un máximo sentido que la Constitución sea cumplida en toda su plenitud y dimensión.

<sup>1</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel. El 'status' del Tribunal Constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, vol. 1, N° 1 (ene.-abr. 1981), pp. 13-14.

<sup>2</sup> DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid, Tecnos, 1985. p. 53.



Así, y a propósito de un proceso de inconstitucionalidad, en el fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2002-AI/TC, Caso de la Municipalidad Provincial de Huaura, sobre Inconstitucionalidad de Ordenanza, este Colegiado afirmó que en todo proceso sometido a su competencia se debe reconocer que

“(…) la Constitución (…) actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*”.

Entonces, debe definirse si este Colegiado se encuentra capacitado para analizar, en una demanda de inconstitucionalidad, una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389. Es más, no se puede desconocer el hecho de que el contenido de esta ley de reforma, por haber cumplido el *iter* legislativo de su aprobación –doble votación calificada en el Congreso–, se ha integrado a la propia Norma Fundamental. Se deben revisar las posiciones al respecto.

### 3. La discutible consideración del control de la reforma constitucional como ‘cuestión política no justiciable’

Se ha considerado la posibilidad de excluir expresamente al Tribunal de cualquier acto de modificación constitucional, porque se asignaría a éste la condición de cuestión política no justiciable. Se arguye que, al no estar prevista expresamente en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución la ley de reforma constitucional, no podría aparecer como objeto de impugnación a través de un proceso de inconstitucionalidad, tema sobre el cual se volverá *infra*.

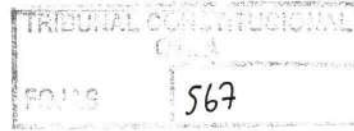
Este Colegiado ya se ha referido a las *political questions*, señalando, como parte del fundamento 11 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 340-98-AA/TC, Caso Guillermo Rey Terry, sobre Afectación al Debido Proceso en Destitución por el Congreso, “(…) que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros; uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad”.

Sin embargo, en el presente proceso, tal como se analizará a continuación, es pertinente que el Tribunal Constitucional, como principal garante de la Constitución, vele porque la Norma Suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos establecidos para una reforma constitucional. Por lo tanto, este Colegiado debe esclarecer si la norma impugnada atenta, o no, contra los ‘contenidos fundamentales’ y los procedimientos de reforma previstos en la propia Constitución.

### 4. El parámetro que se utilizará en las presentes demandas de inconstitucionalidad

Si bien, *prima facie*, se ha determinado la competencia de este Colegiado para analizar las demandas de inconstitucionalidad de una ley de reforma constitucional, es conveniente precisar cuál será su parámetro exacto de actuación.

La controversia se suscita porque, de un lado, la Constitución es el parámetro básico de actuación del Tribunal Constitucional, y, por otro, se solicita que se analice la validez de la reformada Constitución. Es decir, que este Colegiado podría llegar a examinar, como parte de su competencia implícita, su propio marco constitucional de control. La determinación de tal parámetro es esencial para que se pueda asumir la atribución de examinar una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es conveniente recalcar que tal actuación es componente elemental de la legitimidad con que se cuenta en sede constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional puede analizar la constitucionalidad de una norma de reforma de la Constitución siempre y cuando afecte el ‘contenido fundamental’ de su configuración normativa, en tanto Norma Suprema política y jurídica del Estado. Para determinar este núcleo, es imprescindible remitirnos a los parámetros que la propia reforma constitucional asume como parte de su ordenación constitucional.

Esto quiere decir que si a través de una ley de reforma constitucional se vulnera la esencia misma de la Constitución, y siendo el Tribunal Constitucional, tal como lo señala explícitamente el artículo 201 de la propia Constitución, el órgano de control de la Constitución, se encuentra legitimado para intervenir excepcionalmente como un ente competente para analizar la norma constitucional impugnada, pero única y exclusivamente sobre la base del ‘contenido fundamental’ protegido implícitamente en la Constitución.

### 5. La determinación de competencia

Este Colegiado es competente para analizar las reformas constitucionales impugnadas por las demandas que eventualmente podrían afectar el ‘contenido fundamental’ -también denominado ‘fórmula política’- de la Constitución, sobre todo en su ámbito social y, en especial, el pensionario. Para tal efecto, en el desarrollo de esta sentencia será imprescindible determinar tal ‘contenido fundamental’ y establecer, previamente, cuáles son los límites materiales y formales que existen respecto a una reforma constitucional.

El marco adecuado que brinda la Constitución al Tribunal Constitucional permite señalar que este proceso vital del Estado, como un todo,

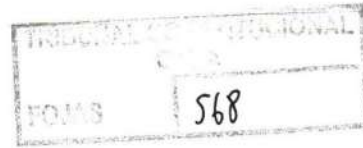
“(…) en cuanto duradera renovación y progreso de la voluntad comunitaria estatal como unidad vital y real, es regulado por la Constitución”<sup>3</sup>.

Por lo tanto, será imprescindible analizar los límites materiales y formales a los cuales se somete el Congreso nacional para realizar una ley modificatoria de la Constitución, más aún si en el fundamento 62 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cusco, sobre la Ley de Reforma Total de la Constitución, este Colegiado precisó que

“(…) en caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites”.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, y en tanto vocero del poder constituyente, es el titular legitimado para ejercer el control jurídico del poder constituido. Por tal razón, este Colegiado es el órgano competente para analizar la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530.

<sup>3</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid, Reus, 1985. p. 206.



## §2. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

### 6. El análisis de la presunción de constitucionalidad de las leyes

Determinada la competencia de este Tribunal para resolver la presente causa, se mantiene aún la dificultad de establecer con precisión cuál es el parámetro que servirá para declarar inconstitucional, o no, la Ley N° 28389.

Si, según el artículo 109 de la Constitución,

“(…) la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”,

es posible que el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pueda fundamentarse, siempre y cuando hayan sido expedidas por un órgano democrático y de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados.

Esta presunción cuenta con un grado superior o reforzado de legitimidad en caso que la ley aprobada sea una de reforma constitucional, siempre que hubiese sido dictada por el poder constituyente instituido del que goza el Congreso nacional, en este caso a través del poder de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Constitución.

### 7. La presentación de una disyuntiva sobre la norma constitucional que debe utilizarse

En la Audiencia sobre el presente caso llevada a cabo el día 3 de mayo del 2005, las partes asumieron posiciones encontradas al respecto, no llegándose a definir con claridad si las demandas planteadas deben analizarse a la luz de las normas constitucionales ahora vigentes –o sea, ya reformadas-, o si, por el contrario, corresponde el examen a partir de las normas en vigor hasta antes de la reforma.

Una disyuntiva como ésta fue de cierta forma superada por este Colegiado en dos sentencias anteriores. En primer lugar, como parte del fundamento 3 de la Sentencia N° 005-96-I/TC, se precisó que

“(…) para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles”.

En segundo lugar, en el fundamento 22 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, estableció que si se analizase la constitucionalidad de la reforma sobre la base de la norma justamente ya reformada, el parámetro

“(…) no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado. Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se ‘administraba’ no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal”.

### 8. El marco constitucional del presente proceso de inconstitucionalidad

Este Colegiado considera que la presunción de constitucionalidad de las leyes debe ser respetada plenamente en un Estado social y democrático de derecho. Por ello, estima que





no se puede incurrir en la contradicción jurídica de utilizar como parámetro de constitucionalidad una norma inexistente, pues, si así fuese, se contravendría el artículo 45 de la Constitución. La utilización de normas inexistentes le conferirían a éstas un carácter ultractivo. Por lo tanto, es absolutamente inconstitucional pretender utilizar como marco jurídico, en el presente proceso, el artículo 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria reformados.

De otro lado, tampoco podrían aplicarse las nuevas disposiciones constitucionales, por ser precisamente materia de impugnación constitucional. Sin embargo, estas normas constitucionales gozan de una presunción reforzada de legitimidad constitucional, hecho que no obsta su presunción *iuris tantum*. Por ello, este Tribunal circunscribirá el examen de la legitimidad de dicha reforma constitucional al parámetro del 'contenido fundamental' de la Constitución.

Esto significa que, en principio, lo razonable sería pronunciarse respecto a las demandas de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 sobre la base de las normas no sujetas a controversia constitucional, y siempre referidas al derecho a la pensión, pues sólo así se podrá determinar si el procedimiento de reforma constitucional fue llevado a cabo con lealtad constitucional. Por ello, deberá examinarse dicha ley a la luz del contenido fundamental de la Constitución, difiriendo provisionalmente la utilización de las normas impugnadas.

## 9 El precedente jurisprudencial y la Constitución

Es conveniente determinar, vistos los argumentos de los demandantes, si este Colegiado se encuentra vinculado en su actuación a las sentencias emitidas cuando estaban vigentes las normas constitucionales modificadas. Es decir, si se encuentra condicionado por la jurisprudencia dictada cuando regía la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que consagraba un régimen de derechos adquiridos para los pensionistas de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.

Como bien se acaba de mencionar, para resolver la presente controversia constitucional sólo se podrán usar las normas que no están sujetas a escrutinio jurisdiccional, y siempre que se pudiera haber producido una grave y clara violación al 'contenido fundamental' de la Constitución. Por ello, la interpretación realizada por este Tribunal respecto a las normas que sí están sujetas a control sólo pueden ser consideradas como válidas relativamente, lo cual condiciona la inexistencia de cosa juzgada respecto a su jurisprudencia (*Vid., fundamento 116*).

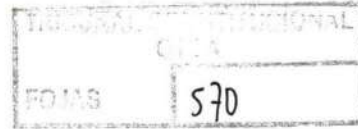
Si bien, como señala el artículo 82 del Código Procesal Constitucional,

“(...) las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos”,

no podrá ser considerado como válido que este Colegiado se supedite a su jurisprudencia cuando el parámetro normativo constitucional que los demandantes invocan para resolver sus demandas ya ha sido modificado.

En aras de mayor claridad, debe comprenderse qué significa un proceso de inconstitucionalidad. Según el Código Procesal Constitucional, en su artículo 75, éste tiene como objeto

“(...) la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa”.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Queda claro, entonces, que este Colegiado no se encuentra sometido a las sentencias emitidas cuando regían las normas constitucionales ahora modificadas, pues el sentido de la 'jerarquía normativa' de la Constitución ya ha variado. Esto no significa que las sentencias expedidas en el anterior contexto normativo constitucional en materia pensionaria quedan sin efecto, por cuanto fueron expedidas válidamente.

### §3. LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### 10. La actuación del Tribunal Constitucional frente a un proceso de inconstitucionalidad

Cuando se resuelve un proceso de inconstitucionalidad, no puede soslayarse su naturaleza dual, dado su carácter abstracto -u objetivo-, por ser un proceso de puro derecho, y concreto -o subjetivo-, por las consecuencias económicas y sociales que producen sus sentencias.

En tal contexto, este Colegiado valora subjetivamente la constitucionalidad de actos concretos -relativos a la situación del sistema pensionario-, pues tal valoración se impone como un canon interpretativo de la Constitución; o, lo que es lo mismo, asume una 'función de valoración' para la resolución de la controversia constitucional.

Asimismo, en un sentido objetivo, el control de constitucionalidad debe ejercerse según los valores y principios consagrados constitucionalmente, es decir, como bien este Tribunal lo señalara en el fundamento 2 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 002-2005-PI/TC, Caso Miguel Ángel Mufarech Nemy, sobre Inconstitucionalidad de Ley de Instalación de Planta de Gas Natural, el escrutinio que realiza

“(…) no se reduce, únicamente, a un mero examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es, promoviendo la superación de las situaciones reales conflictivas de los diversos intereses que coexisten en el marco del Estado Constitucional de Derecho, a fin de otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales”.

#### 11. El Tribunal Constitucional como órgano de control jurídico y político

El Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Norma Fundamental, sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución.

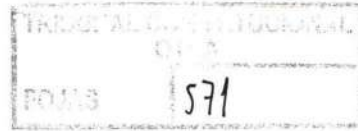
Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político democrático. En tal sentido, se ha enfatizado que

“(…) el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político”<sup>4</sup>.

De esta forma, se está proclamando la dualidad jurídico-política de la Norma Suprema. Por lo tanto, la Constitución no solamente es una norma de rasgo eminentemente jurídico, sino que el fortalecimiento del régimen democrático irá condicionando su validez y eficacia.

Es así como este Colegiado debe resolver las controversias, sobre todo las referidas a inconstitucionalidad; asumiendo su carácter político y jurídico, pero sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución.

<sup>4</sup> TRIEPEL, Heinrich. Derecho público y política. Madrid, Civitas, 1986. 1ª reimpr. p. 42.



### 12. La independencia funcional de los magistrados

Por otro lado, como imperativa asunción de una exigencia de correcta administración de justicia, debe precisarse que el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que:

“Los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo”,

lo cual no comporta el desconocimiento de los legítimos intereses y las direcciones ideológicas existentes, siempre, claro está, que no subordinen su actuación jurisdiccional.

### 13. Los medios de comunicación y Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional valora el importante rol que cumple la prensa libre en el propio resguardo de la administración de la justicia constitucional.

Sin embargo, ante las versiones periodísticas que han puesto en duda la actuación independiente y honesta de algunos magistrados de este Colegiado que son titulares del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, así como tras la difusión inexacta y no siempre ponderada respecto al avance de los debates suscitados a raíz de esta sentencia, corresponde al Tribunal Constitucional demandar una mayor responsabilidad a los medios de comunicación social a fin de que realmente cumplan con la función encomendada por la Constitución en su artículo 6:

“(…) los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”.

Se invoca, pues, la prudencia informativa, lo que evidentemente no comporta que depongan su labor de investigación, tan necesaria, sino simplemente que lo sea respetando la judicatura, el sistema democrático y a los peruanos en general.

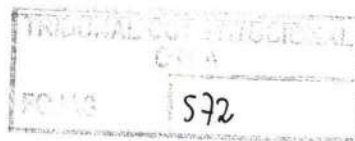
## B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA Y POR EL FONDO

### §1. LA NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

### 14. Según los demandantes, debe examinarse la ley de reforma constitucional

Los demandantes sostienen que el Tribunal Constitucional debe realizar el examen parcial de la ley de reforma constitucional, pues consideran que,

“(…) de no ser así, resultaría meramente teórico y académicamente rico, pero vano y superfluo en la práctica, establecer la exigencia de límites al poder de reforma constitucional para señalar a renglón seguido que en caso el órgano competente para la reforma los supere y exceda, alterando el contenido esencial de la Constitución, no es posible controlar dichos excesos por ser una cuestión política ajena al control constitucional, y por lo tanto, no existir un órgano y un proceso autorizados para impedir y reprimir dicha reforma”. De esta forma, “es evidente que el poder reformador (constituyente derivado) del Congreso o



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Parlamento es insuficiente para producir una reforma que afecte, de cualquier manera, las decisiones políticas fundamentales, los principios y los valores superiores de la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales que ésta reconoce y garantiza”<sup>5</sup>.

### 15. Según el demandado, la ley de reforma se ha hecho al amparo de decisiones del Tribunal Constitucional

El demandado ha señalado como motivación de la reforma constitucional que,

“(…) resulta un imposible jurídico declarar inconstitucional una reforma constitucional que tiene como objetivo cumplir con todas las previsiones, reflexiones, recomendaciones e interpretaciones que de la Constitución ha hecho el Tribunal Constitucional en materia de régimen pensionario”<sup>6</sup>.

### 16. El reconocimiento de la necesidad de cambios constitucionales

Independientemente de los argumentos de ambas partes, corresponde analizar cómo se configura la competencia de este Colegiado para revisar una ley de reforma constitucional, determinando básicamente los parámetros que el Congreso tiene para dictarla.

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 a 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. 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.

Es necesario señalar que cualquier modificación constitucional, con independencia de cuál sea su contenido, su orientación o su especificidad, supone necesariamente una alteración del equilibrio anteriormente vigente y, de un modo especial, de aquel que regula la tensión permanente entre las tres partes principales de toda Constitución: el estatuto de las libertades, el estatuto del poder y el estatuto del control.

Ello supone que tal alteración debe corresponder al sentir constitucional, y a sus valores estatuidos, pues,

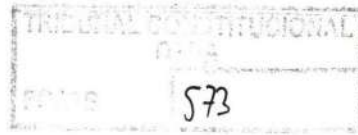
“(…) toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo unas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la realidad normativa vigente (...) si tales modificaciones se acumulan en poco tiempo, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa”<sup>7</sup>.

Esta modificación de los contenidos constitucionales está permitida originariamente por el propio texto del artículo 206 de la Constitución, lo cual significa que la modificación debe efectuarse sobre la base de las circunstancias históricas correspondientes.

<sup>5</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI/TC, pp. 78-91.

<sup>6</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 4, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.

HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 74.



### 17. El Poder Constituyente y el Tribunal Constitucional

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmudaciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de 'crear' la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente.

Al respecto, debe precisarse cuál es la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente originario. Cuando resuelve un proceso, y al haberse reconocido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que

“(…) es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”,

en el fondo se está admitiendo que este Colegiado, actuando con lealtad constitucional y jurídica, es el intérprete de la voluntad del poder originario, atendiendo a que su fin es darle un sentido vivo, dúctil y omnicomprensivo a la Constitución. Pero debe quedar claro, especialmente para esta sentencia, que esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea el Poder Constituyente; simplemente se convierte, por así decirlo, en su ‘vocero’.

### 18. La reforma constitucional asignada al Congreso de la República

El Poder Constituyente se ha autolimitado en la actual Constitución -artículo 206- a través del poder de revisión constitucional, lo que hace posible la existencia de una reforma constitucional, siempre y cuando se siga lo formal y materialmente establecido.

La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior.

Al respecto, este Tribunal ha sido claro en manifestar, en el fundamento 84 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

“(…) el artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum”.

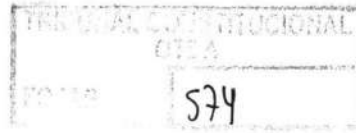
De esta manera se reconoce que la titularidad del poder constituyente derivado o instituido corresponde al órgano del poder público que, de acuerdo con las normas constitucionales preexistentes, tenga competencia para introducir modificaciones no sustanciales en la Constitución, como es el Congreso de la República.

Tal como lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 7 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados),

“(…) las leyes de reforma constitucional tienen la capacidad de incorporarse e innovar la Constitución (parámetro y no objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad)”.

Teniendo como base ello, se ha señalado que

“(…) la rigidez proporciona una estabilidad realizada en primera línea mediante la permanencia formal de las normas, en cuanto que los límites propician una



estabilidad relacionada principalmente con la permanencia de determinados contenidos y con la continuidad del orden constitucional”<sup>8</sup>.

Entonces, debe quedar claro que el Congreso tiene límites para modificar el contenido de la Constitución. Su actuación tiene una frontera. La delimitación de su competencia legislativa será revisada por este Colegiado.

### 19. La urgencia de reforma constitucional del régimen pensionario

Al respecto, este Colegiado, en el fundamento 28 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, ha expresado que

“(…) al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable”.

Por lo tanto, corresponde que el Congreso efectúe las reformas constitucionales de un verdadero Estado social y democrático de derecho, salvando de esta manera las dificultades que en su formulación dictatorial de 1993 llegó a tener.

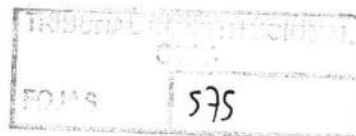
En el caso específico del tema pensionario, también este Colegiado ha sostenido, como parte del fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 002-2003-AI/TC, Caso Cinco mil ciudadanos, sobre la Constitucionalidad de la Ley N° 27617, referida a Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, que

“(…) ciertamente, dentro de las funciones de este Tribunal no está la competencia para dictar las medidas legislativas que permitan que el régimen pensionario establecido a favor de un sector de pensionistas y futuros pensionistas se adecue a ‘imperativos de equidad social’, como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni tampoco la de realizar las reformas que se consideren más convenientes. Si el emplazado considera que el régimen constitucional de los Decretos Leyes N.ºs 19990 y 20530 no es el que más se adecue a esos imperativos o a los que la economía nacional pueda mantener, siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido. Al fin y al cabo, con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional. Tal posibilidad y la oportunidad de su ejercicio, sin embargo, no es un asunto que se encuentre dentro de las competencias de este Tribunal -como ya se ha expresado en la STC N° 0189-2002-AA/TC, Fundamento N° 20-, sino en las del órgano al que se ha investido de tal función, a través del procedimiento preceptuado en el artículo 206 de la Constitución”.

Sobre este particular, también la Defensoría del Pueblo ha manifestado que

“(…) resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país con el objeto de asegurar su viabilidad y garantizar que los

<sup>8</sup> JUST DA COSTA E SILVA, Gustavo. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro – Sao Paulo, Renovar, 2000. p. 69.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

afiliados tengan la oportunidad de acceder a pensiones que les garantice niveles de vida acordes con su dignidad humana”<sup>9</sup>.

Entonces, lo que debe determinarse a continuación es si la Ley N° 28389 -y también la N° 28449, como se analizará *infra*- que modifica el régimen pensionario, tienen incidencia directa en la ‘equidad social’ y no han sobrepasado los límites de una reforma constitucional desarrollada adecuadamente.

### 20. El control de los cambios constitucionales

Corresponde, entonces, evaluar los alcances de la competencia de este Colegiado para ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley de reforma constitucional, acotando que se encuentra habilitado, por el artículo 200, inciso 4 de la Constitución, para ejercer el control constitucional de la ley sin distinción alguna. Tal dispositivo debe ser interpretado correctamente de manera extensiva, a diferencia de lo propuesto negativamente en el *fundamento* 3; en consecuencia, puede concluirse válidamente que el precitado artículo permite la revisión de una ley de reforma constitucional.

Es por ello, según lo expresado en el fundamento 6 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados), que

“(…) es deber de este Colegiado preservar la supremacía jurídica de la Constitución, haciendo respetar los valores constitucionales -función valorativa-, expulsando la norma contraria a la Constitución -función pacificadora-, y restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico-constitucional -función racionalizadora-”.

Este marco de actuación permite que este Tribunal, según lo expresan los fundamentos 7 y 9 de la mencionada resolución, pueda ejercer control, pues

“(…) si bien es cierto que la Constitución es creación de un Poder Constituyente, también lo es que las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites jurídicos contemplados con antelación por la fuente que lo constituye (...) Que, por todo lo dicho, una ley de reforma constitucional sí es susceptible de ser impugnada en un proceso de inconstitucionalidad”.

### 21. El problema de los límites de la reforma constitucional

La cuestión de los límites está estrechamente vinculada con el poder constituyente -que en su momento fue el ‘Congreso Constituyente Democrático’ (sic)- y el poder revisor -en nuestro caso, el Congreso nacional-, y las características que los diferencian. El primero tiene la calidad de soberano, y una vez que, como fruto de esa soberanía, surge la Constitución, se transforma, convirtiéndose en poder jurídico. El segundo, por su parte, al ser un poder creado y limitado, puede revisar la Constitución, y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando, ‘contenido fundamental’.

<sup>9</sup> DEFENSORÍA 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, 2004.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En una aproximación de carácter inicial, todo cambio que se realice en el sistema conforme a la Constitución, no puede alterar su identidad. La adecuación de normas constitucionales sirve, más bien, para confirmar o realfirmar la mencionada identidad, en un sentido de evolución normativa y social.

En este marco, es imprescindible diferenciar entre interpretación y mutación. La interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema.

En este esquema, en doctrina se sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación

“(…) modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”<sup>10</sup>.

Esta diferencia es clave, sobre todo en un ‘caso límite’ como es el que es materia de este proceso de inconstitucionalidad, relacionado con un supuesto de irreformabilidad del ‘contenido fundamental’, léase núcleo constitucional. Por lo tanto, desde la perspectiva de la reforma constitucional, un sistema es estable si mantiene conformidad con el desarrollo de los principios constitucionales, o requerirá una adaptación, si ésta no vulnera la esencia constitucional sobre la que se fundamenta formalmente la comunidad política.

### 22. La dualidad de límites

Teniendo claro que no toda reforma constitucional se produce de conformidad con la identidad de un sistema, se examinará, en primer lugar, los límites formales que deben condicionarla. Y, en segundo, si también están presentes los límites materiales, los cuales deben construirse a partir de la propia Constitución.

Si, según el artículo 45 de la Constitución, el poder se ejerce según las limitaciones que ésta impone, queda claro que el Congreso, según lo estipula el artículo 102, debe

“velar por respeto de la Constitución y de las leyes”,

El sometimiento del Congreso a la Constitución lo obliga a proteger los derechos y bienes en ella recogidos, en el caso que desarrolle una norma a través de una ley regular o, aún más, cuando lo hace mediante una ley de reforma constitucional. Debido a que la autoridad del poder de reforma tiene como soporte el texto constitucional, su contenido no puede destruir su fundamento ni su razón de ser.

En la medida que el poder de reforma proviene de la propia normatividad y normalidad constitucionales, pueden enunciarse, cuando menos, dos corolarios básicos:

- Que sus posibilidades formales de actuación son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere; y,
- Que sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución tienen, por necesidad, que ser también limitadas.

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, CEC, 1983. p. 91.



## §2. LOS LÍMITES FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

### 23. Según los demandantes, no se ha respetado el derecho a la defensa en el procedimiento de reforma constitucional

Según uno de los demandantes, con el procedimiento de reforma se han afectado los derechos a la defensa, al debido proceso y al ejercicio de vida, pues

“(…) se pudo convocar a las instituciones representativas de dichos sectores, cuya personería jurídica obra en Registros Públicos a efectos de cumplir y garantizar la referida exigencia de forma para la validez de esta actuación constitucional”<sup>11</sup>.

### 24. Según el demandado, en un procedimiento de reforma constitucional no puede exigirse el derecho a la defensa

El demandado considera ello porque

“(…) la aprobación de la Ley constituye un acto político por excelencia que no puede reconducirse, como señala el demandante, a un principio del debido proceso -el derecho de defensa- que rige los procesos y procedimientos de carácter sancionatorio. El procedimiento legislativo no se equipara con el proceso jurisdiccional ni con los procedimientos administrativos o corporativos”<sup>12</sup>.

### 25. El carácter de la limitación de índole formal

Deberá, entonces, determinarse si a lo largo del proceso de elaboración de la ley de reforma del régimen pensionario se ha vulnerado el procedimiento exigido constitucionalmente, lo cual constituiría una afectación a los límites formales impuestos.

Al respecto, conviene acotar que las normas de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional. Las modificaciones del texto constitucional realizadas por los órganos constituidos que se producen fuera de los cauces previstos en la normativa constitucional, serán nulas e ineficaces.

Es decir,

“(…) en cuanto la validez de una Norma depende de su correspondencia con la forma -y en su caso el contenido- de otra superior, no puede válidamente aplicarse a sí misma. Por lo tanto, las Normas que regulan la reforma, en cuanto no pueden aplicarse a sí mismas, se convierten en irreformables”<sup>13</sup>.

Proscripciones de este tipo se establecen claramente en los ordenamientos constitucionales. Los tribunales constitucionales tienen competencias relacionadas con las reformas constitucionales para evaluar si éstas se llevaron a cabo respetando los procedimientos previstos en la Constitución. Es decir, la competencia de los órganos de control constitucional se limita a evaluar si se han transgredido los límites formales de la reforma.

<sup>11</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-PI, p. 28.

<sup>12</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-PI, p. 8.

<sup>13</sup> DE CABO MARTÍN, Carlos. La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho. Madrid, Trotta, 2003. p. 44.



De acuerdo a lo expresado en el fundamento 72.a de la Sentencia expedida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, este tipo de límites

“(…) se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental”.

#### 26. El respeto al procedimiento de reforma previsto en el artículo 206 de la Constitución

La Constitución permite al Congreso, como órgano constituido, ejercer la función constituyente derivada, pero con la observancia de las formalidades prescritas para ello en el texto constitucional. Tales son los límites formales de la reforma.

En nuestro país se ha previsto el procedimiento de reforma en el artículo 206 de la Constitución. Queda claro que tal norma no podría ser modificada por el poder constituido, sino, *prima facie*, por un poder constituyente instituido:

“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 los 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 (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

#### 27. La supuesta vulneración del límite formal de la reforma constitucional

A pesar de las argumentaciones vertidas en la demanda y contestación de la demanda, la exposición más consistente sobre las supuestas inconstitucionalidades formales tuvo lugar en el debate suscitado en la Audiencia.

En ella, el representante del Colegio de Abogados de Cusco denunció la existencia de dos supuestas graves vulneraciones en tal procedimiento<sup>14</sup>. En primer lugar, que en la promulgación de la ley no consta la firma del Presidente de la República, sino únicamente del Vicepresidente; y, en segundo, que no se solicitó la opinión de sectores involucrados.

14

Intervención inicial del abogado del Colegio de Abogados del Cusco (Audiencia del 3 de mayo del 2005).



## 28. La firma del Vicepresidente de la República

El apoderado del demandado contradujo el argumento señalando que justamente como el Presidente no podía firmar la ley de reforma constitucional, debió hacerlo el Vicepresidente, según le correspondía por sus atribuciones<sup>15</sup>.

La figura de la Vicepresidencia está prevista en el artículo 110 de la Constitución. Y, justamente, sobre el tema de cuándo ejerce funciones, el segundo párrafo del artículo 115 precisa que:

“Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente”.

En el caso concreto, hay que analizar si se presentó tal supuesto. La Resolución Legislativa 28383, dada el 10 de noviembre del 2004, indica que:

“El Congreso de la República, de conformidad con lo prescrito en los artículos 102 inciso 9) y 113 inciso 4) de la Constitución Política, en el artículo 76 inciso j) del Reglamento del Congreso y en la Ley N° 28344, ha resuelto acceder a la petición formulada por el señor Presidente Constitucional de la República y, en consecuencia, autorizarlo para salir del territorio nacional entre los días 15 al 17 de noviembre del presente año, con el objeto de cumplir actividades de la agenda presidencial internacional en la ciudad de Nueva York, en los Estados Unidos de América”.

Por lo tanto, es correcto que la Ley N° 28390,

“dada en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de noviembre del año dos mil cuatro”,

haya sido firmada por David Waisman Rjavinsthi, en su condición de Segundo Vicepresidente de la República, pues en esa fecha el Presidente se encontraba fuera del país. Cabe recordar que el primero de los vicepresidentes renunció a su cargo.

Debe desestimarse, entonces, la existencia de algún vicio formal en la promulgación de la ley de reforma constitucional; más aún si se tiene que, según el propio artículo 206 de la Constitución

“la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República”,

siendo su promulgación un acto meramente declarativo.

## 29. La falta de opinión de sectores involucrados

Es conveniente rescatar lo que el representante del Colegio de Abogados del Cusco ha señalado al respecto. Sostiene que los pensionistas no fueron convocados a las audiencias referidas a la reforma constitucional, y su posición no fue acompañada en el dictamen de la comisión, por lo que su derecho a la defensa ha sido vulnerado<sup>16</sup>.

El demandado, refutando ello, expresó que sí fueron convocados, y que los congresistas no están sujetos a mandato imperativo, siendo inexistente la vulneración de un derecho a la defensa<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Contestación del apoderado del Congreso de la República (Audiencia del 3 de mayo del 2005).

<sup>16</sup> Intervención inicial del abogado del Colegio de Abogados del Cusco (Audiencia del 3 de mayo del 2005).

<sup>17</sup> Contestación del apoderado del Congreso de la República (Audiencia del 3 de mayo del 2005).



Este Colegiado ha reconocido que el derecho a la defensa puede ejercerse en procesos distintos a los judiciales, inclusive en los procedimientos parlamentarios de responsabilidad constitucional, si se presenta una controversia de índole jurídica que debe ser resuelta protegiendo los intereses de las personas.

Sin embargo, dentro del *iter* legislativo, la existencia de derecho a la defensa no puede ser sustentada ni avalada. La idea de la defensa se centra en la capacidad de una de las partes de sostener su posición dentro de un conflicto jurídico, a diferencia de lo que sucede en un procedimiento legislativo, en el que no existe controversia jurídica, sino más bien política. *Prima facie*, el conflicto parlamentario entre la mayoría y la minoría tiene sus propios mecanismos políticos de autocomposición en la elaboración de las leyes que no han sido infringida.

Es más, según el artículo 206 de la Constitución y el artículo 81, inciso a, del Reglamento del Congreso, no se considera como elemento del procedimiento de reforma constitucional, la intervención de los sectores involucrados dentro de la comisión responsable de la modificación en el Congreso. Ello es así porque el legislador no puede someterse a ningún grupo de presión de la población ni de los medios de comunicación social, según el artículo 93 de la Constitución.

Ahora bien, las opiniones especializadas son importantes en un procedimiento de reforma constitucional en el caso que expresen los intereses de un sector de la población. En el caso concreto, habiendo intervenido diversas asociaciones relacionadas con los gremios de pensionistas en los debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso antes de la segunda votación del Pleno, no se detecta vicio alguno en el procedimiento de elaboración de la Ley N° 28383.

Como constancia de ello, en la sesión conjunta de las Comisiones de Constitución y Reglamento, y de Seguridad Social, del 29 de septiembre de 2004, precisamente para tratar el tema de la reforma constitucional, se precisó lo siguiente:

“También contamos con la presencia de los ministros de Estado, el premier Carlos Ferrero Costa; el ministro de Economía, Pedro Pablo Kuczynski; el ministro de Trabajo, Javier Neves Mujica; y también con los representantes de los pensionistas, el señor Jaime Cuadros Cáceres, presidente de la Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Pensionarios, de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, Conadepen; el señor Hernán Espinoza Segovia, presidente de la Central Nacional de Jubilados y Pensionistas del Perú (Cenejupe), quienes han venido además acompañados el doctor Carlos Blancas Bustamante, que es asesor legal de ambas coordinadoras, quienes en nombre de los pensionistas van a poder exponer sus posiciones”<sup>18</sup>.

Tal como se puede apreciar, incluso uno de los demandantes tuvo acceso al debate congresal que se produjo para aprobar la norma impugnada. Se concluye, entonces, que se escuchó la opinión de la sociedad civil interesada en la materia.

Por consiguiente, no ha existido afectación alguna del procedimiento de reforma constitucional, de modo que tal actividad parlamentaria fue realizada dentro de los límites formales constitucionalmente establecidos. En tal sentido, la demanda debe declararse

<sup>18</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Primera Legislatura Ordinaria de 2004. Transcripción de la Sesión Conjunta de las Comisiones de Constitución y Reglamento, y de Seguridad Social. Miércoles 29 de septiembre de 2004.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

infundada respecto a la supuesta afectación del procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución.

### §3. LOS LÍMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

#### 30. Según los demandantes, se han afectado derechos fundamentales a través de la reforma pensionaria

Los accionantes aseveran que

“(…) el constituyente ha establecido el derecho fundamental de un grupo determinado de personas pensionistas del D.L. 20530, para que se respeten sus derechos adquiridos al amparo del referido Decreto Ley, de modo tal que al legislador le es vedado restringirlos o negarlos, y estas condiciones no las puede variar ni siquiera un nuevo régimen, con mayor razón, no podrá hacerlo una norma cuyas disposiciones están referidas casualmente a pensionistas de los regímenes mencionados”<sup>19</sup>.

De esta forma, y tomando en consideración las consecuencias de esta proscripción, y su configuración como límites materiales de la reforma constitucional, coligen que

“(…) pretender que una ley deje sin efecto el texto mismo de la propia Constitución, máxime si la previsión constitucional afectada está dirigida a reflejar límites materiales expresos, implica en sí mismo desconocer las inherentes garantías que salen en su defensa referidas a la prelación jerárquica y a la obligación jurisdiccional de velar por la prevalencia constitucional previstas por los artículos 51 y 138 de la Constitución, respectivamente”<sup>20</sup>.

En conclusión,

“(…) es ilícita la reforma constitucional peyorativa, es decir, aquella que disminuye o suprime los derechos fundamentales, y sólo es válida aquella cuyo objeto es ampliar u optimizar los derechos fundamentales enunciados o reconocer nuevos derechos fundamentales”<sup>21</sup>.

Sin embargo, una aseveración tan categórica debe ser modulada por este Colegiado según lo que ha venido señalando a través de otras sentencias y a partir de la propia Constitución.

#### 31. Según el demandado, los valores constitucionales se mantienen incólumes

Frente a lo argumentado por los demandantes, el demandado ha sostenido que los límites materiales de la reforma no han sido quebrantados, toda vez que

“(…) no hay ninguna afectación a los principios y valores de la Constitución invocados, propiamente los referidos al supuesto vaciamiento del Estado social y democrático de derecho que inspira nuestro ordenamiento constitucional y la afectación a derechos fundamentales. En esta materia, debe señalarse que los derechos fundamentales se mantienen incólumes y siguen estando allí para todos y cada uno de los señores beneficiarios del régimen de pensiones del

<sup>19</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 41.

<sup>20</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 29.

<sup>21</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 21.

D.L. N° 20530; a nadie se le ha privado del derecho, sólo que la nueva regulación ha dispuesto un tratamiento distinto que sigue garantizando la prestación pensionaria de manera permanente y que no es peor o mejor que el anterior”<sup>22</sup>.

### 32. La existencia de una limitación de índole material

En términos generales, debe señalarse tajantemente que el Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina ‘límites materiales’, e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como ‘intangibles’.

Para este Tribunal (parte del fundamento 74 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC), estos límites

“(…) se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma”.

Como se señalara *supra*, el poder de reforma es un poder constituido, limitado, que no puede destruir la Constitución, y que tampoco puede vulnerar su esencia sin convertirse ilegítimamente en soberano.

Esto constituye un límite implícito al poder revisor, ya que, aunque no se explique en cláusulas de intangibilidad, el ‘contenido fundamental’ existe, y si éste llegara a transgredirse, se produce el fraude constitucional, que consiste en convertir el poder revisor en poder constituyente.

### 33. Los límites expresos e implícitos

Existen límites expresos y límites implícitos. A ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder reformador de la Constitución.

Este Colegiado, en el fundamento 76 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cusco, ya ha realizado claramente la distinción entre ambos:

i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933.

ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente

<sup>22</sup> Alegatos respecto a demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 8.

implicaría la ‘destrucción’ de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado”.

Dentro de los límites expresos, en el caso de las disposiciones de la Constitución de 1993 sobre la reforma constitucional, no se ha previsto específicamente ninguno. El artículo 32 reconoce la potestad de someter a referéndum la reforma total de la Constitución, pero, como límite expreso reconoce el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales. Dentro de los límites explícitos se encuentran las cláusulas de intangibilidad, que constituyen límites absolutos, aunque existen también límites relativos explícitos.

#### 34. Las cláusulas de intangibilidad

Las cláusulas de intangibilidad permiten identificar el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, así como la interpretación fiel de este ordenamiento. Su finalidad básica es fundar los ‘supuestos ideológicos y valorativos’ en los cuales descansa el sistema constitucional. Esto es lo que nos permite identificar parte de esa regla de reconocimiento, para determinar si los cambios son una mutación o una reforma de la misma. Estas cláusulas se presentan como una norma garantizadora de un principio frente a las violaciones posibles, por lo que se precisa el reforzamiento de tal núcleo constitucional.

Pero los límites explícitos no se agotan en las cláusulas de intangibilidad, sino que a lo largo del texto constitucional pueden estar consignados incluso en frases que se encuentran en un contexto diferente, (los llamados límites de carácter relativo).

Lo que corresponde en el caso nacional es vincular el sentido de cada uno de los dispositivos constitucionales con el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, pues es éste el que permite interpretar correctamente el reconocimiento de las normas en ella contenidas.

#### 35. La tipología de límites materiales

El carácter constitucional del Estado propicia la necesidad de contar con límites de distinta naturaleza. El sistema de la Constitución no sólo debe permitir detectar un núcleo irreformable en la misma, sino básicamente relativizar dicho límite mediante el conocido procedimiento de ponderación. De inicio se debe establecer la necesidad de contar con una cláusula de intangibilidad, para luego revisar los preceptos protegidos.

El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen ‘representativo’, para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución.

Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho.

#### 36. Los derechos fundamentales como límites a la reforma constitucional pensionaria

Los derechos fundamentales y otros principios constitucionales no pueden modificarse sustancialmente, porque son los que le otorgan la calidad de Estado social y democrático

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de derecho al Estado peruano. Para afrontar ello existen límites implícitos; así, el artículo 32 *in fine*, de la Constitución, determina que no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de las personas.

Esta norma se erige como una verdadera cláusula de límite material para la potestad de reforma parcial de la Constitución. Esta cuestión es cardinal para esclarecer si la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria y del artículo 103 de la Constitución vulneran el derecho a la pensión.

### 37. La proscripción de la supresión o disminución de derechos fundamentales

Un punto esencial en la limitación a la reforma constitucional material es la determinación de cuándo estamos ante un derecho fundamental. Por lo tanto, tal como se determinará *infra*, es necesario establecer, de un lado, qué carácter posee el derecho a la pensión estipulado en el artículo 11 de la Constitución; y de otro, cuál es la verdadera naturaleza normativa de la Primera Disposición Final y Transitoria, que es la que finalmente se ha modificado. Por consiguiente, sólo comprobando que tal disposición recoge un derecho fundamental o que su modificación afecta uno, se podrá afirmar que la reforma constitucional realizada por el Congreso ha sobrepasado sus fronteras.

Al respecto, este Colegiado ha señalado, en el fundamento 97 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

“(…) el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales”.

De hecho, todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo. Este principio implica que los derechos fundamentales únicamente pueden reformarse para mejorar su situación preexistente. Sin embargo, los derechos fundamentales no son absolutos; en su desarrollo histórico y concreto se han generado conflictos jurídicos –reveladores de la antinomia social sobre tal cuestión–, lo que puede acarrear la necesidad del cambio de su estatuto.

A guisa de ejemplo, véase la historia de la oposición del derecho a la libertad sobre el derecho a la propiedad en la época esclavista, o, más modernamente, del derecho al acceso a la información pública sobre el carácter reservado de las comunicaciones de las autoridades, o el de la intimidad sobre la libertad informática.

### 38. La correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana

Los derechos fundamentales, incluso el derecho a la pensión, no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido. Por lo tanto, no obstante lo mencionado en el artículo 32 *in fine* de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su contenido



fundamental'. Así, en la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, este Colegiado ha señalado que

“(…) una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”.

Teniendo en cuenta ello, se considera que el derecho fundamental a la pensión tiene como principal sustento la dignidad humana, la cual se erige como legitimadora y limitadora del poder público. Es decir, el principio y derecho de la dignidad del ser humano, reconocido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, se erige como un límite concreto y primordial frente a cualquier tipo de reforma constitucional.

De otro lado, tomando en consideración que el artículo 44 de la Constitución reconoce como un deber fundamental del Estado

“(…) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”,

se debe reconocer el compromiso del Congreso para legislar lealmente sobre la base de la equidad pensionaria, concepto que está íntimamente relacionado con el principio-derecho antes enunciado. En este esquema, la idea de una dignidad pensionaria

“(…) implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario”<sup>23</sup>.

En consecuencia, al resolver la presente causa, será incontrovertible que este Colegiado utilice el principio de dignidad, incluso en su dimensión de derecho fundamental aplicado a las pensiones, para determinar cómo se ha realizado la reforma constitucional.

### **30. La imposibilidad de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales**

Respecto al artículo 32 *in fine* de la Constitución, este Colegiado ha señalado, como parte del fundamento 94 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

“(…) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”.

Si bien se ha precisado de manera nominal la existencia de dicho límite, este Colegiado, para el presente caso, determinará con claridad si la reforma constitucional realizada afecta, o no, el derecho fundamental a la pensión. En ese contexto, la restricción será inconstitucional sólo si afecta directa y claramente su contenido esencial.

Es decir, la reforma será inconstitucional, desde el punto de vista material, si el legislador como constituyente derivado, modifica el contenido esencial del derecho fundamental a la

<sup>23</sup> MCLWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid, CEC, 1991. p. 37.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

pensión, siempre y cuando este hecho constituya un elemento vulnerador de la dignidad de la persona humana, y termine, por lo tanto, desvirtuando la eficacia de tal derecho.

**40. La determinación de la supuesta afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión**

La existencia de tal supresión o disminución sólo podrá determinarse en el desarrollo de la presente sentencia. Esto supone que, si del cotejo entre la actual prescripción de la Primera Disposición Final y Transitoria y la pasada, se concluye la afectación al derecho fundamental a la pensión, entonces este Colegiado deberá declarar fundadas las demandas; caso contrario, infundadas.

La Primera Disposición Final y Transitoria, antes de la reforma constitucional, señalaba que

“(…) 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”.

La Primera Disposición Final y Transitoria constitucional actualmente precisa lo siguiente:

“Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530”.

A partir de la compulsación de ambas disposiciones y de la aplicación de un *test* de razonabilidad a la nueva formulación constitucional, se determinará finalmente si el derecho a la pensión ha sido conculcado. Para ello se utilizarán los principios de unidad y eficacia integradora de la Constitución, los mismos que guardan directa relación con los principios de la economía social de mercado que la rigen.

**41. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los pensionistas**

Finalmente, es imprescindible que este Colegiado insista en la necesidad de una protección objetiva y proporcional de los pensionistas, en su calidad de titulares de los derechos fundamentales.

Debe enfatizarse que su situación particular dentro del constitucionalismo contemporáneo impone a todo intérprete constitucional que su especial situación sea reconocida plenamente.

Al respecto, este Tribunal considera pertinente reproducir el fundamento 21 del Voto Razonado del juez Cançado Trindade en la Sentencia de Reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los ‘Niños de la Calle’, del 26 de mayo del 2001, en el cual se expresó que

“(…) es difícil eludir la perturbadora indagación: si todos llegamos a este mundo, y de él partimos, con igual fragilidad, de que da testimonio la mortalidad, propia de la condición humana, ¿por qué nos victimamos unos a los otros durante el tan breve caminar de nuestras vidas? (...) 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 (y por lo tanto desesperador) no inspira fe ni esperanza. Un mundo que pretende ignorar la precariedad de la condición humana no inspira confianza. Trátase de un mundo que ya perdió de vista la dimensión temporal de la

existencia humana. Trátase de un mundo que desconoce la perspectiva intergeneracional, o sea, los deberes que cada uno tiene en relación tanto con los que ya recorrieron el camino de sus vidas (nuestros antepasados) como los que todavía están por hacerlo (nuestros descendientes). Trátase de un mundo en que cada uno sobrevive en medio a una completa desintegración espiritual. Trátase de un mundo que se ha simplemente deshumanizado, y que hoy necesita con urgencia despertar para los verdaderos valores”.

Consideramos, por ello, un imperativo constitucional el que a través de la presente sentencia se configure objetiva y proporcionalmente el derecho a la pensión de aquellas personas que trabajaron para el Estado y aportaron durante su vida laboral, con el objeto de que, llegada su tercera edad, gocen razonablemente de una vida digna.

### C. EL CONTENIDO SOCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN

#### §I. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

##### 42. El reconocimiento del Estado social y democrático de derecho

El Tribunal Constitucional ha precisado que cuando el artículo 43 de la Constitución reconoce que

“la República del Perú es democrática (...) y social”

configura al Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho, tal como lo ha reconocido este Colegiado en diversa jurisprudencia, entre la cual se puede citar el fundamento 10 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, Sobre Decreto de Urgencia, y el fundamento 1 de la Sentencia del Expediente 0048-2004-AI/TC, Caso José Miguel Morales Dasso, Sobre Ley de Regalía Minera. La configuración de nuestro Estado como uno social y democrático de derecho es el marco al cual debe ajustarse el desarrollo del derecho a la pensión.

Los principios jurídicos de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución impiden que tal reconocimiento sea concebido como un canon interpretativo meramente político y, en tanto tal, carente de consecuencias jurídicas.

Por el contrario, en virtud del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la condición ‘social’ del Estado se instituye, de un lado, como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general; y, de otro, como una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales.

##### 43. Las garantías sociales en favor del pensionista

Al referirse a la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, el constituyente derivado, en la reformada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se ha remitido a “razones de interés social”,

lo cual importa la relevancia de aplicar al derecho a la pensión los contenidos propios de un Estado democrático y social de derecho.

Esta fórmula política es la concreción de una evolución histórica, representada por el tránsito de un Estado liberal abstencionista y básicamente garantista de la autonomía

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

individual, 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 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.

En tal sentido, el Estado social y democrático de derecho no excluye, ni menos aún desconoce, las garantías del libre desarrollo de la personalidad en los distintos ámbitos y etapas de la vida, sean políticos, sociales, económicos o culturales. En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas las personas.

Ello es así porque todos los pensionistas han contribuido con su trabajo a la creación de la riqueza nacional, para que, al momento de la redistribución de la misma, tengan una razonable participación, mediante el goce solidario de su derecho a la pensión, en base a un sistema eficiente de seguridad social que les permita satisfacer sus necesidades básicas dignamente.

### 44. El ámbito social de la reforma constitucional del derecho a la pensión

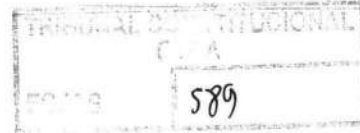
Sobre la base de la configuración político-constitucional del derecho a la pensión estudiada, corresponde determinar cuál es su substrato económico-constitucional.

El artículo 58 de la Constitución reconoce que el orden económico se fundamenta en una economía social de mercado, que no es sino la economía ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de libertad y justicia social. En consecuencia, tal como este Tribunal declara, como parte del fundamento 11 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC,

“(…) 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”.

La economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente, por tres elementos:

- ‘Bienestar social’, lo cual debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso (remunerativo y pensionable).
- ‘Mercado libre’, el mismo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y los monopolios.
- ‘Estado subsidiario y solidario’, que importa que se reconozca la existencia de una ‘cláusula general de mandato’ que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado, o peor aún, contravenga directamente el bienestar social.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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.

Esta cuestión, por lo demás, está prevista, de acuerdo al criterio de progresividad, por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución:

“(…) el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional”.

Así pues, no es posible olvidar que si la economía social implica, entre otros factores, una racionalización del gasto público en la legislación social en favor de los más desamparados (ancianos, enfermos, niños y minusválidos, como en cierta forma lo reconoce el artículo 4 de la Constitución), no será facultad, sino deber del Estado, remover todos los obstáculos jurídico-constitucionales que impiden efectivizar dichas medidas. Éste es el sentido que hace de la reforma constitucional del sistema pensionario un mandato constituyente fundado en el modelo económico constitucional.

### 45. El reconocimiento de los principios sociales que sustentan el derecho a la pensión

En el caso planteado, ninguna de las partes toman distancia de los criterios esbozados; por el contrario, coinciden con ellos. Sucede, sin embargo, que mientras los demandantes consideran que las disposiciones constitucionales existentes antes de la reforma, resultaban en mayor grado compatibles con los principios y valores del Estado social y democrático de derecho que las disposiciones vigentes luego de ella, el Congreso de la República opina lo contrario.

Dicho de otro modo, los demandantes consideran que estamos ante una reforma peyorativa, pues la seguridad social, prevista en el artículo 10 de la Constitución, y, de modo más concreto, el derecho a la pensión, reconocido por el artículo 11 de la Carta Fundamental, han sido disminuidos en su contenido esencial. Todo ello, a decir de los demandantes, revela un quebrantamiento del límite material al poder de reforma constitucional, previsto en el último párrafo del artículo 32 de la Constitución. Sin embargo, como ya se ha establecido, la cuestión constitucional no es que el derecho a la pensión sea un derecho absoluto, sino que, siendo un derecho relativo, la reforma constitucional que lo modifique no infrinja su contenido esencial, y; en todo caso, que dicha intervención del poder constituyente instituido a través de la reforma constitucional, esté implementada razonablemente por el Congreso.

Así las cosas, la decisión que adopte el Tribunal Constitucional debe tener como soporte los principios fundamentales que inspiran la interpretación de los derechos fundamentales comprometidos en el presente caso, y la escrupulosa ponderación de la capacidad económica de la nación.

### 46. El principio-derecho de la dignidad humana respecto a la pensión

El artículo 1 de la Constitución establece que

“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

La dignidad humana, tal como se ha precisado *supra*, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general.

Siendo así, la persona humana es el soporte del orden político y la paz social, de ahí que “(...) requiere una especial tutela por parte del Ordenamiento jurídico, tendente a garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y (...) su efectiva vigencia”<sup>24</sup>.

El Tribunal Constitucional, como parte del fundamento 161 de la Sentencia del Expediente N° 0010-2002-AI/TC, Caso Marcelino Tinco Silva, Sobre los Decretos Leyes de Terrorismo, ha señalado que la dignidad humana se configura como

“(...) un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.

La seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que 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; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna.

Por tal razón, una pensión constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana. De tal forma, pues, se infiere la existencia de un derecho a la dignidad pensionaria.

#### 47. El principio-derecho de igualdad respecto a la pensión

La igualdad, prevista en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector tanto de la organización del Estado social y democrático de derecho, como de la actuación de los poderes públicos.

La aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento diferenciado. Es decir, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato fundada en bases objetivas y razonables.

Este Colegiado ha remarcado en su jurisprudencia, entre la que se puede citar el fundamento 11 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2003-AI y 0003-2003-AI, Caso Colegio de Notarios de Lima, Callao y Arequipa, Sobre Inscripción Registral de Inmuebles, y el fundamento 15 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI, que

“(...) el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado,

<sup>24</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. León, Universidad de León, 1996, p. 134.

de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”.

Desde tal perspectiva, en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes impugnadas, este Tribunal deberá apreciar si el legislador pretende corregir, con medidas razonables y proporcionales, situaciones sociales de desigualdad, o si, acaso, las medidas dictadas han sido consecuencia de nuevas situaciones discriminatorias. El criterio de evaluación para ello será el del beneficio de todas las personas que reciben pensión, y no exclusivamente el de los que están adscritos al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

Sobre el particular, debe tenerse presente que, en la medida que el régimen pensionario de dicha norma especial fue creado por el legislador ordinario de facto, pero incorporado en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 -y en el pasado, por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979-, tiene la calidad de derecho de configuración legal.

Debe enfatizarse que el constituyente derivado goza de un margen más o menos amplio de discreción para configurar las nuevas posiciones subjetivas exigibles en materia de seguridad social. No obstante, el respeto al principio de igualdad se constituye como un límite a dicha competencia, debido a su condición de universalidad, propia del sistema de seguridad social, conforme a lo señalado por el artículo 10 de la Constitución; asimismo, el constituyente debe respetar los principios de solidaridad y progresividad, subyacentes en todo sistema de seguridad social que provee un derecho a la pensión con equidad.

#### 48. El principio de solidaridad respecto a la pensión

Este principio, derivado directamente de la cláusula de Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado, de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación por priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, así como la de acabar los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario.

En tal sentido, conforme ha señalado este Tribunal en el fundamento 16 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA, Caso Azanca Alhelí Meza García, Sobre Paciente de VIH/SIDA,

“(…) la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial”. Por ello, al principio de solidaridad son inherentes, de un lado, “el deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común”, y de otro, “el deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales”.

Nuestra Constitución Política recoge en sus normas disposiciones referidas a la solidaridad, estatuyendo que es deber primordial del Estado promover el bienestar general fundamentado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44); que la economía social de mercado es en sí misma la superación de la visión reduccionista de las relaciones entre los hombres como intercambio de cosas (artículo 58); y que la educación prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad (artículo 14). Este Tribunal, en el fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI, Caso Ángel Guillermo Herrera Otiniano, Sobre Constitución del Comité Especial Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, ha resaltado la especial vinculación existente entre la seguridad social y el principio *in comento*:

“Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido”.

Por tal razón, dentro del universo de los titulares del derecho a la pensión del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, es plenamente constitucional que estén vinculados por el principio de solidaridad, correspondiente a un Estado social y democrático de derecho, lo cual supone la asunción de los fines comunitaristas de la seguridad social y el derecho a la pensión, en el marco de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

#### 49. El principio de progresividad respecto a la pensión

Es indudable que la efectividad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha precisado, en su Observación General N° 3, que ello no implica desconocer que dicho principio

“(…) debe interpretarse a la luz del objetivo general (…) que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. 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”<sup>25</sup>.

El principio de progresividad implica que, dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular el ejercicio de dichos derechos,

“(…) los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales culturales vigentes”<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Observación General ‘La índole de las obligaciones de los Estados Partes’, Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, elaborado en el 5° Período de Sesiones, 14/1290.

<sup>26</sup> ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002. p. 97.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Esta disposición internacional, si bien no constituye un mandato vinculante para el Estado, dado su carácter de derecho débil *-soft law-*, permite interpretar razonablemente, a la luz del principio del paralelismo jurídico de las formas, que el principio de progresividad no es absoluto.

Debe tenerse presente, por otro lado, que 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*. Si la reducción objetiva y proporcional de las pensiones de la minoría se ha previsto en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo con el principio de dignidad humana de la mayoría, el principio de progresividad no estará afectado.

Por ello, no se vulnera tal principio cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común. No se puede beneficiar a un grupo minoritario de pensionistas en detrimento de la mayoría de ellos.

### 50. El principio de equilibrio presupuestal respecto a la pensión

Constitucionalmente se ha previsto, como parte del artículo 78, que todo presupuesto del Estado debe contar con un equilibrio financiero que permita que la progresividad antes enunciada sea real y no ficticia, respecto a un grupo limitado de personas, como ocurre con los beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Por ello, cuando en el artículo 87 de la Carta Magna se prescribe que se fomenta y garantiza el ahorro, se está condicionando incluso la actividad del propio Estado, puesto que no se trata de un ahorro simplemente particular, según un análisis microeconómico, sino también de uno que, a través de los instrumentos macroeconómicos, redunde en el presupuesto público.

Es decir, el Estado debe, al momento de sufragar los costes del pago de una pensión, observar el principio del equilibrio en su presupuesto. Este Colegiado, en el fundamento 7.º de la Sentencia del Expediente N° 0004-2004-CC, Caso Poder Judicial, Sobre Postulación del Presupuesto Público, ha sostenido que un fin de esta actividad presupuestal es

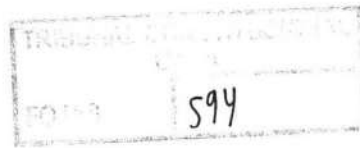
“(…) interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común”.

Respecto al punto antes desarrollado, el Congreso de la República, entre otras consideraciones, ha acudido a razones de orden económico para justificar la aprobación de la reforma constitucional cuestionada. Así, ha precisado que

“(…) una de las características que ha acompañado este régimen durante toda su existencia es el déficit, dado que las aportaciones de los trabajadores nunca han sido suficientes para sostener los beneficios que el pensionista y sus sobrevivientes perciben; lo que ha conllevado a recurrir a los recursos públicos para financiar los beneficios otorgados”<sup>27</sup>.

Es pertinente enfatizar, entonces, que las consideraciones de tipo económico no resultan impertinentes en sí mismas para sustentar la elaboración de leyes, sean éstas ordinarias o de reforma constitucional.

<sup>27</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 8, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.



De otro lado, el tema del ahorro público es uno de los que más incidencia ha tenido para decidir la reforma constitucional. En cuanto a ello, en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ya reformada se ha señalado que

“(…) el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de 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 regirse por los criterios de sostenibilidad financiera (...)”.

En efecto, en tanto la Constitución trasciende su connotación de norma de organización política para sentar las bases mínimas indispensables de convivencia social identificada con el principio de dignidad humana, los criterios fundados en el orden constitucional económico y en los principios que lo informan, no pueden ser tachados como impertinentes para justificar, cuando menos en parte, la modificación del ordenamiento constitucional.

## §2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 51. Según un demandante, se ha afectado la intangibilidad de la seguridad social

Para uno de los demandantes, la seguridad social posee

“(…) tres aspectos fundamentales: la liberación de la necesidad como objetivo general; la garantía de seguridad económica a todos los miembros de la comunidad para el acceso a una vida digna; y la amplitud de instrumentos aplicables a este fin, con preferencia por los seguros sociales y la asistencia social”<sup>28</sup>.

Es decir, no considera posible que se le reconozca un ámbito reducido, o que se termine afectando su contenido esencial, tal como habría sucedido con la reforma constitucional.

Es así como llega a afirmar que

“(…) la citada norma no está respetando los derechos adquiridos de los cesantes y jubilados, toda vez que, tal como se desprende del espíritu de las normas pensionarias y de la propia Constitución, la misma está orientada a la protección de la persona humana como sujeto de derecho a una vida digna, que le permita cubrir posteriormente a su muerte la orfandad de la familia y/o la de su cónyuge supérstite”<sup>29</sup>.

### 52. Según el demandado, no existe afectación a la seguridad social

De manera genérica, el demandado ha señalado que no existe afectación a la seguridad social en el procedimiento de reforma constitucional realizado, precisando que

“(…) se requiere garantizar la existencia de prestaciones y de fondos que las provean para el curso de los próximos años, lo que sólo puede concretarse a través de una administración que pondere las necesidades de los actuales y futuros beneficiarios y los recursos con que se cuenta para el logro de sus fines. Éste es uno de los fundamentos de la reforma constitucional al proteger la

<sup>28</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 33.

<sup>29</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 24.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

subsistencia del sistema, de tal forma que la reforma es parte del desarrollo de la Seguridad Social en su conjunto; no hacerlo significa poner en riesgo todo el Sistema de Pensiones en el Perú”<sup>30</sup>.

Tal afirmación se encuentra en conexión directa con el hecho de que la seguridad social aparece constitucionalmente con el sustento del derecho a la pensión, tal como corresponde, ahora, explicar.

### 53. La pensión y la seguridad social constitucionalmente reconocidas

El artículo 10 de la Constitución 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”.

Sobre el particular, y de modo más concreto, el artículo 11 de la Constitución, estipula que

“(…) el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privados o mixtas”.

Así, el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de derecho.

Pero, ¿qué es en estricto una garantía institucional?

Es una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones. Es decir,

“(…) no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional”<sup>31</sup>.

De esta forma, la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión.

### 54. La seguridad social como garantía institucional

La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, 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 otras palabras, como ha expresado este Tribunal en el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC,

“(…) 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”.

<sup>30</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 13, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.

<sup>31</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1982. p. 177.

Esta ineludible vinculación de la seguridad social con el principio de dignidad se expresa en un sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa de diversos principios constitucionales, lo que permite reconocerla como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio aplicable al contexto constitucional peruano, *mutatis mutandis*, ha señalado en el fundamento 3 de la Sentencia 37/1994, que la seguridad social es una garantía institucional

“(…) cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

En consecuencia, como garantía institucional que la Constitución reconoce, la seguridad social está blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido.

#### 55. Configuración de la seguridad social

Toda garantía institucional, como la seguridad social, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido.

Para este Colegiado, dicho contenido se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado *supra*, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.

#### 56. Las obligaciones estatales respecto a la pensión a partir de su consideración como derecho social

Toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial 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.

Por esta razón,

“(…) sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución”<sup>32</sup>.

Por ello, el derecho a la pensión constituye una manifestación -no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. Por lo tanto, como lo ha sostenido también

<sup>32</sup> MORÓN DIAZ, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. En: Anuario de Derecho Constitucional. Buenos Aires, CIEDLA, 2000. p. 668.

este Tribunal, los derechos fundamentales prestacionales no pueden ser considerados como simples emanaciones de normas programáticas, si con ello pretende describirseles como atributos diferidos carentes de toda exigibilidad en el plano jurisdiccional, pues justamente 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 de su dignidad. En esta línea, el derecho a la pensión debe asumir todas las cualidades provenientes de su naturaleza social.

Entonces, no es ilógico que en el fundamento 11 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC este Colegiado haya expresado que

“(…) de este modo [por ejemplo] sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente (…) En puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí”.

Consecuentemente, en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana.

Atendiendo ello, la reforma constitucional pensionaria del régimen del Decreto Ley N° 20530 resulta plenamente constitucional, en la medida que procura asegurar un eficiente sistema de seguridad social y un derecho a la pensión justo.

### §3. LA JUSTICIA COMO SUBSTRATO DEL DERECHO A LA PENSIÓN

#### 57. Según los demandantes, el nuevo régimen pensionario no se sustenta en el valor de la justicia

Uno de los demandantes sostiene que

“(…) la afectación de esos derechos sociales individuales o subjetivos implica, coetánea e inseparablemente, la vulneración del principio del Estado Social de Derecho, el mismo que forma parte de la ‘fórmula política’ de la Constitución y, en tanto tal, ajena a al competencia del legislador ordinario para la reforma constitucional”<sup>33</sup>.

#### 58. Según el demandado, la reforma era necesaria por razón de justicia

En efecto, el demandado alega que

“(…) el objetivo principal del sistema pensionario es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas sino también se refiere a la razonabilidad en el monto percibido. Cuando las altas pensiones de unos impiden a otros alcanzar pensiones razonables se está

<sup>33</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-P1, p. 78.



contrariando el principio fundamental de existencia del sistema pensionario del Estado, por lo tanto, estas normas debían reformarse o modificarse”. Entonces, “era necesario restablecer el tratamiento igualitario de los regímenes pensionarios, toda vez que existe una manifiesta iniquidad que se evidencia en las diferencias existentes entre el régimen del D.L. N° 20530 y otros regímenes que dependen, en mayor o menor medida, de recursos públicos provenientes de los impuestos que pagan todos los peruanos”<sup>34</sup>.

Evidentemente, asevera que sólo a través de la reforma de la Constitución, el sistema pensionario cumpliría finalmente los fines que siempre ha estado destinado a cumplir.

### 59. La justicia distributiva como elemento inherente a la equidad

Se ha mencionado *supra* que el principio de solidaridad se encuentra particularmente identificado con el sistema de seguridad social, pues el aporte de los trabajadores activos sirve de sustento al otorgamiento de las pensiones de los trabajadores retirados. Sin embargo, ésta no debe ser sino una de las diversas manifestaciones que dicho principio debe proyectar al interior del sistema.

En efecto, si bien es cierto que la variedad de los regímenes pensionarios existentes en nuestra legislación impide que exista un tratamiento objetivamente uniforme para todas las personas pertenecientes al sistema de seguridad social (aunque, por el principio de igualdad la legislación debe procurar que tienda a unificarse), también lo es que, constitucionalmente, sí se puede establecer una homologación interna. Esto, desde luego, no implica que todos los pensionistas de determinado régimen sean titulares de un monto de pensión único, pues éste depende, entre otros factores, del aporte individual que cada persona efectúa al sistema, pero exige que no exista una distancia marcadamente inequitativa entre dichos montos, que esté desprovista de razonabilidad y proporcionalidad.

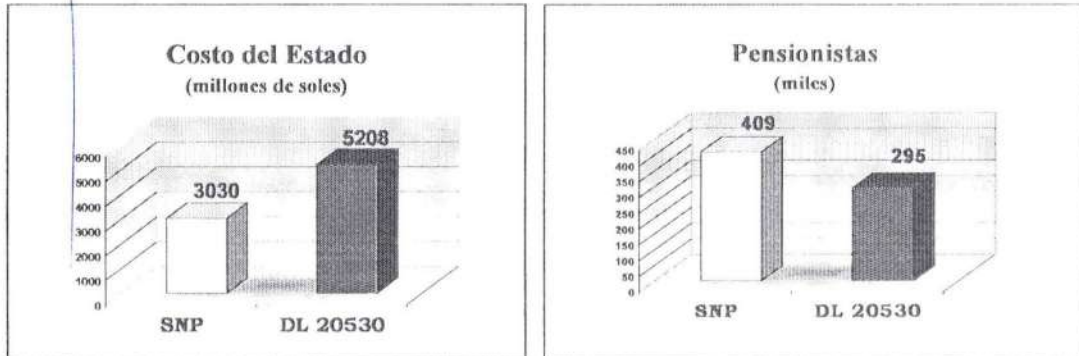
### 60. La equidad en términos económicos

Según un informe presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el Ministerio de Economía y Finanzas, la pensión más alta del régimen del Decreto Ley N° 20530 es veintiséis veces mayor que la más baja<sup>35</sup>. Obviamente, la ausencia de equidad al interior del régimen es manifiesta.

Este Tribunal, en un pronunciamiento anterior, ha declarado que el referido régimen previsional es un sistema inherentemente desfinanciado, pues, en la mayoría de casos, los aportes que los pensionistas han realizado durante sus años de actividad son claramente insuficientes para financiar los beneficios que perciben (ver Gráfico N° 1).

<sup>34</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, pp. 9, 7, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.

<sup>35</sup> PCM/MTPS/MEF. Las principales preguntas sobre la Reforma Constitucional en materia pensionaria del DL 20530. Lima: 2004. p. 3.

**GRÁFICO N° 1****Costo Anual del Decreto Ley N° 20530 y pensionistas  
(Hasta finales del año 2003)**

Costo del Decreto Ley N° 20530. Incluye municipalidades, FONAFE, organismos autónomos y contingencias por distorsión de planillas del Estado.

**Fuente** : ONP / MEF  
**Elaboración** : DGAES-MEF

En los fundamentos 31 y 32 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2004-AI/TC y 0002-2004-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, Sobre Fondo para la Asistencia Previsional, este Colegiado ha señalado lo siguiente:

“En efecto, durante 24 años (julio de 1979 a julio de 2003), la tasa de aporte al régimen del D.L. N° 20530 fue de 6% (sólo recientemente, a partir del mes de agosto de 2003, fue incrementada a 13%), factor que, obviamente, determina su inviabilidad, más aún si se toma en cuenta que fue en el año 1982 en que entró en vigencia la Ley N° 23495 que, en desarrollo de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, permitió la nivelación progresiva e ilimitada de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores del sector público de las respectivas categorías.

De acuerdo a la información enviada por el Ministerio de Economía y Finanzas a solicitud de este Tribunal Constitucional, respecto de la relación de los altos funcionarios beneficiarios del Decreto Ley N° 20530, el informe ‘Marco Macroeconómico Multianual 2004-2006 revisado’ publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de agosto de 2003), y a la información de conocimiento público proporcionada por el mismo Ministerio, publicada en [www.proyecto20530.gob.pe](http://www.proyecto20530.gob.pe), [s]e estima que, bajo condiciones optimistas, el valor de los aportes al sistema entre 1974 y 2003 apenas alcanza US\$ 10,147 millones, en comparación con los US\$ 36,950 millones que fueron pagados en el mismo período. A futuro, se estima que sólo se recaudarán US\$ 149 millones en aportes, mientras que se tendrán que pagar pensiones por US\$ 24,564 millones.

Debido al reducido valor de los aportes, las pensiones del DL 20530 deben ser financiadas a través de 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 PIA del país...

El costo anual para el Estado del régimen del DL 20530 asciende a S/ 5,206 millones. Este monto es financiado en gran medida a través de los impuestos, tasas y arbitrios pagados por la ciudadanía y es destinado a financiar los beneficios de 295 mil pensionistas de este sistema... Se estima que -para que una persona se jubile con una pensión equivalente al 100% de su sueldo, que luego sea transferida en su totalidad a su viuda de manera vitalicia, con sólo treinta años de servicios- se requeriría una tasa de aportes de equilibrio de, por lo menos, 38%, para que no requiera subsidio del Estado. Más aún si se considera que, al no existir edad mínima de jubilación y sólo requisitos de lapso de tiempo y de aportación en los cuales se incluye hasta los años de estudio para acceder a pensión nivelable, normalmente los pensionistas se han jubilado a una edad muy temprana, lo que tiende a alargar el período de pago de pensión”.

#### 61. La limitación constitucional de la nivelación pensionaria

Luego de efectuada la reforma, la Primera Disposición Final y Transitoria enuncia ahora lo siguiente:

“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 Unidad Impositiva Tributaria... 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... no nivelación”.

Corresponde, entonces, precisar qué se entiende por nivelación y qué concepto de equidad subyace a este enunciado normativo, a la luz del carácter social del derecho a la pensión.

Debe señalarse, además, que según la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución reformada,

“(...) la ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria”.

#### 62. La contraposición de argumentos respecto a la nivelación de pensiones

Este tema está en correspondencia directa con el principio de solidaridad antes mencionado. Los demandantes han tratado de argumentar la existencia de una afectación a través de la reforma constitucional. Uno de ellos afirma que

“(...) la Nivelación de Pensiones como hecho jurídico, tuvo un solo momento de configuración y a la vez su norma de creación posee un supuesto de hecho normativo ya cumplido pues, por un lado, la referida configuración del derecho se da a la entrada en vigencia de la Octava Disposición Final y Transitoria de la



Constitución Política de 1979 y, por otro, el cumplimiento del supuesto de hecho normativo se dio cuando los beneficiarios del Régimen del Decreto Ley N° 20530 cumplieron con los requisitos para acceder a la Nivelación de Pensiones, esto es: a) Ser miembro del Decreto Ley N° 20530, y: b) Tener más de 20 años de servicios al Estado, situaciones éstas que antes de entrada en vigencia la Ley de Reforma Constitucional N° 28389... ya se había consolidado totalmente para aquellos trabajadores y pensionistas que cumplieron -según cada caso- con laborar 20 o más años a favor del Estado y en consecuencia para ellos no existen "hechos aun no cumplidos"<sup>36</sup>.

Otro defiende el impedimento de nivelación prescrito por la nueva Primera Disposición Final y Transitoria, al señalar que

"(...) la prohibición de nivelar las pensiones se encuentra dada de manera amplia y general, es decir, para todos los pensionistas, sin distinguir su capacidad adquisitiva, los años de servicio, la edad, etc., entonces, encontramos que la regla técnica de identificación de una adecuada aplicación del principio de igualdad se rompe, ya que la ley propugna tratar igual a los desiguales, es decir, sin tomar en consideración las diferencias objetivas existentes entre los mismos"<sup>37</sup>.

A su turno, el demandado sostiene que

"(...) la reforma constitucional ha sustituido la nivelación por la regla general de incremento que se aplica para otros pensionistas, tanto en el régimen del Decreto Ley N° 20530 para quienes tienen derecho a pensión no nivelable como en el régimen del Decreto Ley N° 19990. Se trata entonces de un cambio en el mecanismo de ajuste de la pensión, que en la demanda se califica como perjudicial no por razones estrictamente jurídicas, sino por razones de experiencia práctica, pues ha permitido a un grupo de pensionistas acceder a altas pensiones"<sup>38</sup>.

### 63. La evolución del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530

A fin de determinar el verdadero carácter de la nivelación, es necesario revisar su evolución histórica como prescripción integrante del Decreto Ley N° 20530, y el régimen pensionario en él estatuido.

Sobre este tema, este Colegiado tuvo oportunidad de pronunciarse con ocasión de la Sentencia del Expediente N° 0189-2002-AA/TC, Carlos Maldonado Duarte, Sobre Pensión Nivelable. En tal sentido, se expuso en los fundamentos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 11, que

- "La Ley de Goces de 1850 constituyó el estatuto pensionario de los servidores públicos hasta el 11 de julio de 1962, fecha en que se promulgó el Decreto Supremo que introdujo adiciones a la Ley N° 13724 -Ley del Seguro Social del Empleado- que dispuso, entre otros aspectos, que quedaban incorporados en el Seguro de Pensiones creado por dicha Ley, los empleados públicos nombrados con posterioridad a esa fecha. Con esta Ley, además de unificarse el régimen pensionario de los empleados

<sup>36</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-AI, p. 5 y demanda de inconstitucionalidad N° 0004-2005-PI, p. 10.

<sup>37</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 47.

<sup>38</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 23, 24, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.



particulares y públicos, virtualmente se cerró el régimen de la Ley de Goces de 1850, manteniendo ésta su vigencia sólo para aquellos servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962, adscritos a dicho régimen pensionario, salvo aquellos que hubieran optado por el nuevo”.

- Por su parte, y respecto del Decreto Ley N° 20530, que éste “fue expedido con el objeto, de un lado, de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío -Ley de Goces-, y, de otro, de asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y el cautelamiento del patrimonio fiscal. Por ello, la propia norma, en su artículo 4°, establece que es un régimen de pensiones de carácter cerrado. No obstante, en diversas ocasiones fue abierto por ley; una de ellas... por la Ley N° 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985”, con lo que “aún cuando el régimen creado por este Decreto Ley, inicialmente era cerrado, a través de diferentes Leyes se ha ampliado su alcance. Así por ejemplo, mediante el Decreto Ley N° 22150, de 25 de abril de 1978, que fuera Ley de la Carrera Diplomática, se permitió que los diplomáticos se incorporasen, sin excepción, en dicho régimen. Del mismo modo, con la Ley N° 24029, de 12 de diciembre de 1984, se incorpora al profesorado al régimen del Decreto Ley N° 20530, precisándose en el reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-90-ED, que dicha incorporación correspondía a los que ingresaron al servicio oficial como nombrados o contratados, hasta el 31 de diciembre de 1980; igualmente, mediante la Ley N° 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985, se abre el sistema para todos aquellos que al 24 de febrero de 1974 (fecha de dación del Decreto Ley N° 20530) contaban con 7 o más años de servicios y continuaban haciéndolo de manera ininterrumpida. Luego, de igual forma, mediante Ley N° 25273, de 16 de julio de 1990, se incorporó al régimen del propio Decreto Ley N° 20530 a los servidores comprendidos en la ‘Ley de Goces’ de 1850 y que a la fecha (16 de julio de 1990) se encontrasen laborando, sin solución de continuidad, en las empresas estatales de derecho público o privado”. Igualmente se hizo referencia en su oportunidad a que “el sistema pensionario creado por el Decreto Ley N° 20530 está abierto por la Ley Orgánica del Poder Judicial a favor de los magistrados que cumplan diez años de servicios”.
- En ese mismo orden de ideas, quedó establecido que “la Ley N° 25066 del 25 de junio de 1989 establece en su artículo 27° que los funcionarios y servidores públicos que hubiesen estado laborando para el Estado en condición de nombrados o contratados a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 20530, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones de dicho Decreto Ley, siempre que, a la fecha de su entrada en vigencia se encontrasen prestando servicios al Estado dentro de los alcances de la Ley N° 11377 y del Decreto Legislativo N° 276. Se agrega que el aporte correspondiente al Fondo de Pensiones, se determinará previa deducción de pensiones de lo efectuado al régimen del Decreto Ley N° 19990, como lo establece la Séptima Disposición Transitoria del mismo”, mientras que “con la creación de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (Ley N.º 13724) y la emisión del Decreto Supremo de fecha 12 de julio de 1962, se dispuso que los servidores públicos comprendidos en el régimen de la Ley N.º 11377 obligatoriamente quedarían adscritos a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. En consecuencia, el 12 de julio de 1962 se cierra el acceso al régimen de cesantía, jubilación y montepío (pensión nivelable), ya que los que iniciaron sus servicios a partir de dicha fecha, pertenecen, necesariamente, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, y

los que iniciaron sus servicios con anterioridad a dicha fecha quedarán adscritos a la Ley de Goces”.

- Por su parte, “el artículo 1º de la mencionada Ley N° 24366, del 21 de noviembre de 1985, al declarar que “Los funcionarios y servidores públicos que a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 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 venido trabajando ininterrumpidamente al servicio del Estado”, abre una nueva vía de acceso al régimen del Decreto Ley N° 20530”.
- Finalmente, y en lo que respecta al reconocimiento del tiempo de servicios “debe tenerse en cuenta, además, que se debe laborar para el Estado la jornada mínima de trabajo, y que a aquellos servidores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, que hubieren incorporado a su patrimonio derechos adquiridos provenientes del artículo 41º del Decreto Ley N° 20530 o de las Leyes N° 24156 o 25171, normas ya derogadas, se les computa de abono hasta cuatro (4) años de formación profesional, después de quince años de servicios efectivos en caso de hombres y doce y medio en caso de mujeres. Este abono se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado y no con anterioridad, es decir, no se agrega al inicio de su relación laboral con el Estado, haciendo una errónea sumatoria retroactiva, sino como el propio artículo 41º del Decreto Ley N° 20530 lo establecía, se abona después de cumplir los quince o doce y medio años según sea el caso. En el pasado, y sobre la base de antecedentes jurisprudenciales, se aplicó en algunos casos esa sumatoria retroactiva, que el Tribunal Constitucional, a partir de esta fecha y para el futuro, descarta”.

Este es, pues, un breve resumen de la legislación histórica del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530, así como de las modificaciones sucesivas de que fue objeto, y que en algunas oportunidades desvirtuaron el régimen inicial y extendieron sus alcances a situaciones anteriormente no previstas en él. También queda claro que la nivelación pensionaria no es una condición intrínseca del Decreto Ley N° 20530, sino que fue agregada con posterioridad a su creación.

Se puede apreciar, también, que los pensionistas sujetos al Decreto Ley N° 20530 se encuentran, incluso, en una situación más favorecida que la de un grupo humano tan vulnerable como los mineros en el país. Justamente, la Ley N° 25009, Ley de jubilación de trabajadores mineros, señala en su artículo 1 que

“(…) los trabajadores que laboren en minas subterráneas o los que realicen labores directamente extractivas en las minas a tajo abierto tienen derecho a percibir pensión de jubilación a los cuarenticinco (45) y cincuenta (50) años de edad, respectivamente (…)”.

situación que demuestra palmariamente la inequidad del Decreto Ley N° 20530, en el cual inclusive un trabajador puede jubilarse antes de los cuarenta años. Evidentemente, los trabajadores sujetos a la Ley N° 25009 están sometidos a un régimen pensionario más gravoso y inequitativo que el previsto en el Decreto Ley N° 20530.

#### 64. La nivelación pensionaria como concreción de una inequidad pensionaria

El sistema de nivelación previsto en el régimen del Decreto Ley N° 20530 es el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen, convirtiendo a cada pensionista, en base a la regla de la justicia conmutativa, en

una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, harto ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en que cesó el pensionista. Dicha nivelación sólo podría pervivir basándose en la justicia distributiva, como manifestación concreta del principio de solidaridad, de manera tal que determinado *quantum* de las pensiones más altas del régimen, pueda aumentar las más bajas.

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). Esto configura una parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, según como se explica *infra*.

La aplicación del principio de utilidad a la articulación de instituciones sociales permite afirmar que

“(…) no hay en principio razón alguna para que las mayores ganancias de algunos no puedan compensar las menores pérdidas de los otros... Desde el punto de vista de la utilidad, el carácter estricto de las nociones de justicia de sentido común tiene cierta utilidad”<sup>39</sup>.

Como se ha manifestado precedentemente, el concepto de progresividad es uno netamente objetivo, motivo por el cual el análisis de las eventuales regresiones que en materia de seguridad social realice el Estado, debe hacerse considerando a un grupo de pensionistas no representativos de la situación que afronta el Estado en dicha materia. Pero, tampoco pueden desconocerse, como lo haría una interpretación utilitarista del bien común, más bien propia del Estado liberal, los derechos pensionarios de la minoría beneficiada; por cuanto ella accedió a dichas pensiones no por voluntad individual, sino por mandato del legislador. En consecuencia, cualquier modificación a dicho régimen privilegiado de pensiones sólo puede ser promovido invocando el principio de solidaridad, en el que no se anula el derecho de la minoría, sino que se le redimensiona limitadamente.

#### 65. La nivelación pensionaria como abuso del derecho

Sobre la base del artículo 103 de la Constitución, según el cual no se

“(…) ampara el abuso del derecho (...)”;

cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de ‘cédula viva’.

Este Colegiado no puede ni debe avalar intento alguno de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión.

#### 66. La solidaridad como sustento del derecho a la pensión

El valor de la solidaridad se encuentra en el cimiento mismo de los derechos fundamentales, y cumple una función inspiradora de la organización social. Tiene su ámbito de actuación propio que explica derechos como los referidos al medio ambiente, así como a los derechos económicos, sociales y culturales. En la sentencia dictada en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, este Colegiado declara que

<sup>39</sup>

RAWLS, John. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia. Madrid, Tecnos, 1986. p. 59.

“(…) de manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad”.

En el marco del Estado social y democrático de derecho, el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del ‘otro’, frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente, que mina las bases de la fraternidad y la unidad de la comunidad políticamente organizada.

En torno a ello, se acota que

“(…) el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el ‘yo’ quiere que también el ‘tú’ sea libre, porque ve en él su igual”<sup>40</sup>.

En el caso, la ley de reforma impugnada no somete el derecho a la pensión a un concepto de bien común, pues, al ser ambos bienes constitucionales, deben realizarse y optimizarse en el conjunto de valores -tales como la igualdad y la solidaridad- e instituciones objetivas del Estado social y democrático de derecho.

El reconocimiento de la solidaridad supone que

“(…) este tipo de derechos choca, para su eficacia plena, con la barrera de la escasez”. La solución que se dé a este problema, es de vital importancia en la medida que “de esta forma se evitará la crisis del Estado social, que se genera por demandas excesivas de titulares de este derecho y, por el déficit económico, que alcanza a la crisis fiscal del Estado, producido por su financiación”<sup>41</sup>.

### 67. Justicia e igualdad en la pensión

El derecho a la pensión se funda también en el valor de igualdad, que tiene como objetivo la protección de un colectivo concreto, el de los pensionistas, que por determinadas razones de edad, sexo o situaciones sociales, físicas, económicas, se encuentra en una situación de desventaja que es necesario compensar en el marco del Estado social y democrático de Derecho configurado por nuestra Constitución.

El derecho a la pensión, como expresión del valor de igualdad, utiliza la técnica de la equiparación desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, desde el punto de vista de los medios empleados; es decir, de tratar desigualmente a los desiguales, en base a un test de la razonabilidad. Tiene por finalidad equiparar al resto de personas que no están incluidas y no son titulares de este derecho.

### 68. La pensión como medida de ‘igualación positiva’

El Estado social y democrático de derecho promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos más favorables. Esto es lo que en la doctrina constitucional se conoce como discriminación positiva o acción positiva -*affirmative action*-. Su finalidad no es otra que compensar

<sup>40</sup> Kelsen, Hans. Esencia y valor de la Democracia. Barcelona, Omega, 1977. 2ª ed. p. 129.

<sup>41</sup> PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 315, ss.



jurídicamente a los pensionistas de menores ingresos, así como a sus viudas y huérfanos. La reforma constitucional procura que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

No obstante, no se puede negar que es también un deber del Estado social y democrático de derecho promover en los colectivos sociales la igualdad individual entre sus miembros. Es que la Constitución no sólo reconoce a la igualdad en sentido formal, sino también material; motivo por el cual la reforma constitucional parte de reconocer que la igualdad material se identifica con asuntos pensionarios; es decir, con una justa distribución de los bienes sociales y materiales y, sobre todo, con la posibilidad de contar con las mismas oportunidades para conseguirlos. De ahí que sea una exigencia del Estado social y democrático de derecho corregir las desigualdades pensionarias hasta propiciar la igualdad objetiva y proporcional. Por ello, es constitucionalmente legítimo que el Estado, a través de medidas de igualación positiva, propenda a la igualdad material entre las personas.

#### 69. Las consecuencias de este reconocimiento

Por el modo como se encuentra configurada la seguridad social y el derecho a la pensión, en la actualidad coexisten varios sistemas que procuran el ejercicio adecuado de tal derecho. Esto es lo que constitucionalmente se reconoce como régimen especial. Sin embargo, su tratamiento también está concurrentemente regido por los principios de justicia e igualdad.

En el sector público existen básicamente dos regímenes claramente establecidos. Uno es el del Decreto Ley N° 20530, y otro el del Decreto Ley N° 19990. Con las modificaciones constitucionales realizadas, las desigualdades entre ambos se aminoran. Empero, si es el mismo derecho el que subsume ambos regímenes, el Estado debe procurar la asimilación de ambos sistemas, según las consideraciones expuestas.

El artículo 11 de la Constitución reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos: libre acceso y retiro, así como una pensión digna. Las políticas gubernamentales tienen tal desafío, sobre todo después del reconocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Al respecto, los demandantes han señalado que la reforma constitucional

“(…) sólo se les da la opción entre afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, efectuándose así violación al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, entre otras garantías”<sup>42</sup>.

Debe recordarse que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial 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, esta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social.

<sup>42</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 34.



## D. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PENSIÓN

### §1. LA PENSIÓN COMO DERECHO HUMANO, DERECHO FUNDAMENTAL O DERECHO CONSTITUCIONAL

#### 70. Según los demandantes, la seguridad social es un derecho humano

Los accionantes consideran que la seguridad social y la pensión deben ser consideradas como verdaderos derechos humanos; así, aducen que

“(…) la seguridad social es considerada no sólo un componente esencial de los Sistemas de Protección Social Integral de la persona humana, sino un derecho humano fundamental. Así lo reconocen varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú”<sup>43</sup>.

#### 71. El sentido de la pensión como derecho humano

Los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.

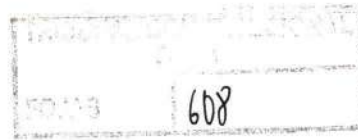
Por ello, regulan la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos. La noción de derechos humanos en sí misma está sujeta de manera permanente a la tentación de manipularla. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, considera conveniente realizar una aproximación al tema desde la dogmática constitucional que permita su comprensión.

Sobre ellos es posible predicar que son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y corresponsabilidad. Estos principios deben integrarse a la concepción de derechos fundamentales planteados en la Constitución, que a su vez son resultado de las exigencias de los valores que coexisten en una sociedad política organizada, cuya plasmación normativa se encuentra en el derecho positivo. Mas, esta formulación constitucional no puede ser entendida restrictivamente como una positivización formalista de los derechos humanos, sino con el criterio de la inclusión de los instrumentos normativos de positivización, así como de las técnicas de su protección y garantía.

#### 72. El derecho a la pensión: de derechos humanos a derechos fundamentales

La necesidad de la delimitación conceptual de los derechos fundamentales, con relación a otras categorías como los derechos humanos, es de suma importancia dada la función que cumplen dentro del Estado social y democrático de Derecho. El intérprete constitucional se encuentra obligado a participar de la tarea siempre abierta de profundizar en el estatuto jurídico y las garantías que comprenden los derechos fundamentales, que debe conjugarse con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implantación.

<sup>43</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 33.



Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica. Éste es el sentido correcto en el cual debe concebirse el derecho a la pensión.

En atención a ello, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para

“(…) designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”<sup>44</sup>.

La pensión también se plasma como exigencia de la dignidad humana, y por ello se encuentra garantizada normativamente. Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado -eficacia vertical-, e irradian las relaciones *inter privatos* -eficacia horizontal-.

En esencia, se supone que son derechos fundamentales

“(…) aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”<sup>45</sup>.

De esta forma, el Tribunal Constitucional considera necesario configurar la naturaleza de los derechos fundamentales, que encerrando en sí mismos una aspiración, deben ser percibidos por los seres humanos como una experiencia concreta de la vida cotidiana, para lo cual se deben garantizar condiciones objetivas para su pleno goce y ejercicio.

### 73. La naturaleza del derecho fundamental a la pensión

La definición de la pensión como derecho fundamental, y no como derecho humano, nos permite abordar su naturaleza como derecho incorporado al ordenamiento constitucional. Su positivización dará lugar a la formación de una regla jurídica, conforme a la cual su formulación normativa se regirá por el principio de validez de nuestro ordenamiento constitucional.

El artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.

### 74. La pensión como derecho fundamental a la ‘procura existencial’

Los demandantes, respecto a la prohibición de nivelación de las pensiones con las remuneraciones, señalan que

<sup>44</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 1991. 4ª ed. p.31.

<sup>45</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Ob. cit. p. 169.





“(…) esta prohibición equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser esta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L. 20530”<sup>46</sup>.

Este Colegiado considera que la garantía prescrita en el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria anterior a la Ley de Reforma N° 28889, carece de la dimensión axiológico-objetiva de los derechos fundamentales. A diferencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución, con mandatos de derechos fundamentales, la Primera Disposición Final y Transitoria sólo aparece como una fórmula de protección de bienes jurídicos, que goza de reconocimiento constitucional, pero que no puede reputarse como protectora de derecho fundamental, lo cual acarrea diferentes consecuencias jurídicas, según se revisará *infra*.

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’. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado.

### 75. El triple contenido del derecho fundamental a la pensión

Frente a la clásica dualidad de contenidos de los derechos fundamentales, se impone como conveniente utilizar una nueva estructura, compuesta por tres elementos diferenciados.

Así,

“(…) en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”<sup>47</sup>.

Independientemente de la configuración del contenido esencial, que recién será desarrollada *infra* (fundamento 107), y que será la base para el control de los límites materiales de las reformas constitucionales, debe irse delineando la naturaleza de los contenidos no esenciales y de los contenidos adicionales, fórmulas ambas de expresión del contenido accidental del derecho fundamental a la pensión.

<sup>46</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 44.

<sup>47</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid, Ciencias Jurídicas / McGraw-Hill, 1996. p. 41.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El contenido no esencial está compuesto por los topes y los reajustes pensionarios (como puede ser la nivelación). Sólo adquirirá relieve si reconoce otros bienes o derechos fundamentales en juego, como el derecho a la pensión de los que no pertenecen al régimen del Decreto Ley N° 20530 (artículo 11 de la Constitución) así como la protección de la seguridad social de todos los peruanos (artículo 10 de la Constitución). Asimismo, debe posibilitar la existencia de un bienestar general sustentado en un principio de justicia (artículo 44 de la Constitución).

La presencia de un contenido adicional guarda relación directa con el tema de los beneficiarios derivados del derecho fundamental a la pensión, es decir, con las personas favorecidas con la pensión de un titular fallecido, según se revisará *infra*. Por lo tanto, la pensión que corresponde recibir a viudas y a huérfanos es parte constitutiva del contenido adicional del derecho a la pensión, dado que permite que el derecho a la pensión tenga efectividad real.

**76. El derecho fundamental a la pensión y la búsqueda de una digna calidad de vida**

Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al *telos* constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“(…) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

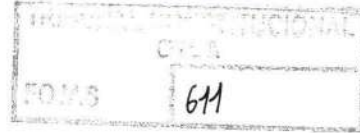
De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria.

**77. El derecho fundamental a la pensión y el reconocimiento constitucional a la pertenencia a un régimen pensionario**

La reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional, propias de este derecho. No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial (tema que será desarrollado *infra*), reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho.



Por ello, en el presente proceso de inconstitucionalidad, para ejercer un control de constitucionalidad *acorde* con las instituciones consagradas por la Constitución, este Tribunal, en cumplimiento de su función de supremo intérprete de la Constitución, considera necesario enfatizar que esta actividad legislativa de regulación o restricción está siempre sometida a la limitación del contenido esencial del derecho fundamental, porque cuando éste queda sometido a restricciones que lo hacen impracticable y lo despojan de protección constitucional, se produce un supuesto de vaciamiento, que es prohibido por nuestra Constitución, aspecto coherente con los límites a la reforma constitucional.

El texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución contiene un supuesto de legitimidad por el sujeto. El legislador ordinario no determina el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión; ello corresponderá a la voluntad constituyente instituida en el proceso de reforma constitucional.

**78. Con la reforma constitucional no se ha producido la ‘desfundamentación’ del derecho a la pensión**

La Primera Disposición Final y Transitoria reformada expresa lo siguiente:

“(…) 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”.

Antes la norma señalaba que

“(…) 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”.

Comparando ambas normas, uno de los demandantes concluye que existe una

“(…) ‘desconstitucionalización’ o ‘desfundamentación’ de los derechos a la seguridad social configurados en dicho régimen legal... 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... La conversión de un derecho constitucional en un derecho de origen legal, privándolo por consiguiente del rango normativo y de los especiales mecanismos de protección procesal propios de esa categoría de derechos, no puede presentarse como una mera modificación de un derecho fundamental sino como la supresión del mismo, operación ésta vedada al poder de reforma constitucional del órgano legislativo”<sup>48</sup>.

Este argumento ha sido reformulado por otro de los recurrentes cuando expresa que

“(…) no resulta factible aplicar a raja tabla y de manera retroactiva, las nuevas reglas sobre la nivelación u homologación de las pensiones, efectuándose así reducción a las mismas, toda vez que tal homologación se concedió casi al universo de pensionistas del DL N° 20530 con anterioridad a la vigencia de la norma, por el carácter *sui generis* de las leyes de excepción”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 43.

<sup>49</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 15.

Es conveniente dejar sentadas algunas cuestiones elementales, a partir de los conceptos reseñados respecto a los derechos fundamentales y derechos constitucionales. No compartimos lo señalado por los demandantes cuando afirman que se ha producido la ‘desfundamentalización’ del derecho a la pensión y la seguridad social, en lo que se refiere a la nivelación de las pensiones de jubilación. La nivelación no es un elemento configurador del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. La pensión, luego de la reforma constitucional, en ningún momento ha dejado de ser considerada como un derecho fundamental, por lo que deben ser declaradas infundadas en este extremo las demandas planteadas.

## §2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

### 79. La titularidad de los derechos fundamentales

Los demandantes esgrimen que los derechos fundamentales se caracterizan por su universalismo, precisando que pueden ser protegidos sin relación o comunicación propia con ningún contexto. Apoyándose en ello, abstraen la titularidad de la seguridad social –en el caso del derecho a la pensión– del ordenamiento constitucional, afirmando que es un derecho moral de valor universal, descontextualización que prescinde de las formas históricas y lo desvincula de las instituciones sociales concretas, así como del ámbito cultural, que forman la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Este Tribunal considera que no se puede realizar una afirmación sobre el principio de universalidad de manera abstracta; los derechos están siempre presentes en la historia de la cultura e interactúan con los valores que le dan sustento, entre ellos la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la estabilidad presupuestaria.

El principio de la universalidad no supone absolutismo. Esta realización debe desplegarse dentro de un Estado que garantice la democracia como forma de organización del poder y los derechos de la persona humana. Sólo así se justifica plenamente la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamenten derechos, concreciones a las cuales debe atender el legislador.

### 80. La pensión como derecho universal

Los derechos fundamentales, en tanto racionales y válidos para todos los seres humanos, pero situados en un contexto histórico o social determinado, deben formar parte del sistema de valores protegidos por la Constitución y, en esa medida, estar sujetos al desarrollo constituyente y positivo que haga el legislador en la delimitación de su contenido accidental. Sólo así se ratifica la dimensión constitucional de esta materia, y el carácter de derecho fundamental de la pensión.

Ello no significa concebir los derechos fundamentales como una cuestión doméstica e interna de los Estados, ya que ello supondría plantear un concepto absoluto de soberanía estatuida como un conjunto de potestades, pero que desconoce que la soberanía también importa deberes y responsabilidades frente a los individuos sometidos a la jurisdicción del Estado y a la comunidad internacional. No cabe duda que actualmente nos encontramos inmersos en un contexto de internacionalización de los derechos, en cuyo fortalecimiento el Estado peruano se compromete. Mas, no debe confundirse esta concepción de la internacionalización de naturaleza espacial, que vendría a ser un punto de llegada, el *ethos*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que inspira este proceso, con la universalización, que alude a un plano más sustantivo y racional.

El derecho a la pensión, por su contenido económico, no puede situarse en la universalidad reinterpretada como 'proceso de generalización', referida más a un objetivo político, a una meta ideal contraria en sí misma a su naturaleza de derecho fundamental específico. Al ser atribuidos a todos, sin establecer determinadas condiciones para su acceso, se convertirían no en derechos para unos sectores concretos de la población, sino para todos, carentes de una meta a alcanzar -la igualdad como equiparación-, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación.

Esta concepción supone el riesgo de que estos propios derechos sirvan para mantener la desigualdad, beneficiando a quienes no lo necesitan realmente, puesto que un trato igual a los desiguales trae consigo una consecuencia injusta. Es a partir de este criterio de universalización en el que también se han fundado los demandantes para argumentar la existencia de un derecho progresivo.

### 81. El pensionista aportante como único titular del derecho fundamental a la pensión

El derecho fundamental a una pensión digna corresponde a toda persona, de conformidad con los artículos 2, 3 y 11 de la Constitución. Esta titularidad se ha ido conformando paulatinamente, y no corresponde ya exclusivamente al aportante; se ha ido incorporando, gracias a una configuración legal, a un grupo específico de personas distinto a quien aportó durante su vida (viudas, viudos, ascendientes y huérfanos). Éste constituirá, pues, el contenido adicional del derecho a la pensión.

De manera preliminar, y con cargo a un mayor desarrollo *infra* (Vid. Parte VI), se puede afirmar que el derecho fundamental a la pensión corresponde básicamente a quien ha aportado al sistema previsional.

Por ello, se consideró necesario en la reforma constitucional sincerar la cifra de beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Es correcto que el Estado proteja especialmente a los titulares y beneficiarios del derecho, pero siempre y cuando jurídicamente les corresponda tal atención.

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, actualmente señala que:

“Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito”.

Sólo de esta manera, el derecho fundamental a la pensión se ajustará adecuadamente a los principios del equilibrio presupuestario y de la justicia redistributiva, a fin de no incorporar a personas que se hubiesen aprovechado de las deficiencias del sistema.

### 82. Los beneficiarios del derecho fundamental a la pensión

La Constitución tutela a la familia y a sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudieran encontrarse. Tal es el sentido del artículo 4 de la Constitución que promueve la tutela social de las personas a través de un sistema de seguridad social que les otorgue beneficios. Teniendo en cuenta ello, y en lo que a la cuestión previsional se refiere, se ha estatuido que los beneficiarios deben gozar de, por lo menos una parte, de los derechos pensionarios que el causante titular percibía.



La situación *sui generis* de los beneficiarios del Decreto Ley N° 20530 ha hecho que la reforma constitucional y la ley de nuevas reglas pensionarias establezcan algunas condiciones para su ejercicio.

La pretensión de los demandantes de atribuir genéricamente la titularidad del derecho a la pensión, sin su sometimiento a la regulación que haga el constituyente de su contenido no esencial y adicional, comportaría la utilización sin sustento constitucional de recursos económicos, lo cual colisionaría abiertamente el principio de solidaridad.

### §3. LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

#### 83. Según los demandantes, se han afectado los derechos adquiridos de los pensionistas

Uno de los puntos en que existe mayor conexión entre las demandas planteadas es el referido a la afectación de los derechos adquiridos de los pensionistas. Al respecto, se ha argumentado lo siguiente:

“(…) el derecho a la seguridad social y su desarrollo progresivo debe ser entendido e interpretado respecto de la población en general y no en función a un grupo pequeño de pensionistas, atendiendo, tal como lo hace el texto de reforma constitucional, a la equidad e interés social”<sup>50</sup>.

#### 84. Según el demandado, la progresividad debe analizarse con respecto a toda la población

El demandado sostiene que

“(…) al analizar si existe progresividad o violación de esta garantía, esto no se puede medir en función a un grupo representativo de la situación que afronta el Estado en dicha materia sino en función al conjunto de la población, teniendo en cuenta que las medidas que se adopten no colisionen con la totalidad de derechos y se aprovechen al máximo los recursos que se dispongan, con equidad y anteponiendo la dignidad humana”<sup>51</sup>.

#### 85. El carácter cerrado del régimen y la justicia redistributiva

El sistema de goce del beneficio previsional puede ser modificado siempre y cuando no se afecte el contenido esencial del derecho fundamental, de modo que aquellos beneficios que forman parte del contenido esencial del derecho, deben seguir siendo gozados o percibidos conforme a las reglas que permitieron su acceso. No porque se pretenda una aplicación ultraactiva de la ley que los previó en su momento, sino porque se encuentran vinculados con el derecho fundamental al que llenan de contenido, lo que no ocurre con aquellos derechos de naturaleza legal que tienen por objeto complementar, a nivel legislativo ordinario, la forma como debe efectuarse la prestación de determinados beneficios que en modo alguno afecta el contenido esencial del derecho fundamental.

En consecuencia, 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

<sup>50</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 15, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.

<sup>51</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 48.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que su goce o ejercicio se encuentre vinculado con el contenido esencial del derecho fundamental.

Tratándose de derechos de configuración legal, no toda la legislación ordinaria que tiene por objeto precisar los goces, beneficios o prestaciones, adquieren, *per se*, la condición de contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que en la medida que desarrollan el derecho fundamental del que derivan, una vez que son otorgados al beneficiado, surten efectos con posterioridad incluso a las modificaciones que regularon a su otorgamiento (tal como ocurre en el caso del ingreso a un régimen previsional).

Por el contrario, las condiciones relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, derivadas justamente de los beneficios que forman parte del contenido no esencial y adicional derecho fundamental, sí pueden ser objeto de modificación, por tratarse de temas de legislación ordinaria (monto de la pensión en la medida que no se comprometa 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 ejecutados.

### 86. El reconocimiento de los derechos adquiridos como elemento configurante de la progresividad

Según el nuevo artículo 103 de la Constitución,

“(…) la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

En este supuesto, uno de los demandantes señala que

“(…) el artículo 1º del precitado dispositivo legal atenta contra los derechos adquiridos de quienes ya gozaban de la pensión con anterioridad a la vigencia de la norma, toda vez que se afectaría a los derechos legalmente obtenidos al Régimen del DL N° 20530, al aplicárseles en adelante nuevas reglas para el goce de su pensión de cesantía, pudiéndose así reducir sus pensiones, ponerles topes, etc.”<sup>52</sup>,

lo cual permite que otro de los recurrentes asevere que

“(…) 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”<sup>53</sup>.

Frente a tales posiciones, el demandado considera pertinente argumentar otra forma de comprender la norma constitucional mencionada. Así, afirma que

“(…) el erróneo entendimiento por parte de los demandantes de la Teoría de Hechos Cumplidos, los lleva a una pretensión insostenible y que es contraria a lo que ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional...: la posibilidad de establecer límites al derecho pensionario en función de la situación económica, social y política del país”<sup>54</sup>.

### 87. La relación entre derecho y contenido esencial para configurar la progresividad de la pensión

<sup>52</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, pp. 9, 10.

<sup>53</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 34.

<sup>54</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 23, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.



El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el mismo que será determinado claramente *infra* está afecto a las evoluciones y a los consensos sociales, mientras que el contenido accidental está sujeto a una definición progresiva por el legislador.

En cualquier caso, las transformaciones que se produzcan deben estar siempre orientadas a hacer más eficaz la protección de los derechos de la persona, no solo en lo referido a su consagración normativa, sino en cuanto a la identificación de mejores y más adecuados mecanismos para garantizar su vigencia.

Cuando se hace referencia a la definición progresiva por el legislador, este Colegiado alude al concepto de progresividad, que constituye un reconocimiento al hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales -entre los que se encuentra el derecho a la pensión- en general no puede lograrse en un breve periodo. Y es de esta forma como ha sido interpretado el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978-, que señala que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

### 88. Las posibilidades económicas del Estado y el derecho a la pensión

El Estado debe cumplir sus obligaciones según sus limitaciones presupuestales. Ello no obsta para que deje de cumplirlas. Sólo de esta forma se podrá asegurar el ejercicio del derecho fundamental a la pensión.

Uno de los principales argumentos de los demandantes es que la Ley N° 28389, que reforma el artículo 103 de la Constitución, afecta la debida protección constitucional a un derecho fundamental. En efecto, aducen que,

“(…) propiciar que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, en materia pensionaria, significa despojar a los pensionistas de sus derechos ya obtenido, implicaría una flagrante violación al principio de irretroactividad de la norma, máxime si se trata de derechos humanos, ya que cualquier modificación constitucional o legal no puede aplicarse en forma regresiva o perjudicial a quienes ya ostentan un derecho humano fundamental adquirido”<sup>55</sup>

Esta interpretación cuestiona la naturaleza misma del proceso de reforma constitucional y el carácter prescriptivo de los derechos fundamentales, e incluso la interpretación del principio de progresividad realizada por los órganos internacionales competentes en la materia. Ello no excluye, según lo ha desarrollado la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que

“(…) 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 [Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Este

<sup>55</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI/TC, p. 34.





reconocimiento, sin embargo, no debe llevar a interpretar equivocadamente que, la efectividad a lo largo del tiempo o progresiva, “priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto [Internacional e Derechos Económicos, sociales y Culturales], que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”, pues las obligaciones mínimas no se eliminan “como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción”<sup>56</sup>.

#### 89. La exigencia del derecho a la pensión a partir de los principios sociales

Los principios sociales de la pensión enunciados *supra*, transitan en una confluencia entre la máxima protección posible y las posibilidades presupuestales del Estado para resguardarla.

El Estado social y democrático de derecho se despliega y concreta especialmente en los derechos fundamentales sociales, dentro de los cuales claramente se encuentra el derecho a la pensión.

Al respecto, uno de los demandantes refiere que

“(…) en esta etapa del Estado social, los derechos fundamentales, sean civiles y políticos, como sociales y económicos, comparten un tratamiento unitario e interdependiente, del que se deriva un conjunto de obligaciones y prestaciones positivas y negativas por parte del Estado para el desarrollo libre e igualitario de las personas en la comunidad”<sup>57</sup>.

El Tribunal Constitucional ha advertido que la distinta eficacia que presentan los derechos constitucionales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, debe distinguirse entre los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, y los denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (fundamento 9 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC).

#### 90. El gasto público y la aplicación temporal del derecho fundamental a la pensión

Comúnmente, se entiende que a esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales sociales y económicos, que, en tanto obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece que

“(…) las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

<sup>56</sup> Observación General 'La índole de las obligaciones de los Estados Partes'. Ob. cit.

<sup>57</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 27.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

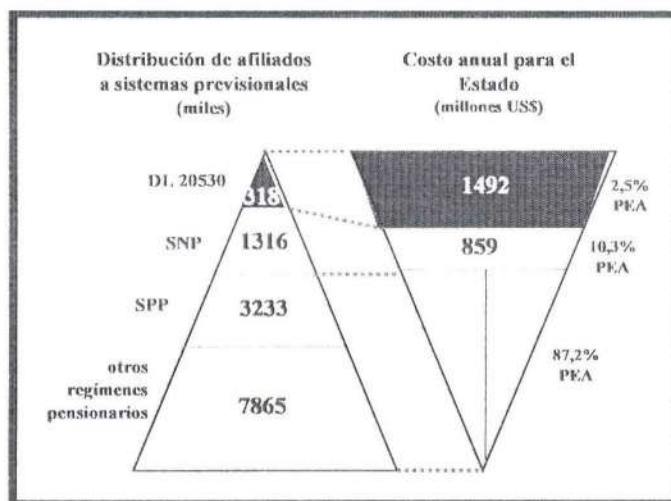
Sin embargo, tal como se ha precisado, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, según el fundamento 36 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC,

“(…) no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”.

Como se observará a continuación, la cantidad de afiliados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 no era proporcional con el gasto que representaba al Estado peruano (ver Gráfico N° 2).

**GRÁFICO N° 2**

**Distribución del costo anual para el Estado en pensiones (Año 2004)**



Costo del Decreto Ley N° 20530. Incluye municipalidades, FONAFE, organismos autónomos y contingencias por distorsión de planillas del Estado

**Fuente** : ONP / MEF  
**Elaboración** : DGAES-MEF

Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad.

**91. La progresividad del derecho a la pensión tras la reforma constitucional**

Este Colegiado considera que, efectivamente, la plena realización de este derecho puede y debe lograrse de manera paulatina, y que es vocación del Estado, conforme a las obligaciones internacionales asumidas, ejecutar las medidas tendentes a que este objetivo

se realice en un plazo razonablemente breve. Ello en concordancia con las exigencias del bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, deber impuesto al Estado por el artículo 44 de la Constitución.

Asimismo, estima que existe una serie de medidas de carácter inmediato que deben adoptarse, las cuales garanticen el goce y ejercicio de conformidad con el contenido esencial de este derecho fundamental, entre ellas efectuar las providencias legislativas indispensables acordes con la fuerza expansiva de los derechos y afianzar el carácter de justiciable del derecho fundamental a la pensión, lo cual permita que pueda ser invocado ante los tribunales. Ello supone, a su vez, la provisión de mayores recursos al Poder Judicial. Es necesario que se tenga en consideración la Sentencia de este Colegiado en el proceso de conflicto de competencia entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, Expediente N° 004-2004-CC/TC, en cuyo fundamento 9.9 se señaló que

“(…) la programación presupuestal conlleva un proceso permanente de raciocinio, proyección y previsión, que permite el establecimiento de determinadas metas gubernamentales que obligan necesariamente a la asignación de recursos económicos”.

## 92. El análisis de constitucionalidad de la reforma constitucional respecto a la aplicación de leyes en el tiempo

En cuanto a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 -en su texto anterior a la reforma constitucional-, su contenido era ciertamente cuestionable desde los niveles de protección que se deben brindar a los titulares del derecho fundamental a la pensión exigidos por la propia Constitución, puesto que no quedaban claros los criterios que permitirían resolver los supuestos de sucesión. Podría derivarse la consecuencia de

“(…) mantener la vigencia de la norma antigua aún cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad (...) Lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto”<sup>58</sup>.

Creemos que, en ese sentido, el artículo 3 de la Ley de Reforma N° 28389 sienta las bases de una transición en el sistema público del régimen de pensiones, fundada en el *test* de razonabilidad, que orienta la actuación del Estado y la regulación legal del ejercicio de derechos, tal como se puede observar como mayor detenimiento en el *fundamento 114*.

De esta forma, al no existir vulneración del régimen pensionario en su carácter de progresividad, no es inconstitucional la reforma del artículo 103 de la Constitución. Por tal razón, es infundada la demanda en tal extremo.

## 93. La aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias

La aplicación inmediata de normas también es trascendente para que las desigualdades que atentan directamente contra la equidad pensionaria, puedan ser revertidas.

Por eso se ha señalado, como parte de la reformada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que

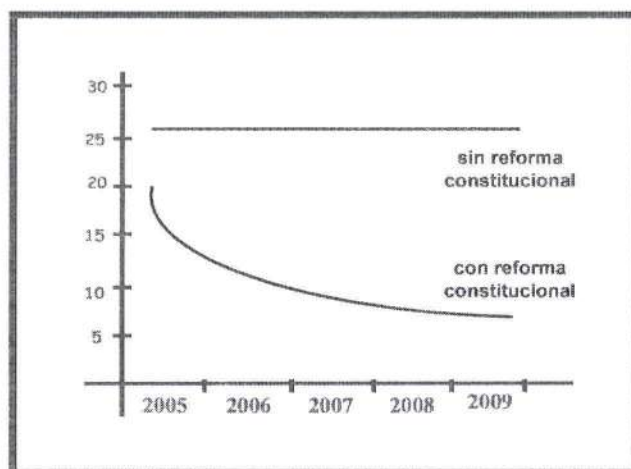
<sup>58</sup> NEVES MUJICA, Javier. Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Previsional. Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 171.

“(…) 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”.

Tal como se puede observar a continuación (ver Gráfico N° 3), la inequidad del sistema podría ser controlada, pues hasta antes de la reforma, las pensiones más altas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530 eran, en promedio, veintiséis veces mayores que las pensiones más bajas. Con las nuevas reglas pensionarias en cinco años, aproximadamente, sólo serán siete veces mayores.

### GRÁFICO N° 3

**Ratio de la pensión promedio del 1% superior frente a la del 10% inferior**



Fuente : MIEF

Visto ello, es necesario que las nuevas reglas se implementen con plazos para que la reducción de pensiones sea gradual para aquellos que estén sobre 1 UIT, teniendo en cuenta que la Ley N° 28449 ha determinado que el tope será de 2 UIT's.

Por tal razón, también es correcto constitucionalmente que, a fin de conseguir la equidad pensionaria, subyacente en el artículo 11 de la Constitución, se haya autorizado, en la misma Primera Disposición Final y Transitoria,

“(…) iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito”.

Para esta labor encomendada a la autoridad administrativa, la reforma constitucional del artículo 11 de la Constitución reconoce la capacidad de una entidad del Gobierno para administrar los regímenes de pensiones a cargo del Estado.



#### §4. EL CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

##### 94. Según los demandantes, se afecta el derecho a la propiedad conjuntamente con el pensionario

Uno de los demandantes argumenta que

“(…) es indiscutible que el derecho pensionario es un derecho incorporado al patrimonio de los beneficiarios y por ende le asiste la totalidad de protección atribuida a esta garantía”<sup>59</sup>.

En conclusión, ¿cómo se ha de entender el carácter patrimonial del derecho pensionario? Al respecto, otro de los demandantes precisa que

“(…) el derecho pensionario, al constituir parte del patrimonio de sus beneficiarios, constituye un verdadero derecho de propiedad, protegida constitucionalmente, por lo que conforme lo ha delincado el Tribunal Constitucional... razones en las cuales no se ha inspirado el Congreso para la dación de la presente ley”<sup>60</sup>.

##### 95. Según el demandado, no existe afectación del derecho a la propiedad

El demandado a su vez sostiene que

“no sólo como derecho de propiedad, sino como derecho específico a la seguridad social, el contenido esencial del derecho no se ve vulnerado (...) muy por el contrario, la reforma sirve para hacer realidad ‘el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social’”<sup>61</sup>.

##### 96. El alcance genérico del derecho fundamental a la propiedad

La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2 incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, 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, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.

Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Es por ello que el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo con vista al artículo 2 incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70 de la Constitución, el cual establece que éste se

“(…) ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”.

En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: es un derecho subjetivo pero, a su vez, es una institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una

<sup>59</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 51.

<sup>60</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 20.

<sup>61</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 26, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.



institución objetiva portadora de valores. Por ello, la determinación de su contenido esencial

“(…) no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad”<sup>62</sup>.

Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites establecidos por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional.

#### 97. La pensión como parte del patrimonio y no como propiedad

Bajo estas premisas es que se debe precisar si la pensión consta de los mismos atributos de la propiedad privada y, por lo tanto, si cabe equipararlos. Al respecto, debemos señalar que la pensión, si bien forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se puede desprender, sin más, su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad.

Por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos.

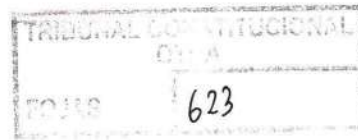
En cuanto a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, existen también diferencias bastante marcadas con la propiedad. Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación -como equivocadamente señalan los demandantes-. Por el modo como se transfiere tampoco se puede equiparar la pensión con la propiedad.

La pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar su goce a éste o sus beneficiarios.

En cuanto a la titularidad, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario. 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.

Sin embargo, los demandantes han recurrido tanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como a la de este Tribunal para sostener que la Ley

<sup>62</sup> PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2000. 7ª Ed. p. 554.



Nº 28389 -y, además, la Ley Nº 28449- afectan su derecho a la propiedad. Es necesario, entonces, que este Colegiado se pronuncie también sobre estos argumentos.

**98. La pensión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Los demandantes mencionan la Sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, aseverando que, respecto al derecho de propiedad

“(…) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente y, en la medida que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21º de la Convención que reconoce el derecho de propiedad... El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad”<sup>63</sup>.

En efecto, la Corte Interamericana estableció en tal sentencia, como parte del párrafo 103, que

“(…) a la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención -el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley Nº 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 Nº 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”.

Al retomar la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana también reconoce las posibilidades de la caja fiscal para dar cumplimiento a la progresividad de los derechos fundamentales, tema que, a juicio de este Colegiado, es de importancia capital. Asimismo, se ha señalado en el fundamento 147, que

“(…) los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevalecte”.

<sup>63</sup> Demanda de inconstitucionalidad Nº 007-2005-PI, pp. 50, ss.

### 99. El derecho a la pensión no incluye una exigencia de 'nivelación'

El hecho que la Ley N° 28389, haya establecido que

“(…) 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 Unidad Impositiva Tributaria”,

conduce a los demandantes a sostener que la prohibición de la nivelación pensiones

“(…) equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser ésta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L. 20530. Conviene precisar que la supresión de este derecho afecta, por igual, a todas las pensiones de dicho régimen y no únicamente, como falazmente lo ha sostenido la propaganda oficial”<sup>64</sup>.

El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de los demandantes. En efecto, como se explicará con detenimiento en el *fundamento 107*, el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por el derecho a no ser privado arbitrariamente de él y por el derecho a una pensión mínima.

Fuera de ese ámbito, se encuentra el contenido no esencial y adicional del derecho a la pensión, los que pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten el contenido esencial mediante intervenciones irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En el ámbito no esencial y adicional del derecho fundamental a la pensión, el legislador puede establecer determinadas regulaciones, sin que ello implique una intervención inconstitucional *per se*. De esta manera,

“(…) el legislador tiene un amplio margen de apreciación a la hora de regular y modificar las prestaciones para ‘adaptarlas a las necesidades del momento’, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas”<sup>65</sup>.

Ahora bien, el hecho de que la ley de reforma prohíba la nivelación de pensiones con las remuneraciones, no implica la afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, pues la nivelación no forma parte de ese contenido, sino del no esencial; por el contrario, con un criterio de justicia e igualdad, el legislador ha establecido que la reducción del importe de las pensiones no se aplique a las remuneraciones que no superen la Unidad Impositiva Tributaria.

### 100. El derecho a la pensión no excluye la imposición de 'topes máximos'

Los demandantes también sostienen que la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 y la Ley N° 28449, que la desarrolla, dispone la aplicación de topes y la reducción de las pensiones. En tal sentido, arguyen que

“(…) el derecho fundamental a la seguridad social, concretado en el derecho a percibir una pensión nivelada, se ve gravemente afectado, no sólo en cuanto se elimina el derecho a su reajuste futuro por nivelación, sino porque su monto

<sup>64</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 44.

<sup>65</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial). Barcelona, Ariel, 1995. p. 654.



actual se verá reducido año tras año, hasta equipararse al denominado “monto máximo mensual”. Dicha disposición resulta abiertamente contradictoria con el artículo 10° de la Constitución, conforme al cual la finalidad del derecho a la seguridad social, que en él se reconoce, es asegurar a la persona “la elevación de su calidad de vida”<sup>66</sup>.

Este Colegiado no comparte el criterio de los demandantes porque, como se ha señalado, no existe un derecho fundamental a la nivelación, dado que ésta no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, sino a su contenido no esencial. Si así fuera, la ‘nivelación’ debería también aplicarse a otros regímenes pensionarios, pues de lo contrario se estaría incurriendo en un acto injustificado de discriminación.

Lo que debe quedar claro es que el establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones esenciales, a saber: la disponibilidad económica del sistema de seguridad social y el principio de solidaridad.

En efecto, en virtud del primero, el legislador puede regular las prestaciones de la seguridad social en función de la escasez de recursos o medios económicos limitados con los que cuenta el sistema. De ahí que el legislador, en la ley de reforma constitucional N° 28389, haya previsto que los regímenes pensionarios

“(…) deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación”.

En ese sentido, cuando fije un tope a la percepción de pensiones, el legislador no podrá sobrepasar el límite que se le ha otorgado en la reforma constitucional, al momento de apreciar aquellas circunstancias socioeconómicas condicionantes de la actualización del sistema de pensiones.

En virtud del principio de solidaridad se exige que

“(…) el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios, es decir, en el caso concreto, con independencia de que esas pensiones proporcionalmente altas sean pocas, su limitación tenga poca influencia en las finanzas públicas y en poco o nada beneficie a los pensionistas más modestos”<sup>67</sup>.

Por estas consideraciones, y mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y los montos de éstas cubran el mínimo de subsistencia, la fijación de topes no pueden ser tachada de inconstitucional. Será, entonces, constitucionalmente razonable y legítimo que se disponga la disminución progresiva del monto de las pensiones más elevadas -propio del contenido no esencial- y el incremento de las pensiones más bajas a un tope mínimo vital -propio del contenido esencial-.

Esta exigencia, que el Estado no puede evadir, se ha plasmado en el artículo 3 de la Ley N° 28389, al determinar que las reglas establecidas por la ley no podrán prever

“(…) la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria”.

Además, la propia ley de reforma constitucional prevé que el

<sup>66</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 46.

<sup>67</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. Seguridad social y Constitución. Madrid, Civitas, 1995. p. 126.

“ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley”.

Queda claro que es constitucional el tratamiento que sobre la materia pensionaria ha realizado la Primera Disposición Final y Transitoria reformada.

## E. EL DERECHO A LA PENSIÓN LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

### §1. EL RESPETO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

#### 101. La reforma del derecho a la pensión: ¿‘*in peius*’ o ‘*pro homine*’?

Corresponde a este Colegiado analizar, ahora, si la Ley N° 28389 ha introducido una reforma constitucional peyorativa o *in pejus* con relación al derecho fundamental a la pensión, o si ésta es *pro homine*, es decir, si busca beneficiar a los pensionistas.

Para ello, se debe determinar, en primer lugar, el contenido esencial del derecho a la pensión; para, en segundo lugar, proceder a aplicar el *test* de la razonabilidad.

#### 102. Según los demandantes, se ha afectado el contenido esencial del derecho a la pensión

Uno de los principales argumentos de los demandantes es que la Ley N° 28389 afecta el contenido esencial del derecho a la pensión. Respecto al contenido esencial, uno de los demandantes, amparándose en la noción de derechos adquiridos según el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, ha señalado que

“(…) es posible la aplicación inmediata de la ley que lo modifica en sentido peyorativo, siempre que ésta deje a salvo su contenido esencial, es decir, tener la condición de pensionista de dicho régimen y el derecho a una pensión nivelable, la cual no puede ser reducida, mediante la variación de sus reglas de cálculo o la aplicación de un tope pensionario”<sup>68</sup>.

Sin embargo, lo que realmente está configurando el recurrente es el contenido esencial de la pensión, antes que el de la seguridad social, y así ha de entenderse con el fin de que este Colegiado pueda debatir conceptualmente tal aseveración.

#### 103. Según el demandado, no se ha afectado tal contenido esencial

El demandado sostiene que la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución

“(…) reconoce los principios establecidos en los artículo 10, 11 y 12 de la Constitución: el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas; e intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social. Estos principios constituyen el parámetro para identificar el

<sup>68</sup> Demanda de inconstitucional N° 007-2005-PI, p. 43.

contenido esencial del derecho a la seguridad social configurado por el constituyente<sup>69</sup>.

Añade que

“(…) lo que puede postularse como contenido esencial del derecho es la pensión misma, pero no la nivelación con los haberes de los actos. La nivelación con la remuneración del trabajador activo no forma parte de ningún convenio internacional ni de los principios doctrinarios de la seguridad social para convertirse en pilar de su calificación como derecho fundamental o como núcleo central del derecho<sup>70</sup>.”

#### 104. La necesidad de determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

La doctrina constitucional contemporánea, en referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, ha construido determinadas teorías a fin de determinar cuál es ese contenido irreductible que está inmerso en la estructura de cada derecho fundamental. Se han planteado tres teorías, básicamente. Según la teoría relativa, el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. No existe, pues, en esta teoría, un contenido esencial preestablecido, sino que éste debe ser determinado mediante la ponderación.

La teoría absoluta, por el contrario, parte del presupuesto de que en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial -y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada- y otra parte accesorio o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas.

Para la teoría institucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido de ‘por sí’ e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos también como merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, de otro, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad<sup>71</sup>.

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.

<sup>69</sup> Alegatos respecto a demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 35.

<sup>70</sup> Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 6.

<sup>71</sup> HÄBERLE. Peter. La libertad fundamental en el Estado constitucional. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997. p. 117.

### 105. La configuración del contenido esencial del derecho a la pensión

La Constitución, por lo menos, debe exigir al Estado la provisión de un mínimo vital, protegido como contenido esencial, a fin de que las personas desarrollen una vida digna, procurando la igualdad material entre ellas. Para ese efecto, es necesario que la protección del derecho a la vida digna sea una obligación exigible al Estado que éste debe cumplir durante todo el proceso vital de las personas.

Un principio constitucional que se debe tener en consideración es el de dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución). Este principio erige a la persona humana y el respeto de su dignidad como un fin supremo tanto de la sociedad como del Estado; principio que, como ya se señaló en el *fundamento 46*, proscribire que la persona humana sea tratada como objeto -o medio- de la acción del Estado; antes bien, debe promoverse su vigencia y respeto.

### 106. El reconocimiento de los valores subyacentes al contenido esencial de la pensión

Sobre esta base, y a la luz de los principios sustentadores del derecho a la pensión dentro del Estado social y democrático de derecho, se deben ponderar los valores superiores. Sin embargo, antes de referirnos al valor que está vinculado con esta determinación del contenido esencial, este Colegiado considera pertinente señalar que, si bien nuestra Constitución no incorpora expresamente una disposición constitucional que haga alusión a los valores superiores, ello no quiere decir, en modo alguno, que nuestra Constitución de 1993 no los consagre o carezca de ellos.

Esto es así en la medida que los valores que fundamentan el orden social y jurídico pueden deducirse implícitamente de dicho orden o venir expresados precisamente en una norma legal, o incluso en una norma constitucional. De ahí que se reconozca que los valores superiores poseen una triple dimensión:

“(…) a) fundamentadora, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto (...); b) orientadora, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; c) crítica, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales”<sup>72</sup>.

Guarda estrecha relación con este propósito el valor superior de igualdad, expuesto *supra* como principio. Éste no debe concebirse en su dimensión formal, sino en la material. Para su realización, en sentido material, se traduce en el criterio de igual satisfacción de las necesidades fundamentales.

Pero también el valor superior solidaridad, entendido como el deber de desarrollar, de acuerdo con las posibilidades y preferencias propias, una actividad o función que redunde en el progreso material o espiritual de la sociedad, debe ponderarse a efectos de determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

<sup>72</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ob. cit. p. 288.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 2 inciso 1 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la vida y al bienestar de la persona humana. A partir de una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, debe precisarse que la Constitución no protege el derecho a la vida de las personas bajo cualquier circunstancia o condición, sino que garantiza a ellas el derecho a la vida con dignidad; para ello, el Estado debe promover las condiciones materiales mínimas a fin de que las personas tengan una vida digna que permita la realización de su bienestar. De ahí que uno de los deberes esenciales del Estado social y democrático de Derecho sea que los derechos fundamentales tengan vigencia real, confiriéndoles, para ello, una base y un contenido material mínimo.

### 107. El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

Es deber del Estado y de la sociedad, en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados a cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida de las personas, o las que resulten del infortunio provenientes de riesgos eventuales. Ello se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

De una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, y en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, se puede inferir que la Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental a la pensión, el cual adquiere relevancia porque asegura a las personas llevar una vida en condiciones de dignidad e igualdad.

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos, a saber:

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

Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión.

### 108. La importancia del establecimiento de este contenido esencial

Estos tres elementos constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión y en el cual el legislador no puede intervenir para restringir o privar a las personas de ese derecho. Precisamente, en este aspecto es muy importante rescatar lo que señala el artículo 3 de la Ley N° 28389.

Si se considera el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión como ya configurado, la ley de reforma constitucional no afecta dicho contenido en la medida que, si bien establece condiciones para el acceso a un determinado régimen pensionario, no impide el acceso a otros regímenes de pensiones asegura una pensión mínima. Es más, deja abierta la posibilidad para que sea el propio trabajador quien opte por un régimen público o privado de pensiones.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En tal sentido, esta parte de la Ley N° 28389 no es inconstitucional al no afectar el derecho a acceder a una pensión y al no privar, tampoco, arbitrariamente, de dicho derecho. Por lo tanto, es infundada la demanda en este extremo.

En cuanto al contenido no esencial compuesto por el reajuste pensionario y el tope pensionario máximo, la ley de reforma constitucional ha establecido el marco de su configuración legal, según se vera *infra*, lo cual no es inconstitucional. En igual sentido, el contenido adicional integrado por las pensiones de viudez, orfandad y de los ascendientes constituyen materia para la libre configuración del legislador, lo cual tampoco la vuelve inconstitucional.

**§2. LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD A LA EQUIDAD PENSIONARIA****109. El test de razonabilidad y el derecho fundamental a la pensión**

Determinada la intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, es necesario ahora aplicar un *test* de razonabilidad al establecimiento de los contenidos no esenciales y adicionales a fin de que estos sean declarados constitucionales o no. Es decir, este Tribunal debe determinar si la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión es constitucional, o si, por el contrario, dicha intervención supone un vaciamiento del contenido, ya determinado, de dicho derecho y es, por ende, inconstitucional.

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 lo integran.

De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida *sub examine*. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

**110. Necesidad de aplicación del test de razonabilidad a la ley de reforma**

Los demandantes argumentan que existe una afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión en el caso de los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530. Asimismo, alegan que la prohibición de nivelar las pensiones con las remuneraciones equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario; además, afirman

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que se elimina el derecho a la nivelación de las pensiones al subordinarlo a las decisiones y posibilidades económicas del Estado. En suma, sostienen que

“(…) la ley de Reforma Constitucional modifica peyorativamente el derecho a la seguridad social”<sup>73</sup>.

Por su parte, el demandado afirma que

“(…) no puede suscribirse la afirmación del demandante en el sentido que se habría producido una transgresión del carácter irrenunciable de los derechos sociales. Los trabajadores no han renunciado a nada ni el Estado los ha despojado de su derecho a la seguridad social”<sup>74</sup>.

Para efectos de resolver este cuestionamiento, esto es, la supuesta modificación *in peius* del derecho fundamental a la pensión, se aplicará el *test* de razonabilidad.

### 111. El análisis del principio de idoneidad en el caso pensionario

Al respecto, debe analizarse, a la luz del principio de idoneidad o adecuación, si con la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicha reforma es idónea. En relación con lo primero, esto es, con el objetivo constitucionalmente legítimo, se debe tener en cuenta que lo que se busca con tal reforma es la realización de valores superiores como justicia, igualdad y solidaridad, considerados, desde la perspectiva constitucional, totalmente legítimos.

En efecto, son valores consustanciales del Estado social y democrático de derecho, ya que el Estado procura que todas las personas gocen de las condiciones materiales mínimas para llevar una vida digna.

En este sentido, mediante la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se busca que las personas tengan una pensión equitativa, como exigencia de la realización de los valores superiores justicia e igualdad.

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.

### 112. El análisis del principio de necesidad en el caso pensionario

Cuando las personas gozan del derecho fundamental a la pensión, lo hacen en condiciones de igualdad y de justicia. A juicio de este Tribunal, se debe analizar el motivo que pudiese impedir el goce de las pensiones en tales condiciones.

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.

### 113. El análisis del principio de proporcionalidad *strictu sensu* en el caso pensionario

En cuanto corresponde al principio de proporcionalidad *strictu sensu*, se debe analizar si la realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión. Sobre esto, se debe insistir en que el contenido esencial

<sup>73</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2005/PI, p. 33.

<sup>74</sup> Contestación de la demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2005/PI, p. 6.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

del derecho a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por la prohibición de ser privado arbitrariamente de ella y por el derecho a una pensión mínima vital. En ese sentido, la reforma constitucional de la Ley N° 28389 no afecta el contenido esencial del derecho a la pensión porque no prohíbe su acceso a él, no priva a quienes son pensionistas de su ejercicio ni desconoce la existencia de una pensión mínima.

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.

**114. La razonabilidad de la reforma constitucional**

Con los resultados obtenidos en los tres principios revisados, toca ahora analizar si la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 es un medio razonable para lograr la justicia e igualdad en el ámbito pensionario.

A juicio de este Tribunal, la reforma permite la realización de los valores superiores justicia e igualdad en materia pensionaria. En ese sentido, la Ley N° 28389 es acorde con la finalidad constitucional antes mencionada, más aún si no se contrapone con el criterio de reajuste periódico de las pensiones que prevé la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de acuerdo con una distribución equitativa del monto de la misma.

Siendo ello así, el Estado asume la obligación de adoptar las medidas correspondientes a fin de garantizar el derecho fundamental a la pensión en términos de justicia distributiva e igualdad. Ahora bien, la aplicación del *test* de la razonabilidad a este caso concreto, en cuanto se refiere a la supuesta reforma en sentido peyorativo del derecho fundamental a la pensión, permite llegar a la conclusión de que la Ley N° 28389, que reforma la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no comporta una *reformatio in peius*.

La intervención del legislador ha sido objetiva, razonable y proporcional, puesto que con tal reforma se consiguió un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, cual es otorgar la pensión de manera equitativa entre las personas.

De otro lado, aplicado el *test* de razonabilidad, a través de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*, se concluye que la reforma constitucional no priva a las personas del derecho a la pensión, y mucho menos les impide su acceso. Por el contrario, lo que se busca es que el goce de ese derecho se realice mediante la materialización de valores superiores como la justicia e igualdad.

**115. La novedosa configuración del derecho fundamental a la pensión tras la reforma constitucional**

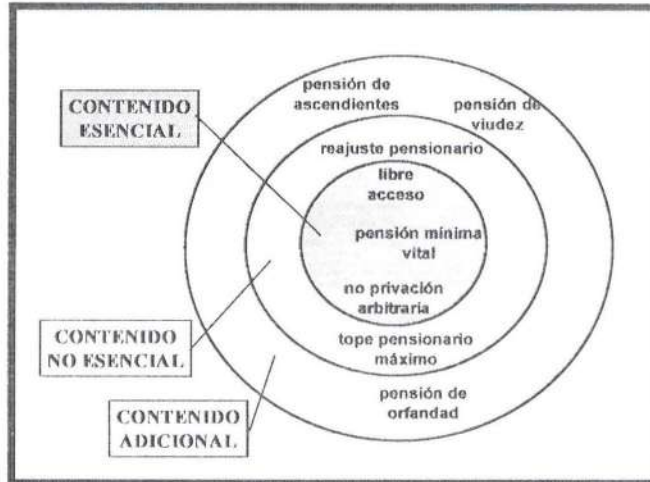
Tal como se ha podido apreciar, el derecho a la pensión tiene un contenido tripartito (*Vid. fundamento 75*).

Por lo tanto, con un fin meramente explicativo, este Colegiado, a la luz de la Constitución, considera que el derecho fundamental a la pensión se puede describir gráficamente de la siguiente manera:



**GRÁFICO N° 4**

**Contenidos del derecho fundamental a la pensión**



Elaboración: Tribunal Constitucional

Si bien el imperativo es el respeto del contenido de todo el derecho, es claro que se ha mantenido intangible el contenido esencial, y los contenidos no esencial y adicional se han ido delineando según las necesidades sociales y económicas del país, con el fin de que el derecho tenga la mayor eficacia posible y no favorezca a un grupo reducido de personas, sino a la mayoría de la población, según el sentido del criterio interpretativo de unidad de la Constitución.

**116. La supuesta vulneración del principio de cosa juzgada**

Antes de pasar a la siguiente parte de la sentencia, es necesario dar respuesta a la argumentación de los demandantes respecto a la afectación de la cosa juzgada. En concreto, acusan que con la modificación de la normativa sobre el régimen pensionario

“se atentaría... contra el principio de Cosa Juzgada, puesto que muchos pensionistas han visto conquistados sus derechos pensionarios en la vía judicial, como la nivelación de sus pensiones, el pago íntegro y sin topes de sus pensiones, etc... se estaría reiterando la violación a las garantías antes expuestas, de manera especial a la garantía de la cosa juzgada, máxime si se tiene en consideración los efectos supremos de una acción de inconstitucionalidad y la obligatoriedad de su acatamiento ordenado por la propia Constitución, art. 204”<sup>75</sup>.

Casi toda la jurisprudencia emitida en materia previsional antes de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (incluida la de este Colegiado), se fundamentaba en la teoría de los derechos adquiridos, y, en los casos correspondientes, en el derecho a la nivelación de las pensiones. Tales exigencias formaban parte del parámetro constitucional entonces vigente y, consecuentemente, los órganos de administración de justicia (entre los que se encuentra este Tribunal) tenían el deber de

<sup>75</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, pp. 10, 29.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

aplicarlas y de declarar la inconstitucionalidad de los actos que pretendiesen desconocerlas.

¿Significa ello que a las personas que hayan sido favorecidas por dichas resoluciones judiciales no les resulta aplicable la reforma constitucional aprobada a pesar de que este Tribunal la encuentre válida? Desde luego, la respuesta es negativa.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como todo derecho fundamental, no es ilimitado. Las resoluciones judiciales no sitúan al vencedor en juicio en una suerte de 'ordenamiento aislado' que impida que a éste alcancen las modificaciones jurídicas que puedan tener lugar luego de expedida la sentencia que le favoreció. En efecto, en tanto que las resoluciones judiciales se fundamentan en presupuestos fácticos y jurídicos que condicionan la estimación de una determinada pretensión, la extinción que *a posteriori* y dentro del marco constitucional opere en relación con alguno de tales fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución. Dicho de otra manera, en estos supuestos, la Constitución admite que una resolución puede devenir en inejecutable.

La reforma constitucional realizada a través de la Ley N° 28389 ha modificado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros factores, derogando la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria y proscribiendo la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. Tales modificaciones, como quedó dicho, no afectan los límites materiales al poder de reforma constitucional, motivo por el cual la ley de reforma es plenamente constitucional.

Así las cosas, no es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las resoluciones judiciales a las que hacen alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente prosritos constitucionalmente (así resulta del nuevo contenido de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución). En consecuencia, han devenido en inejecutables.

No obstante, es necesario precisar que dado que la reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, debe reconocerse los plenos efectos que cumplieron dichas resoluciones judiciales durante el tiempo en que la Ley N° 28389 aún no se encontraba vigente. De modo tal que, por ejemplo, si antes de la fecha en que la reforma cobró vigencia una persona resultó favorecida con una resolución judicial que ordenaba la nivelación de su pensión con la del trabajador activo del mismo cargo o nivel en el que cesó, dicha persona tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional.

### 117. Conclusiones sobre si la reforma es constitucional o no

Luego de las consideraciones precedentes, se debe concluir que la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha transgredido o desmejorado los derechos de los pensionistas, ni tampoco ha afectado el 'contenido fundamental' de la Constitución.

Lo que pretende es que el acceso al derecho fundamental a la pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente y el derecho a una pensión mínima vital; así como los reajustes y topes pensionarios; y, las pensiones de los beneficiarios derivados, tengan vigencia real en concordancia con los valores superiores de justicia e igualdad.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lo que el legislador no hubiera podido, ni tampoco podría hacer, es eliminar la garantía institucional de la seguridad social, propia de las Constituciones democráticas y del Estado social y democrático de Derecho, ni tampoco poner en cuestión los rasgos estructurales del sistema pensionario<sup>76</sup>.

Por las razones que se han expresado en la presente sentencia, no existe vulneración alguna de los límites materiales ni formales de la reforma constitucional, por lo que las demandas son infundadas en este extremo.

**VII. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA  
CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28449 QUE  
MODIFICA EL DECRETO LEY N° 20530**

**A. CONSIDERACIONES PREVIAS Y EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA**

**§1. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

**118. La impugnación de la Ley N° 28449**

Tal como precisó este Colegiado en el considerando 10 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados),

“(…) en las demandas se solicita, adicionalmente, que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 28449 por conexidad o consecuencia con el petitorio principal; al respecto es de aplicación el artículo 78° del Código Procesal Constitucional, que dispone que el Tribunal Constitucional, dado el caso, está facultado para evaluar la constitucionalidad de las normas conexas a la que se impugna en la parte principal del petitorio”.

**119. La Constitución reformada como parámetro de control de constitucionalidad**

Con los fundamentos expuestos en los apartados anteriores, ha quedado desvirtuada la alegada inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389. Consecuentemente, el análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28449, encargada de fijar las nuevas reglas aplicables al régimen del Decreto Ley N° 20530, será realizado teniendo presente que, al haber sido expedida con posterioridad a la Ley N° 28389, el parámetro de control constitucional será la Constitución reformada, y no las disposiciones vigentes antes de que dicha reforma tuviera lugar.

Así las cosas, es conveniente precisar que ante la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el control constitucional de la Ley N° 28449 no podría ser realizado sobre la premisa de una protección constitucional a la teoría de los

<sup>76</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales Ob. cit. pp. 652, 653.

derechos adquiridos en materia previsional, tal como ha ocurrido en la jurisprudencia de este Tribunal emitida con anterioridad a la reforma.

En efecto, ya ha quedado establecido que la supresión de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria (prevista en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución antes de su reforma), no afecta la garantía institucional de la seguridad social, reconocida en el artículo 10 de la Constitución, ni tampoco el derecho fundamental a la pensión, contenido en el artículo 11 de la Norma Fundamental, por lo que no existe vulneración de ninguno de los límites materiales al poder de reforma constitucional. También ha quedado dicho que la proscripción de utilizar la nivelación como mecanismo de reajuste no vulnera tales límites.

## §2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL

### 120. La configuración legal del derecho fundamental a la pensión

Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), toques, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran.

### 121. La regulación de los derechos fundamentales y la aplicación de leyes en el tiempo

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. Ni la aplicación inmediata de las leyes a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes (teoría de los hechos cumplidos) podría, en sí misma, justificar la afectación de un derecho fundamental, ni, so pretexto de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, podría negarse la

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

aplicación inmediata de una ley que optimice el ejercicio del derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución.

La validez de las leyes que regulan los derechos fundamentales debe ser evaluada teniendo en cuenta la preservación de su contenido esencial y la existencia del *test* de razonabilidad que justifique determinadas restricciones del contenido no esencial y adicional de dichos derechos. Ello trasciende el análisis formal y contingente de la adopción de una determinada teoría de aplicación de leyes en el tiempo (derechos adquiridos o hechos cumplidos), y se ubica en la necesidad de una merituación sustancial que tenga como imperativo preservar los derechos fundamentales como verdaderas manifestaciones del principio de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), según ha sido explicado *supra*.

### §3. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

#### 122. Según los demandantes, existe un vicio formal en la elaboración de la Ley N° 28449

Los demandantes acusan un supuesto vicio formal en la producción normativa de la Ley N° 28449. En concreto, refieren que

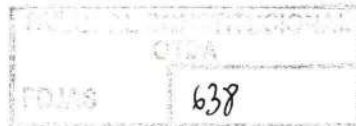
“(…) independientemente de los vicios que afectan la legalidad de la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional, la presente norma [Ley N° 28449], no alcanzó la votación requerida para considerarse Ley de Desarrollo de Reforma Constitucional (81 votos), en consecuencia, es una norma con rango de ley aprobada con 61 votos, sin el respaldo de la votación requerida para los actos estrictos de reforma constitucional,... sin contar ni siquiera con las exigencias mínimas o maquilladas para tratar temas concernientes a reforma constitucional, es decir, no cuenta con el respaldo del legislador para tal connotación, lo que de por sí representa un vicio de forma insubsanable”<sup>77</sup> (sic).

#### 123. Distinción entre las reglas de producción normativa de las leyes de reforma constitucional y las leyes ordinarias

Los demandantes confunden ostensiblemente las rigurosas reglas de producción normativa, exigibles a una ley de reforma constitucional (artículo 206 de la Constitución), con aquellas exigibles a las leyes que, en mérito de alguna reserva legal prevista en la Constitución, se ocupan de una determinada materia.

Es cierto que algunos artículos constitucionales *post* reforma incluyen determinadas materias reservadas a la ley (así, el segundo párrafo del artículo 11 dispone que será la ley la que establezca la entidad del gobierno que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado, mientras que el párrafo quinto de la Primera Disposición Final y Transitoria establece que será la ley la llamada a disponer la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de 1 UIT); sin embargo, resulta manifiestamente erróneo entender que tal evento exige que dichas leyes sean aprobadas con las votaciones requeridas por las leyes de reforma constitucional.

<sup>77</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 0009-2005-PI, p. 5.



La Ley N° 28449 es una ley ordinaria. En tal sentido, no cabe imponerle como requisito de validez, haber seguido el procedimiento agravado propio de las leyes de reforma de la Constitución. Por ello, el argumento *sub examine* debe ser desestimado.

## B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

### §I. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS A TRABAJADORES DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY N° 20530

#### 124. Según los demandantes, se desconoce el derecho de los pensionistas a pertenecer al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530

Los recurrentes refieren que el artículo 2 de la Ley N° 28449,

“(…) se encuentra dirigido a recortar las posibilidades de aquellos ciudadanos que cumplieron válidamente con todos los requisitos de dicho régimen y que por la inercia u omisión de la administración, a la fecha no cuentan con el derecho a la seguridad social, o también en los casos de aquellos jubilados que fueron desincorporados arbitrariamente, pese a cumplir con todas las exigencias establecidas en la ley”<sup>78</sup>.

#### 125. Situación de aportantes luego del cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530

El artículo 2 de la Ley N° 28449 establece que

“(…) el Decreto Ley N° 20530 es un régimen cerrado que no admite nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución”.

En efecto, dicha Primera Disposición Final y Transitoria, tal como se pudo observar líneas arriba, estipula:

“Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530”,

precisando que, en consecuencia,

“(…) a partir de la entrada en vigencia de [la] Reforma Constitucional: 1) No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530”.

Lo que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece en su inciso 1 (reiterado por el artículo 2 de la Ley N° 28449), no tiene relación alguna con el derecho concreto a una determinada pensión. Simplemente, dicho inciso se limita a disponer que ningún trabajador puede en el futuro ser incorporado al régimen del Decreto Ley N° 20530. Ello es meridianamente claro y cualquier norma u acto que contravenga tal disposición, será inconstitucional.

Ante todo, es preciso distinguir entre los requisitos para incorporarse a un determinado régimen pensionario y los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho régimen.

<sup>78</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 0009-2005-PI, p. 11.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Existe un número importante de personas que en la fecha en que la reforma constitucional cobró vigencia, estaban incorporadas en el régimen del Decreto Ley N° 20530, pero que, sin embargo, aún no habían cumplido con los requisitos legales para obtener una pensión dentro de dicho régimen.

**126. El caso de las personas que antes de la reforma habían cumplido con los requisitos para incorporarse al régimen del Decreto Ley N° 20530 pero no con los requisitos para obtener una pensión**

Con relación a las personas que antes de la reforma constitucional, ya pertenecían al régimen del Decreto Ley N° 20530, pero aún no habían cumplido con los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho régimen, el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece que

“(…) deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones”.

Lo propio establece la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, previendo un plazo de noventa días para que el trabajador comunique a su empleador su opción entre uno u otro sistema.

Del análisis de estas disposiciones, surgen algunas conclusiones:

- El inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución obliga al trabajador que antes de la reforma pertenecía al régimen del Decreto Ley N° 20530, pero aún no había cumplido con los requisitos para obtener una pensión, a desincorporarse de este régimen y optar por otro. Ello no vulnera ningún límite al poder de reforma constitucional, pues interpretados los artículos 10 y 11 de la Constitución, resulta claro que si bien el derecho fundamental a la pensión debe encontrarse plenamente garantizado por el Estado, no forma parte de su contenido esencial constitucionalmente protegido, el que dicha garantía deba ser prestada dentro de un específico régimen previsional, por lo que tal determinación queda dentro del margen de libre configuración del legislador democrático, tal como se analizó *supra*.
- El inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución no constituye una excepción al principio de irretroactividad de las leyes previsto en el artículo 103 de la misma Carta Fundamental, pues si bien antes de su vigencia una persona puede haber cumplido con el requisito para la incorporación a un determinado régimen previsional (v.g. en el caso del Decreto Ley N° 20530, ser un servidor público no comprendido en el Decreto Ley N° 19990), tal hecho no queda consumado sino hasta que dicho trabajador cumple, adicionalmente, con los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho régimen (v.g. en el caso de los trabajadores varones del régimen del Decreto Ley N° 20530, cumplir quince años de servicios reales y remunerados). En otras palabras, exigir mediante ley la desincorporación del régimen del Decreto Ley N° 20530 para pasar a otro régimen a un pensionista que aún no había cumplido con los requisitos para obtener una pensión, implica la aplicación de dicha ley a un hecho no consumado, motivo por el cual no existe afectación del principio de no retroactividad de las leyes.
- El legislador ha omitido referir en la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, qué sucede si transcurridos los noventa días de plazo, el trabajador no comunica al empleador su opción de afiliación. En tal sentido, este Tribunal exhorta al Congreso de la República a cubrir dicho vacío normativo, teniendo presente que tal



omisión no sea interpretada en el sentido que la falta de comunicación del trabajador dentro de dicho plazo implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, pues ello vulneraría el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución; ni tampoco que ello implique que el trabajador quede fuera de todo régimen previsional, pues dicha interpretación sería incompatible con el derecho fundamental de libre acceso al sistema de la seguridad social consagrado en el artículo 10 de la Constitución.

**127. El caso de los trabajadores que antes de la reforma habían cumplido requisitos para obtener una pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530**

Cuando una persona cumple con los requisitos legales para obtener una pensión dentro de un determinado régimen pensionario, y su incorporación a dicho régimen queda consumada, resultaría manifiestamente inconstitucional por vulnerar el principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 103 de la Constitución, y la garantía institucional de la seguridad social, reconocida en el artículo 10 de la Constitución, que en dicho supuesto, una ley futura pretenda imponerle su desincorporación.

El artículo 2 de la Ley N° 28449 no incurre en tal inconstitucionalidad, pues es claro en señalar que

“(…) se consideran incorporados en el régimen regulado por el Decreto Ley N.º 20530:

1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.
2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N.º 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.
3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.
4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N.º 20530”.

Es decir, en todos los casos, para determinar quiénes deben recibir una pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530, se toman en cuenta las normas vigentes al momento de la obtención del derecho, y no aquellas normas que hubiesen entrado en vigencia con posterioridad.

**128. La obtención de una pensión de un determinado régimen previsional como cuestión de iure y no de facto**

Es pertinente recordar que la obtención de una pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530 es una cuestión *de iure* y no *de facto*.

Es decir, deben entenderse incorporados en el régimen del Decreto Ley N° 20530 a todos los trabajadores, pensionistas y sobrevivientes que antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, hubiesen cumplido con los requisitos legales para obtener una





pensión en dicho régimen, aun en los supuestos en los que arbitrariamente la Administración se hubiese negado a otorgarlo o posteriormente lo hubiese desconocido.

**129. La aplicación inmediata de las reglas previstas en la Ley N° 28449**

Debe insistirse en que lo expuesto dista mucho de considerar que una nueva ley, dentro de los límites constitucionales y sobre la base de razones proporcionales, razonables y objetivas, no pueda reducir, a partir de su vigencia, las pensiones que en el futuro serán otorgadas a algunos pensionistas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530.

Ello implicaría, de un lado, negar la capacidad de la fuente legal (hoy constitucionalmente reconocida en el artículo 103 de la Constitución) de regular hechos, no sólo que aún no terminan de consumarse, sino que, en estricto, aún no se inician; y de otro, reconocer la calidad de derecho adquirido a un monto específico de las pensiones o una pensión nivelable, lo que carece actualmente de sustento constitucional.

**§2. EL MONTO MÁXIMO DE LAS PENSIONES**

**130. Según los demandantes, la aplicación de la pensión máxima a los pensionistas que cumplieron con los requisitos para obtener una pensión antes de la reforma, resulta inconstitucional**

Los recurrentes consideran que el artículo 3 de la Ley N° 28449 resulta inconstitucional al estipular un monto máximo mensual de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530, igual a 2 UITs (actualmente, S/. 6,600.00) vigentes en la fecha en que corresponda el pago de la pensión. En concreto, refieren que

“(…) desde la óptica de los hechos cumplidos para la vigencia de las leyes en el tiempo sólo podrían ser aplicadas para aquellos pensionistas del régimen pensionario anteriormente mencionado que no hubiesen consolidado su derecho a la nivelación progresiva de pensiones en igualdad del monto a la remuneración que su homólogo activo de su mismo nivel o categoría pudiese estar percibiendo”<sup>79</sup>.

**131. La constitucionalidad del monto de la pensión máxima previsto en la Ley N° 28449**

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que la ley puede disponer la aplicación de topes a las pensiones que excedan 1 UIT. Esta disposición constitucional, conforme quedó establecido *supra*, no vulnera el derecho fundamental a la pensión.

El artículo 3 de la Ley N° 28449, al fijar en 2 UITs la pensión máxima mensual dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530, se ha situado por encima del mínimo monto pensionario que en ponderación con las capacidades presupuestarias del Estado peruano, resulta conforme con el derecho a una vida acorde con el principio de dignidad. Consecuentemente, este Tribunal estima que el monto de la pensión máxima previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449, resulta constitucional.

<sup>79</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 0004-2005-PI, p. 15.

### 132. El equívoco acogimiento a la teoría de los derechos adquiridos

Toda vez que el artículo 103 de la Constitución acoge la teoría de los hechos cumplidos con relación a la aplicación en el tiempo de las leyes (tema ya desarrollado *supra* en el *fundamento* 92), el argumento de los recurrentes conforme al cual el tope pensionario previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449 resultaría inconstitucional por pretender aplicarse inmediatamente incluso a los pensionistas que habían cumplido con los requisitos para obtener una pensión antes de la vigencia de la norma, carece de sustento, máxime si es la propia Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, ya declarada constitucional, la que expresamente establece que

“(…) 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”.

### 133. La inconstitucionalidad de la nivelación como mecanismo de reajuste del monto de la pensión

Tampoco resulta inconstitucional que, siguiendo lo dispuesto por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con relación a la supresión definitiva de la nivelación como mecanismo de reajuste pensionario, el primer párrafo del artículo 4 de la Ley N° 28449, establezca que

“(…) está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados funcionarios públicos en actividad”.

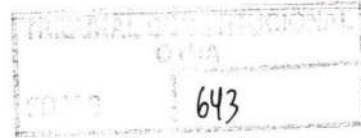
En efecto, según quedó dicho en los *fundamentos* 64 y 65, no puede considerarse como parte del derecho fundamental a la pensión, la adopción de un único sistema o metodología de reajuste del monto de las pensiones.

### 134. La seguridad jurídica y la modificación del ordenamiento jurídico

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, la cuestión debe ser abordada con relación al principio de seguridad jurídica.

En efecto, tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional, en el fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI,

“(…) 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 y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera 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, FJ 5). El principio *in comento* no sólo supone la absoluta 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".

En esa medida, aun cuando de conformidad con los artículos 103 y 109 de la Constitución, en principio, las leyes resultan de aplicación inmediata, sin embargo, la discordancia entre la ley 'nueva' y la ley 'vieja' no podría ser de tal grado que desborde todo margen de razonabilidad en las implicancias que ella genera para los ciudadanos a los que resulta aplicable.

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

Así como de una interpretación sistemática de la Segunda y la Décimo Primera Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución se deriva que el reajuste de las pensiones deba ser periódico y progresivo, de manera tal que los egresos de las fuentes presupuestales del Estado se manejen bajo criterios de razonabilidad y previsibilidad, los mismos criterios deben tenerse en cuenta a efectos de reducir el monto de las pensiones en los supuestos en los que éstas resulten excesivamente altas, sin que en ningún caso puedan ser reducidas por debajo del nuevo tope máximo previsto en el ordenamiento (2 UIT's).

La Ley N° 28449 resulta compatible con dicho criterio, pues si bien su artículo 3 fija el monto máximo de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530, la Tercera Disposición Transitoria establece que dicho tope se aplicará a partir de su vigencia, pero de manera progresiva. En tal sentido, declara que:

"Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente",

regulación que, dictada dentro del margen de libre configuración legal, este Tribunal estima razonable.

### §3. EL MONTO MÍNIMO DE LAS PENSIONES

#### 135. Según los demandantes, se afecta el derecho a la pensión mínima vital

Los demandantes alegan que la aplicación de la Ley N° 28449, generará que

"(...) las pensiones más humildes quedarán congeladas o propensas al juego político del gobernante de turno según las 'posibilidades presupuestarias del Estado'"<sup>80</sup>.

El Tribunal Constitucional comparte dicha preocupación, pues si tal fuera el caso, los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530, no tendrían el ingreso mínimo para su manutención, con el consecuente atentado contra el derecho fundamental al mínimo vital y la afectación de los principios sociales que informan al derecho fundamental a la

<sup>80</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 29.

pensión, sobre todo en lo referido a su contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador (Vid. *fundamento 107*).

### 136. El criterio de determinación de la pensión mínima

De ahí que este Colegiado considere conveniente que, así como la pensión máxima del ordenamiento está prevista no como un monto específico, sino con relación a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), es necesario que también la pensión mínima vital, como elemento constitutivo del derecho fundamental a la pensión (artículo 11 de la Constitución), tenga un parámetro objetivo y razonable de referencia, es decir, que su determinación se base en una teoría valorista y no nominalista, a efectos de que el monto mínimo vital esté plenamente garantizado frente a eventuales fenómenos económicos por ejemplo, índices inflacionarios altos- que podrían terminar por vaciar de contenido el derecho fundamental a la pensión.

En ese sentido, el parámetro de referencia para determinar la pensión mínima vital debe ser un porcentaje de alguna unidad de medición monetaria. Dicha medida podría ser el porcentaje de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) o de una Unidad Remunerativa del Sector Público (URSP). Desde la perspectiva constitucional, ello se sustenta en los principios constitucionales de justicia y equidad.

## §4. LA EDAD COMO CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN EN LA PERIODICIDAD DEL REAJUSTE PENSIONARIO

### 137. Según los demandantes, la nueva fórmula de reajuste afecta el derecho a la igualdad

Los recurrentes sostienen que los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449 vulneran el principio de igualdad, pues

“(…) pretende[n] imponer reglas de juego distintas a los jubilados diferenciándolos por su edad... No existe una sustentación objetiva que justifique tal distingo, ya que en el campo pensionario una persona que ostenta menos de 65 años puede significar una persona que haya trabajado muchos más años de servicios que alguien que pase de los 65 años”<sup>81</sup>.

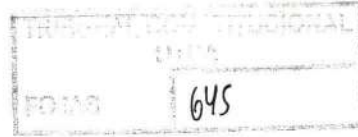
### 138. Los literales a y b de la Ley N° 28449: la edad como criterio de diferenciación

Los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449 establecen que

“(…) el reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

<sup>81</sup> Demanda de inconstitucionalidad N° 0009-2005-PI, pp. 15, 16.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional”.

En el punto analizado, el legislador ha utilizado a la edad como elemento diferenciador del trato. Así, mientras las pensiones de los mayores de sesenticinco años que se encuentren por debajo del tope pensionario, tienen garantizado un reajuste al inicio de cada año, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado, las de los menores de sesenticinco años no tienen la garantía del reajuste anual, sino solamente periódico.

En consecuencia, lo primero que debe determinar este Colegiado es si, en atención a la naturaleza concreta de la materia regulada, resulta razonable utilizar la edad de una persona como fundamento de diferenciación.

### 139. El análisis de razonabilidad del criterio diferenciador propuesto

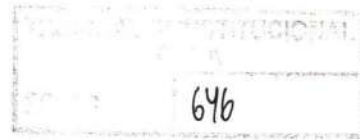
Al respecto, debe recordarse que la seguridad social es una garantía institucional del Estado, que debe concretizarse en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- bajo la doctrina de la contingencia, es decir, la presencia imprescindible de un supuesto fáctico al que, usualmente, acompaña una presunción de estado de necesidad y que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, para la elevación de la calidad de vida.

La edad ha sido y es uno de los requisitos tradicionalmente utilizados, tanto por nuestro ordenamiento como por ordenamientos comparados, para dotar de márgenes de objetividad a la identificación del supuesto fáctico que activa al sistema previsional para conceder la prestación social orientada a garantizar la consecución del proyecto de vida del jubilado o cesado. A dicho requisito se ha unido clásicamente la denominada ‘contingencia’ (cese en el empleo, invalidez, entre otros).

Con relación al proyecto de vida, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en el fundamento 8 de su Voto Concurrente en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los ‘Niños de la Calle’, expedido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el 19 de noviembre de 1999, señalaron que:

“(…) el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana”.

Así las cosas, en tanto que el número de años de edad es inversamente proporcional a los años de expectativa de vida, este Colegiado considera que ésta constituye un factor de distinción razonable entre aquellos a quienes corresponde un reajuste pensionario ‘anual’ y aquellos que tienen derecho a un reajuste ‘periódico’; máxime si se tiene en cuenta que, si bien es cierto que en un inicio la Organización Mundial de la Salud consideró adultos mayores a las personas de más de sesenta años que viven en los países en vías de desarrollo y de sesenticinco años o más a las que viven en países desarrollados, también lo es que, en el año 1994, la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, atendiendo a la considerable elevación de la esperanza de vida producida en las últimas tres décadas, fijó en sesenticinco años o más la edad del



adulto mayor<sup>82</sup>.

#### 140. La falta de razonabilidad de otros criterios de diferenciación

Por el contrario, no hubiese sido razonable, si -como sugieren los demandantes- en lugar de la edad, se hubiese utilizado como criterio de diferenciación la cantidad de años de aportación del pensionista. Si bien es cierto que el requisito de años de aportación es uno de los factores utilizados por el ordenamiento para obtener una pensión de jubilación o cesantía, por sí solo, no puede ser considerado como un dato objetivo que permita activar el sistema de seguridad exigiendo el otorgamiento de una pensión o, en su caso, su reajuste.

Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un período de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad.

#### 141. La interpretación constitucional del criterio de diferenciación

La razonabilidad del criterio de diferenciación -la edad- no es motivo suficiente para descartar la existencia de un trato discriminatorio. Es preciso que la finalidad que se pretenda alcanzar con la diferencia de trato sea compatible con el artículo 103 de la Constitución y que a efectos de alcanzarla no se sacrifiquen desproporcionadamente los intereses de los miembros de la categoría perjudicada o no beneficiada.

La finalidad que pretende lograrse con esta diferenciación, es garantizar que cuando menos un grupo plenamente identificable de ciudadanos pensionistas (los de sesenticinco años o más), tengan asegurado el reajuste anual de sus pensiones. Este objetivo resulta compatible con los principios y valores constitucionales que informan al derecho fundamental a la pensión. Sin embargo, es evidente que las consecuencias jurídicas para el grupo no beneficiado (los menores de sesenticinco años) serían manifiestamente desproporcionadas, si la ausencia de este beneficio anual cierto, implicase la condena a la inexistencia del reajuste *sine die*.

Este no puede ser el sentido interpretativo atribuible al literal b del artículo 4 de la Ley N° 28449. Debe tenerse presente que la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece que

“(…) el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos y a las posibilidades de la economía nacional”.

Por ello, que la sostenibilidad financiera del Estado sea un criterio que debe ser considerado al momento de realizar el reajuste periódico de las pensiones de las personas menores de sesenticinco años, no significa que tal criterio pueda impedir que el reajuste

<sup>82</sup> NOVELO DE LÓPEZ, Hilda Irene. Situación Epidemiológica y Democrática del Adulto Mayor en América Latina. En: Revista Salud Pública y Nutrición. México, Universidad Autónoma de Nuevo León, N° 5, 2003. [www.uanl.mx/publicaciones/respyn/](http://www.uanl.mx/publicaciones/respyn/).

tenga lugar. Se trata tan sólo de un factor que condiciona el *quantum* del reajuste pero no la obligatoriedad de su realización periódica, la cual no podrá extenderse por intervalos de tiempo irrazonable, máxime si la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ordena que el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias sea destinado a incrementar las pensiones más bajas.

Este Colegiado se mantendrá atento a que la periodicidad de este reajuste sea interpretada en el sentido antes referido; esto es, como una real obligación y no como una facultad arbitraria que daría lugar a inconstitucionalidades sobrevinientes que, desde luego, serían sancionables por este Tribunal, adoptando las medidas pertinentes que resulten acordes con sus funciones de valoración, ordenación y pacificación.

En todo caso, considerando que la diferencia de trato prevista en los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449, es susceptible de ser interpretada de conformidad con la Constitución, la supuesta afectación al principio de igualdad sostenida por los recurrentes, debe ser desestimada.

#### §5. LA PENSIÓN DE VIUDEZ Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

#### 142. El artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449

Dicho artículo establece:

“La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

- a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.
- b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez equivalente a una remuneración mínima vital.
- c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social.
- d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud”.

#### 143. La dependencia económica como criterio para la obtención de una pensión de sobrevivencia

Al otorgamiento y al monto de la pensión del titular de la pensión (el causante) corresponden criterios individuales relacionados únicamente a su persona (su edad, sus años de aportación, la contingencia a él sucedida). Dicho otorgamiento tiene por finalidad elevar ‘su calidad de vida’ (artículo 10 de la Constitución), además de retribuirle por sus años de labores.

La posibilidad de que el derecho a la pensión de jubilación o cesantía, se proyecte en todo o en parte de su *quantum* al cónyuge, descendientes o ascendientes, no puede ser enfocada desde una perspectiva sucesoria. Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución).

En consecuencia, *prima facie*, la posibilidad de que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto.

Tal condición puede considerarse cumplida sobre la base de ciertas presunciones. Así, ésta queda satisfecha en el caso de los hijos menores de edad del fallecido o los mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, pues, en dicha situación, la dependencia con relación a la pensión que correspondía al causante resulta evidente. Debe entenderse incluso que dicha presunción es *iure et de iure*, pues conforme reza el artículo 6 de la Constitución

“(…) es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”.

El artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 no exige que la viuda acredite su dependencia económica en relación con la pensión de jubilación o cesantía del causante, para obtener una pensión de viudez. Sin embargo, el tratamiento es distinto para el caso del viudo. En efecto, el literal c del referido artículo, exige que el varón

“(…) se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social”

como condiciones para la obtención de la pensión de viudez regulada en los literales a y b. En tal sentido, corresponde analizar si dicho trato diferenciado constituye una medida discriminatoria en relación con el varón.

#### 144. La igualdad sustancial en el análisis de la diferencia de trato al varón y la mujer viudos

La diferencia de trato que usualmente los regímenes previsionales han dispensado a los hombres y a las mujeres, *prima facie*, no debe ser enfocada desde la perspectiva formal del derecho a la igualdad en la ley, esto es, como la proscripción constitucional dirigida al legislador de introducir al ordenamiento diferencias de trato entre personas que se encuentran en situación sustancialmente análoga, sin base razonable o proporcional.

Por el contrario, la diferenciación aludida debe ser abordada bajo la directriz material o sustancial que informa al derecho a la igualdad, conforme a la cual existe obligación del Estado de adoptar medidas -comúnmente legislativas- con la finalidad de compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; de esta manera, a través de tales medidas de ‘acción positiva’ o ‘de discriminación inversa’, el Estado busca, tal como se señala en el fundamento II de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2003-AI y 0002-2003-AI

“(…) revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”.



La concreción del derecho fundamental a la pensión corresponde a los operadores jurídicos, en tanto existe un consenso generalizado en nuestro tiempo de que la sanidad, la seguridad social, la salud, la vivienda, la educación y la cultura son necesidades básicas que deben ser satisfechas. Por ello, corresponde a los poderes públicos, ante la desigualdad,

“(…) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean realizables y efectivas, y remover los obstáculos que impidan su plenitud... Es un mandato para realizar la igualdad material, que obliga a los poderes públicos. No es un consejo y debe ser tenido siempre en cuenta por los operadores jurídicos”<sup>83</sup>.

La disposición en la que se prevé el compromiso de un Estado social y democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución), con la consolidación material del principio de igualdad, se encuentra en el artículo 59 de la Carta Fundamental. En efecto, dicho artículo establece que

“(…) el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”.

#### 145. La cláusula específica de no-discriminación y la razonabilidad en la aplicación de reglas de acción positiva

El análisis de la razonabilidad de la aplicación de reglas de acción positiva se dificulta cuando éstas son tomadas en favor de colectivos y no de individuos. Sin embargo, un criterio de vital importancia que facilita el análisis es la presunción de exclusión social contra determinados colectivos derivada de las cláusulas específicas de no discriminación previstas en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Así, expresamente, dicho dispositivo, proscribe la discriminación

“(…) por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica”,

dejando una cláusula abierta en manos del legislador y del intérprete jurisdiccional al agregar

“(…) o de cualquier otra índole”.

Por lo tanto,

“(…) las cláusulas específicas de no discriminación cumplen principalmente la función de proteger, endureciendo el juicio de igualdad, a determinados colectivos que, por su historia de subyugación y la minusvaloración social a la que se ven sometidos, no pertenecen al grupo dominante que participa, debate y crea las normas jurídicas”. Pero otra consecuencia que se deriva de dichas cláusulas “(…) se concreta en la convalidación constitucional de las medidas que utilizan dicho rasgo para favorecer a los colectivos socialmente perjudicados, es decir, las acciones positivas, siempre dentro de unos límites de proporcionalidad”<sup>84</sup>.

En tal sentido, existe un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios y/o socialmente postergados, que

<sup>83</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Los valores superiores. Madrid, Tecnos, 1986. pp. 158, ss.

<sup>84</sup> GIMÉNEZ GLÜCK, David. Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional. Barcelona, Bosch. pp. 171, 319.

puedan considerarse dentro de estos criterios específicos. Por ejemplo, las mujeres, determinados grupos étnicos, religiosos, extranjeros, y otros de diversa naturaleza.

#### **146. Análisis del rol de la mujer en la sociedad y justificación de acciones positivas en su favor**

Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincrasia de un número significativo de ciudadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente la problemática de género en el país.

De ahí que el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas otras que establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista al momento de determinar el monto de su pensión. Queda claro que dichas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad.

Y por este mismo motivo, el Tribunal Constitucional tampoco considera inconstitucional que el legislador no haya exigido que la viuda acredite la dependencia económica en la que se encuentra en relación con la pensión del causante. Resulta claro que ha partido de dicha presunción en base al dato de la realidad descrito *supra*. Consecuentemente se trata de una auténtica “acción positiva” en favor de la mujer.

#### **147. Razonabilidad de las condiciones exigidas al hombre para la obtención de una pensión de viudez**

Pero, entonces, siguiendo el razonamiento expuesto, en modo alguno podría considerarse que cuando se exige que el varón se encuentre ‘incapacitado para subsistir por sí mismo’, para obtener una pensión de viudez, el legislador haya optado por una medida inconstitucional, pues en otras palabras, lo único que se le exige es que acredite haber dependido económicamente de la pensión de viudez de su fallecida cónyuge, supuesto *sine qua non* para la obtención de una pensión de tal naturaleza, según quedó dicho.

Sin embargo, la norma no sólo exige que el viudo acredite su incapacidad material de subsistencia (la cual, por lo demás, podría ser consecuencia de diversos factores), sino que adicionalmente exige que éste

“(…) carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social”.

Ello, en criterio de este Tribunal, resulta desproporcionado. En efecto, una situación de incapacidad para subsistir por medios propios, entendida como una incapacidad de naturaleza material, distinta, en principio, de la incapacidad civil que da lugar a la declaración de interdicción o al nombramiento de un curador, puede presentarse a pesar de contar con rentas superiores al monto de la pensión de la causante y, ciertamente, también

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

a pesar de encontrarse amparado por algún sistema de seguridad social. Por ello, exigir que estas condiciones se presenten copulativamente resulta manifiestamente innecesario, produciéndose una afectación del derecho a la pensión del viudo.

El único elemento determinante que obliga a que la pensión de viudez sea otorgada, es la existencia de una situación de incapacidad que impida subsistir por propios medios; esto es, que tal incapacidad impida, desde un punto de vista objetivo, que el beneficiado pueda sostenerse y proveerse por sí de determinadas prestaciones como alimentación, vivienda, vestido y salud.

**148. La inconstitucionalidad del conector 'y'**

Por tal motivo, es preciso declarar la inconstitucionalidad del conector conjuntivo 'y' del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, de forma tal que no pueda interpretarse que todos los supuestos previstos en dicha disposición deban cumplirse copulativamente a efectos de que la pensión sea otorgada, sino que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, deben ser consideradas como criterios de evaluación a ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima.

En todo caso, la carga de la prueba corresponde a la autoridad administrativa, quien será la encargada de acreditar que el pensionista no se encuentra incapacitado materialmente, y que, por lo tanto, no le corresponde acceder a la pensión de viudez.

**149. Análisis de constitucionalidad del *quantum* de la pensión de viudez**

El literal a del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, establece que el monto de la pensión de viudez es equivalente al 100% de la pensión del causante en los supuestos en los que ésta no sea mayor a una remuneración mínima vital (S/. 460,00). Si se tiene en cuenta que de conformidad con el inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, la pensión mínima del régimen del Decreto Ley N° 20530 es igual a S/. 415,00, resulta entonces que en ningún caso la viuda(o) recibirá una pensión menor a dicho monto.

Por su parte, el literal b del mismo artículo dispone que la pensión de viudez será igual al 50% de la pensión del causante en los casos en los que ésta sea superior a una remuneración mínima vital (S/. 460,00), supuesto en el cual ésta constituye un tope mínimo.

Así las cosas, en cualquiera de los casos, el monto previsto como pensión de viudez respeta el derecho al mínimo vital como componente del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, motivo por el cual no se incurre en inconstitucionalidad alguna, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con el literal d del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, al monto de la pensión de viudez deberá adicionarse una bonificación mensual equivalente a una remuneración mínima vital, en los casos de invalidez.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## §6. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

**150. El derecho-deber de los padres de mantener a sus hijos**

El artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, establece:

“El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530.

En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada”.

Por su parte, el artículo 25 de la Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que

“La suma de los montos que se paguen por viudez y orfandad no podrá exceder del cien por ciento (100%) de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante. Si la suma de ellos excediera el cien por ciento (100%), los porcentajes se reducirán proporcionalmente de manera que la suma de todos no exceda dicho porcentaje”.

Tal como lo dispone el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530, en ningún caso la suma de los montos de las pensiones de sobrevivencia pueden exceder del 100% de la pensión del causante. Un criterio distinto sería contrario a los principios de razonabilidad y sostenibilidad financiera del Estado.

Sin embargo, el primer párrafo del artículo 35 franquea la posibilidad de que en los supuestos en los que la suma de las pensiones de sobrevivencia concurrentes no excedan del 100% de la pensión del causante, la pensión de orfandad sea equivalente a un 20% de aquel.

Distintos argumentos permiten al Tribunal Constitucional considerar que ello resulta inconstitucional:

- Si se tiene en cuenta que, salvo reducidas excepciones previstas en el Decreto Ley N° 20530 (v.g. los artículos 8, 9 y 10), la pensión de jubilación o cesantía es el único ingreso percibido por el pensionista, y que en el común de los casos, los hijos menores de edad y los mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, no se encuentran en capacidad plena para subsistir por sus propios medios, debe presumirse que en dichos supuestos la pensión representa un ingreso indispensable para su subsistencia.
- El legislador se encuentra obligado a considerar que dicha presunción es *iure et de iure*, pues el artículo 6 de la Constitución, reconoce el derecho y el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.
- La norma permite que al fallecimiento del padre y/o la madre se sume un perjuicio adicional al hijo; a saber, la reducción sustancial del monto económico que resulta indispensable para su manutención, lo que implica una afectación manifiesta del derecho fundamental a la pensión, pues lejos de ‘elevar la calidad de vida’ del sobreviviente (artículo 10 de la Constitución), lo condena a ver seriamente mellada su capacidad económica de subsistencia.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- La disposición da lugar a un grave atentado contra el derecho del padre de tener la certeza de que, incluso después de su muerte, su pensión podrá coadyuvar en la educación, alimento y seguridad de sus hijos (artículo 6 de la Constitución).
- El primer párrafo del artículo 35 permite que la pensión de orfandad sea menor a la pensión de viudez, sin que exista base razonable y objetiva que permita presumir que los hijos sobrevivientes quedan en menor grado de necesidad que la viuda(o), tras el fallecimiento del causante.
- El primer párrafo del artículo 35 incurre en una inconstitucionalidad por omisión al no prever expresamente un tope mínimo por debajo del cual no podría situarse el monto de la pensión de orfandad.

En consecuencia, por las razones expuestas es preciso declarar la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530 que dispone:

“El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530.”

Al expulsar del ordenamiento jurídico dicho primer párrafo, el artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, de conformidad con la Constitución, queda con el siguiente texto:

“Artículo 35.- En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada”.

Pero, al propio tiempo, y a efectos de evitar que dicha declaración de inconstitucionalidad genere una inconstitucionalidad mayor ante la ausencia de una disposición que establezca cuál es la pensión de orfandad que corresponde a los hijos del causante, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase ‘de viudez’ de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, debiendo interpretarse aditivamente que los literales a y b de dicho artículo en los que se encuentran los porcentajes que permiten calcular la pensión de viudez, son también aplicables para el cálculo de la pensión de orfandad.

De esta forma, de conformidad con la Constitución, el artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, queda con el siguiente texto:

“Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

- a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.
- b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital.
- c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, o no esté amparado por algún sistema de seguridad social.
- d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la



vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud”.

Precisándose que la inclusión de la frase ‘(de viudez u orfandad)’ en el texto no implica un acto legislativo, sino el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, cumpliendo así con la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarlo compatible con la Norma Fundamental. Así la frase ‘(de viudez u orfandad)’ sólo cumple el propósito de incidir en la manera cómo debe ser interpretado el texto a partir de la expedición de la presente sentencia.

Y precisándose, a su vez, que a diferencia de los literales a y b, los literales c y d son sólo aplicables a la pensión de viudez.

De otra parte, considerando que el artículo 78 del Código Procesal Constitucional faculta a este Colegiado a declarar la inconstitucionalidad de aquellas otras normas que sean conexas a las que han sido objeto de impugnación, y en atención a los criterios expuestos, declárese también la inconstitucionalidad de la oración ‘El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante’ del artículo 57 del Decreto Ley N° 19990. Quedando, de conformidad con la Constitución, de la siguiente forma:

“Artículo 57.- En caso de huérfanos de padre y madre, la pensión máxima es equivalente al cuarenta por ciento. Si el padre y la madre hubieren sido asegurados o pensionistas, la pensión se calculará sobre la base de la pensión más elevada.

En su caso, los huérfanos a que se refiere el inciso b) del artículo anterior tendrán derecho a la bonificación señalada en el artículo 30°.”

Asimismo, declárese la inconstitucionalidad de la frase ‘de viudez’ del artículo 54 del Decreto Ley N° 19990, quedando el texto, de conformidad con la Constitución, de la siguiente forma:

“Artículo 54.- El monto máximo de la pensión (de viudez u orfandad) es igual al cincuenta por ciento de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante”.

Debiendo interpretarse que el artículo 54 del Decreto Ley N° 19990 es aplicable tanto para el cálculo de la pensión de viudez como de la pensión de orfandad.

Ello teniendo en cuenta que el artículo 62 del Decreto Ley N° 19990 prevé una disposición sustancialmente análoga a la prevista en el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530. En efecto, establece que:

“Artículo 62.- Cuando la suma de los porcentajes máximos que corresponden al cónyuge y a cada uno de los huérfanos de conformidad con los artículos 54 y 57, respectivamente, excediese al cien por ciento de la pensión de invalidez o de jubilación que percibía o hubiere tenido derecho a percibir el causante, dichos porcentajes se reducirán, proporcionalmente de manera que la suma de todos los porcentajes así reducidos no exceda del cien por ciento de la referida pensión. En tal caso, las pensiones de viudez y orfandad equivaldrán a los porcentajes que resulten. Para la suma indicada no se tomará en cuenta la bonificación a que se refieren los artículos 55 y 57”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**151. Consideraciones importantes sobre las pensiones de sobrevivientes**

Dado que, en el común de los casos, la viuda es, a su vez, madre de los hijos sobrevivientes, tiene el deber de destinar parte de su pensión a velar por el sustento de sus hijos (artículo 6 de la Constitución). Por este motivo, la interpretación que optimiza en mayor grado el reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución), es aquella conforme a la cual en los supuestos en que concurren una pensión de viudez con pensiones de orfandad, son éstas y no aquella, las que, en aplicación del artículo 25 del Decreto Ley N° 20530, deben reducirse proporcionalmente hasta que la suma de los porcentajes no supere el 100% de la pensión del causante.

De otro lado, dado que la única pensión que tiene naturaleza transmisible es la pensión del titular originario (jubilado, cesante o inválido), no cabe interpretar que el decaimiento o la extinción del derecho a la pensión de alguno de los familiares sobrevivientes (sea la viuda(o) o los hijos), de lugar al aumento del monto de los otros sobrevivientes.

**152. Ejemplificación de la aplicación de las nuevas reglas con relación a las pensiones de sobrevivientes**

La interpretación sistemática del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 (con su nueva redacción luego de la declaración de inconstitucionalidad de parte de su dispositivo) y el artículo 25 del mismo Decreto Ley, que establece que las pensiones de sobrevivientes sumadas no pueden superar el 100% de la pensión del causante, puede ser mejor ejemplificada de la siguiente forma:

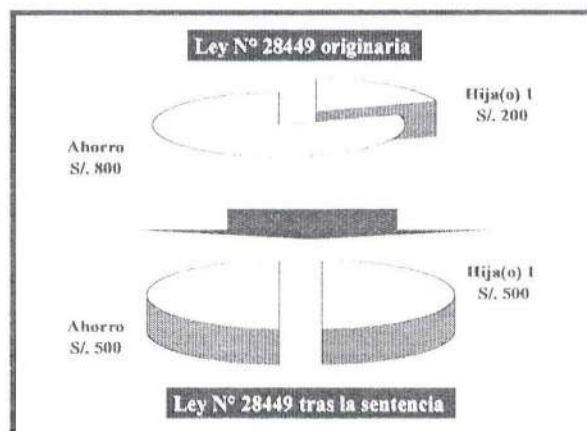
**CASO 1:**

**Padre pensionista fallecido. Sobreviviente: Sólo un hijo huérfano**

Según el artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, el hijo recibía el 20% de la pensión del causante. Sin embargo, por la presente sentencia, el hijo único llega a recibir hasta el 50% de dicha pensión.

**GRÁFICO N° 5**

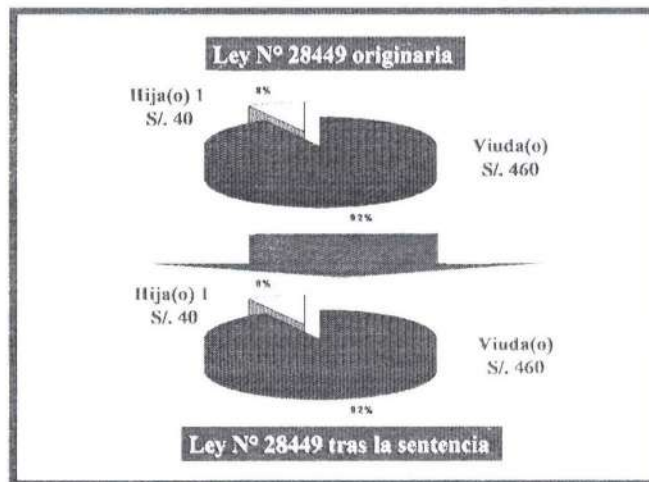
**Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia  
CASO 1  
(Monto de pensión S/. 1000)**



Elaboración: Tribunal Constitucional

**CASO 2:****Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% no alcanza remuneración mínima vital) y 1 hijo huérfano**

Según el artículo 32 inciso b del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, la pensión de un viudo o viuda debe ser igual al 50% de la pensión del causante o a una remuneración mínima vital (S/. 460,00), el que resulte mayor. En consecuencia, en los supuestos en los que a la viuda o viudo le corresponda una remuneración mínima vital como pensión, la diferencia entre este monto y el 100% de la pensión del causante corresponderá a los hijos sobrevivientes.

**GRÁFICO N° 6****Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia  
CASO 2  
(Monto de pensión S/. 500)**

Elaboración: Tribunal Constitucional

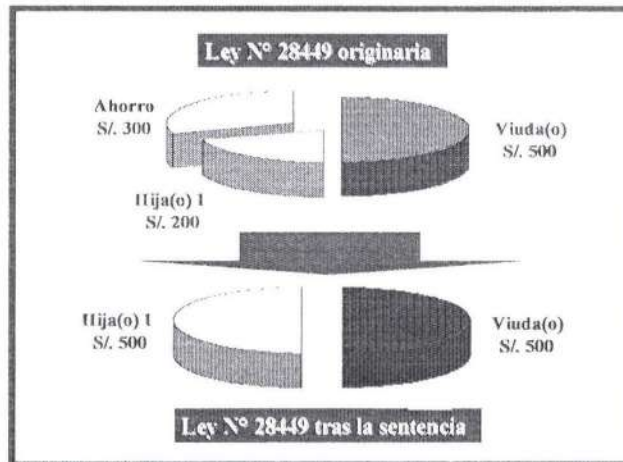
**CASO 3:****Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 1 hijo huérfano**

Según los artículos 32 inciso b y 35 del Decreto Ley N° 20530, modificados por el artículo 7 de la Ley N° 28449, en los casos en que corresponda al viudo o viuda una pensión equivalente al 50% de la pensión del causante (monto necesariamente superior a una remuneración mínima vital), al hijo huérfano correspondía un 20% de la misma. Tras la presente sentencia, al haberse declarado la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, el viudo o viuda recibirá lo mismo, pero al hijo se le aumenta hasta el 50%.



**GRÁFICO N° 7**

**Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia  
CASO 3  
(Monto de pensión S/. 1000)**



Elaboración: Tribunal Constitucional

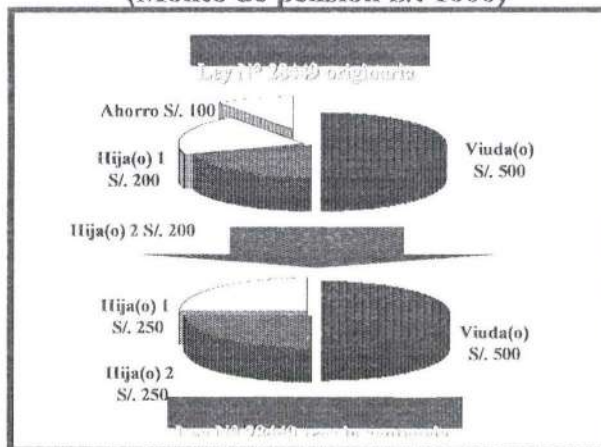
**CASO 4:**

**Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 2 hijos huérfanos**

Partiendo del supuesto planteado en el Caso 3, de ser dos los hijos, antes de esta sentencia cada uno hubiese recibido un 20% de la pensión del causante. Tras la presente sentencia, al haberse declarado la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, cada hijo recibirá el 25%.

**GRÁFICO N° 8**

**Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia  
CASO 4  
(Monto de pensión S/. 1000)**



Elaboración: Tribunal Constitucional

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

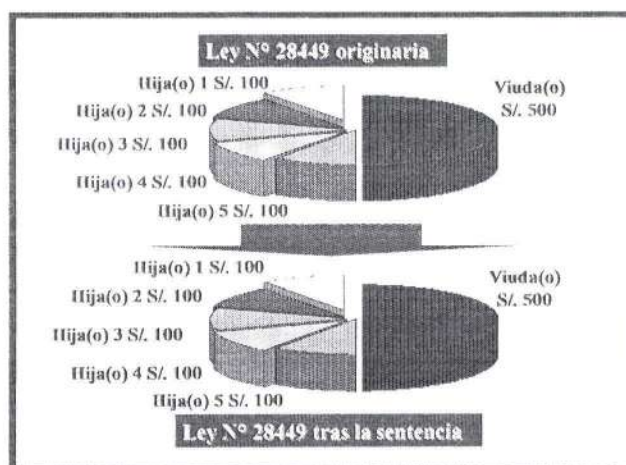
**CASO 5:**

**Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 5 hijos huérfanos**

Partiendo del supuesto planteado en el ejemplo 3, de ser 5 los hijos, antes de esta sentencia cada uno hubiese recibido un 10% de la pensión del causante. Tras la presente sentencia, las reglas se mantienen.

**GRÁFICO N° 9**

**Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia  
CASO 5  
(Monto de pensión S/. 1000)**



Elaboración: Tribunal Constitucional

**153. La razonabilidad del cumplimiento de la edad de veintiún años como causal de extinción de la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores**

El literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que:

“Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años”.

La permisividad de que los hijos que siguen estudio básico o superior puedan mantener una pensión de orfandad incluso luego de haber cumplido la mayoría de edad, se fundamenta en cuando menos tres criterios concurrentes:

- el derecho y el deber de los padres de mantener a sus hijos (artículo 6 de la Constitución);
- el reconocimiento de la educación como un derecho y una garantía institucional del Estado social y democrático de derecho, que “promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

deporte', y que '[p]repara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad' (artículo 14 de la Constitución); y,

- la consideración de orden fáctico, según la cual, en el común de los casos, los hijos mayores de edad que siguen estudio básico o superior, no tienen la experiencia ni el tiempo que permitan generar un ingreso suficiente para cubrir tales estudios, además de sus necesidades básicas.

De ahí que exista una presunción de que en el caso de pensionistas con hijos mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, el monto de la pensión representa un ingreso indispensable.

En tal sentido, la finalidad primordial del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530 consiste en que los hijos que sigan estudios básico o superior, puedan mantener el ingreso que les permita afrontar sus necesidades básicas, esto es, el ingreso que, en última instancia, les asegure, durante dicha etapa, mantener una vida acorde con el principio-derecho de dignidad.

Sucede que la medida que el legislador ha adoptado para alcanzar ese fin no resulta idónea, pues no se toma como referencia para el decaimiento de la pensión el momento en el que el hijo culmina sus estudios, sino la fecha en la que cumple veintiún años. En tanto es evidente que en la gran mayoría de casos a la edad de veintiún años aún no se han culminado los estudios superiores, la disposición no resulta idónea para la consecución del fin que persigue, y en consecuencia, resulta desproporcionada en este aspecto.

Consecuentemente, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

*"Artículo 34.- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:*

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior (...)."

De otro lado, en tanto que el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que se extingue automáticamente la pensión por

*"(...) b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de las pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley."*

por conexidad y en atención a lo recién expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase 'en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años'.

Asimismo, en tanto que el artículo supedita la vigencia de la pensión al hecho de proseguir estudios 'universitarios', corresponde declarar la inconstitucionalidad de esta última palabra, por excluir, sin que exista un fundamento objetivo y razonable que lo justifique, a las personas que siguen estudios superiores distintos de los universitarios, tales como carreras técnicas, estudios en centros de educación ocupacional, en institutos militares, entre otros. En este aspecto, la disposición no sólo resulta discriminatoria y, por ende, contraria al inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, sino que también resulta incompatible con el



derecho fundamental a la educación (artículo 14 de la Constitución) que inspira la finalidad de la disposición.

Consecuentemente, el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, queda, de conformidad con la Constitución, con el siguiente texto:

“Artículo 55.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

(...)

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley”.

Asimismo, también por conexidad y en atención a lo expuesto, declárese la inconstitucionalidad de la frase ‘Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años’ del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“Artículo 56.- Tienen derecho a pensión de orfandad: los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido.

Subsisten el derecho a pensión de orfandad:

a) [S]iempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación (...).”

**154. Supuestos excluidos de la aplicación del literal a del artículo 34 y del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530**

Dada la finalidad de los literales a y b de los artículos 34 y 55 del Decreto Ley N° 20530, respectivamente, este Tribunal considera que no cabe interpretar que entre los supuestos protegidos por la norma se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, debe interpretarse que la disposición contiene una norma implícita de exclusión, conforme a la cual el beneficio no alcanza a aquellos hijos que no sigan sus estudios de manera satisfactoria, dentro del periodo regular lectivo.

En efecto, el deber del Estado de promover la educación, coadyuvando económicamente al educando al permitirle gozar de la pensión de orfandad a pesar de haber cumplido la mayoría de edad, exige como contrapartida, el deber del beneficiario de mostrar un especial esfuerzo en la culminación exitosa de sus estudios. Objetivo vital del Estado social y democrático de derecho es el redimensionamiento de las conductas humanas, a fin de obtener compromisos de acción y no sólo de omisión con los principios y los derechos sociales. Si bien, por antonomasia, tal compromiso es exigible a los poderes públicos, también recae en los propios particulares, máxime si se trata de los supuestos de su propio bienestar.

## C. CRITERIOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS PENSIONARIAS

### §I. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PENSIONARIA DE DEFENDER Y CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN

#### 155. La entidad encargada de administrar el régimen de pensiones a cargo del Estado

El artículo 10 de la Ley N° 28449 establece que el Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad del Gobierno Nacional que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Esta norma tan sólo regula la materia reservada por el artículo 11 de la Constitución en el extremo que dispone que

“(...) la ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”

por lo que no incurre en inconstitucionalidad alguna.

#### 156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública

Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 28449, establece que los empleados y funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

Tal disposición debe ser interpretada en el sentido de que dichas directivas y requerimientos resulten obligatorios, sólo en la medida en que sean compatibles con la Constitución y con las sentencias expedidas por este Tribunal.

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.

#### 157. El efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional

Este Tribunal es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 201 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Por su parte, el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, dispone que:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.”

En consecuencia, es obligación del Ministerio de la Economía y Finanzas implementar un sistema eficiente que permita la correcta y adecuada administración del régimen, lo que implica un sistema de sanciones a aquellos funcionarios que insistan en una

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

inconstitucional aplicación de las normas legales sobre derechos previsionales. Sobre el particular, es conveniente recordar cómo la Oficina de Normalización Previsional, de modo reiterado, ha venido emitiendo resoluciones contrarias a la jurisprudencia constitucional, a pesar de conocerla perfectamente.

**§2. EL DESTINO DEL AHORRO****158. Según el demandado, con la reforma del régimen pensionario habría justicia redistributiva**

El demandado afirma que las nuevas reglas impuestas terminan consolidando al Estado social y democrático de derecho. En concreto, refiere que con dichas normas:

- “1. Se sientan las bases de una redistribución económica importante que elimina distorsiones insultantes en los montos pensionarios en un Estado pobre como el peruano.
2. Como consecuencia de lo anterior y conforme a la Ley N° 28449, se introduce un elemento de justicia social: se posibilita el aumento en la base de aquellos pensionistas del régimen del D.L. 20530 que perciben menos de una RMV (S/. 415.00), así como se produce un aumento a aquellos que perciben pensiones menores de S/. 800.00.
3. Por lo tanto, se postula una progresividad en el ejercicio real de los derechos pensionarios del conjunto de pensionistas del régimen del D.L. N° 20530 y no solo de un sector de ellos, como era antes de la reforma.
4. La reforma permite ampliar a mayores sectores las prestaciones del régimen de pensiones”<sup>85</sup>.

El Tribunal Constitucional comparte los criterios sostenidos por el demandado. Sin embargo, considera preciso incidir en determinados aspectos que deberán tenerse en cuenta para lograr que los objetivos plasmados en el plano teórico, se puedan concretar en el terreno práctico.

**159. El Fondo para la Asistencia Previsional**

La Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449 establece que los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación de topes a las pensiones, serán transferidos bajo responsabilidad al Fondo para la Asistencia Previsional para financiar los incrementos detallados en dicha disposición.

Por su parte, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, al regular el ahorro presupuestal, señala que aquel será destinado a incrementar las pensiones más bajas. Si bien esta última disposición no puede ser interpretada en el sentido de que la totalidad de dicho ahorro se destine específicamente a elevar las pensiones (aunque sí su parte más significativa), en la medida que la razón fundamental de la reforma constitucional consiste en optimizar el derecho a la pensión, lo que sí resulta imperativo es que la totalidad de dichos fondos se destine a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual implica, entre otros muchos aspectos, gastos en

<sup>85</sup> Alegatos respecto a demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 8.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, etc.

La interpretación del cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución reseñada, resulta vinculante para todos los poderes públicos, de manera tal que será inconstitucional todo acto mediante el cual se destine parte de los recursos que provengan de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, a asuntos que no se encuentren directamente relacionados con la optimización del sistema de seguridad social del Estado.

### 160. La intangibilidad de los recursos transferidos

Asimismo, debe recordarse que el Fondo para la Asistencia Previsional precitado, goza de la garantía de intangibilidad prevista en el artículo 12 de la Constitución. Sobre el particular debe advertirse que el Decreto de Urgencia N° 034-98, que crea el FONAIIPU -para el caso de las pensiones derivadas del Decreto Ley N° 19990-, establece en su artículo 2.3 dicha característica.

Además, el derecho al cobro de la pensión es de naturaleza imprescriptible, motivo por el cual el pago de la pensión generada, en tanto no se realice, queda garantizado por el Fondo previsto en la Ley.

### 161. La función de la Contraloría General de la República

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución, la Contraloría General de la República

“Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.”

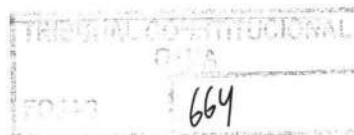
Consecuentemente, es deber de esta entidad estatal supervisar no sólo la intangibilidad de los fondos provenientes de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, sino también que dicho ahorro se encuentre destinado de manera exclusiva a la optimización del sistema de seguridad social, de conformidad con los criterios expuestos *supra*.

### 162. El costo económico de la sentencia

El fallo del Tribunal se encuentra respetando el principio de constitucionalidad objetivo referido al equilibrio presupuestal del artículo 78 de la Constitución (mayor desarrollo del mismo en el *fundamento 50*) y el principio de constitucionalidad subjetivo referido a la observancia del derecho fundamental a la pensión digna de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

Para proteger ambos bienes constitucionales este Colegiado los ha limitado recíprocamente, de manera razonable -y proporcional-, imbuido del mandato del poder constituyente de respetar los derechos de la persona humana en el marco del ordenamiento jurídico-constitucional.

Por lo tanto, este Colegiado considera un deber implícito en su tarea de control de la Constitución, demandar a los poderes del Estado para que definan los medios que hagan



efectiva esta sentencia<sup>86</sup>, frente al hipotético caso de reducción del ahorro presupuestal con la declaración de inconstitucional parcial de la Ley N° 28449.

### §3. LA UNIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES PENSIONARIOS

#### 163. El principio de unificación progresiva

El Tribunal Constitucional considera que, en tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva.

Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución.

### VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADAS** las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389. Por cuanto:

- A) Por la forma, se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución.
- B) Por el fondo, se ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (artículo 11) cuando se prevé el cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530, la introducción de topes pensionarios y la eliminación de la nivelación pensionaria. Asimismo, no se ha afectado la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10); tampoco ha impedido el aumento de la calidad de vida (artículo 10) ni la vigencia de los derechos a la igualdad (artículo 2 inciso 2) y a la propiedad (artículo 70) de los pensionistas.

<sup>86</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*. En: *Le sentenze della corte costituzionale o l'art. 81, U.C., della Costituzione*. Corte Costituzionale. Milano, Giuffrè Editore, 1993, p. 109.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. Declarar **FUNDADAS EN PARTE** las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley N° 28449. En consecuencia, **DECLÁRESE LA INCONSTITUCIONALIDAD:**

**A) Del conector conjuntivo ‘y’ del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por la Ley N° 28449**, de forma tal que deba interpretarse que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, como condición para el otorgamiento de una pensión de viudez al hombre, sean consideradas como criterios de evaluación que deben ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima, según los *fundamentos 147 y 148*.

**B) De la frase ‘hasta que cumplan los veintiún (21) años’ del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530**, según el *fundamento 153*, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“**Artículo 34.-** Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior (...).”

**Y, por conexidad, declárese también la inconstitucionalidad de la frase ‘en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años’ del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, así como también la palabra ‘universitarios’ del mismo literal**, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“**Artículo 55.-** Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

(...)

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley (...).”

**Asimismo, declárese la inconstitucionalidad de la frase ‘Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años’ del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990**. Quedando redactado de la siguiente forma:

“**Artículo 56.-** Tienen derecho a pensión de orfandad: los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido.

Subsisten el derecho a pensión de orfandad:

a) [S]iempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación (...).”

b) Para los hijos inválidos mayores de dieciocho años incapacitados para el trabajo”.

**C) Del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449**, según el *fundamento 150*, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“**Artículo 35.-** En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada”.

**Y, por conexidad, declárese también la inconstitucionalidad de la oración ‘El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante’ del artículo 57 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:**

“**Artículo 57.-** En caso de huérfanos de padre y madre, la pensión máxima es equivalente al cuarenta por ciento. Si el padre y la madre hubieren sido asegurados o pensionistas, la pensión se calculará sobre la base de la pensión más elevada.

En su caso, los huérfanos a que se refiere el inciso b) del artículo anterior tendrán derecho a la bonificación señalada en el artículo 30°.”

**D) De la frase ‘de viudez’ de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, según el fundamento 150, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:**

“**Artículo 32.-** La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

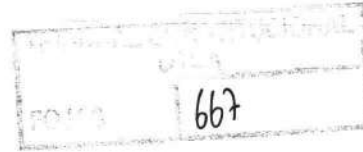
b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, o no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud”.

Se precisa que la inclusión de la frase ‘(de viudez u orfandad)’ en el texto no supone un acto legislativo, sino el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, cumpliendo así con la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarla compatible con la Norma Fundamental.

**Por conexidad, declárese la inconstitucionalidad de la frase ‘de viudez’ del artículo 54 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:**



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“**Artículo 54.-** El monto máximo de la pensión (de viudez u orfandad) es igual al cincuenta por ciento de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante”.

3. Se **INTERPRETA**, de conformidad con el *fundamento 154*, que entre los supuestos protegidos por el literal a del artículo 34 y el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, no se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, se **INTERPRETA** que la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que sigan estudios básicos o superiores queda extinguida, cuando tales estudios no se sigan de modo satisfactorio, y dentro del periodo regular lectivo.
4. Se **INTERPRETA** que, de conformidad con el *fundamento 159*, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, tiene el sentido de que la totalidad del ahorro proveniente de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, debe ser destinado a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual supone, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, entre otros.
5. Se **EXHORTA** al Congreso de la República a cubrir el vacío normativo de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, al que se hace alusión en el último párrafo del *fundamento 126*, teniendo presente que dicha omisión no puede ser interpretada en el sentido de que la falta de comunicación del trabajador dentro de los noventa días previstos en la norma, implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, ni tampoco que ello suponga que el trabajador queda fuera de todo régimen previsional.
6. Declarar **INFUNDADAS** las demandas en lo demás que contienen.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)