

Tribunal  
Constitucional



REVISTA PERUANA DE  
**DERECHO**  
**CONSTITUCIONAL**

Reforma Constitucional,  
Política y Electoral

61 NUEVA ÉPOCA | 2013  
Edición Especial

# SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 6, NUEVA ÉPOCA  
EDICIÓN ESPECIAL 2013

*Reforma Constitucional, Política y Electoral*

---

## PRESENTACIÓN

Ernesto Álvarez Miranda ..... 13

## ESTUDIOS

Domingo García Belaunde

*La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo a todo pronóstico* ..... 19

José Palomino Manchego

*¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?*..... 35

Francisco Morales Saravia

*La Reforma de la Constitución de 1993 y sus problemas*..... 61

Edwin Figueroa Gutarra

*Certiorari y Reforma Constitucional. Entre propuestas y necesidades*..... 81

César Delgado Guembes

*Entre la participación absoluta y la ficción representativa. ¿Qué podemos esperar y qué no, del régimen representativo?*..... 101

Victorhugo Montoya Chávez

*La selección de candidatos para las elecciones congresales de 2011*..... 153

Berly Javier Fernando López Flores

*El control parlamentario de los decretos de urgencia*..... 179

Stephen Haas del Carpio

*La transición política peruana y la participación obligatoria de la ciudadanía en los procesos electorales peruanos. Presentación de la problemática e hipótesis*..... 193

Rafael Rodríguez Campos/ Edith Neyra Córdova  
*Consenso Electoral para una nueva ley de los derechos de participación y control  
ciudadanos. Proceso de revocación de autoridades*..... 219

Cynthia Vila Ormeño  
*Las Reformas Electorales en el Perú (1978 - 2012) y el principio de representación  
proporcional*..... 239

#### MISCELÁNEA

Francisco Távora Córdova  
*El juez como garante de los derechos y el papel de la ética en las democracias  
constitucionales*..... 271

Martha Paz  
*La Corte Constitucional Colombiana reivindica una categoría olvidada.  
La trabajadora sexual como "sujeto de especial protección"* ..... 279

Abraham García Chávarri  
*Derecho a la Integración y soberanía. Anotaciones interrelacionales* ..... 299

Sergio Bobadilla Centurión  
*Breve análisis del contexto socio-histórico-político-jurídico para el surgimiento  
jurisprudencial del Derecho a la Verdad. ¿Es viable su normativización positiva  
constitucional*..... 311

Paola Brunet Ordoñez Rosales  
*Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional peruana* ..... 339

Aldo Blume Rocha  
*La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho:  
El debate respecto a la dificultad contramayoritaria* ..... 365

Carmen Ortega Chico  
*Interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 68° de la Ley de Relaciones  
Colectivas de Trabajo. Alcances del hoy denominado arbitraje obligatorio.* ..... 387

## JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. *Caso: Alimentación forzosa de internos en casos de peligro de muerte por Gonzalo Carlos Muñoz Hernández*  
STCE N.º 120/1990 ..... 403
2. *Caso: Sobre la ilegalización de partidos políticos por Alberto Neira López*  
STCE N.º 48/2003 ..... 405

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

### Reforma Constitucional:

1. *Exp. N.º 0014-2002-AI/TC por Nadia Paola Iriarte Pamo*  
*Demandante: Colegio de Abogados del Cusco*  
*Norma impugnada: Ley N.º 27600*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-Mhtml> ..... 417*
2. *Exp. N.º 0014-2003-AI/TC por Evelyn Chilo Gutiérrez*  
*Demandante: Alberto Borea Odria y más de cinco mil ciudadanos*  
*Norma impugnada: el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-ALhtml> ..... 425*

### Reforma Política:

1. *Exp. 00013-2009-AI/TC por Miriam Handa Vargas*  
*Demandante: Treinta y un congresistas de la República*  
*Norma impugnada: artículo 25º del Reglamento del Congreso de la República modificado mediante la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de octubre de 2008.*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-ALhtml> ..... 431*
2. *Exp. 0050-2004-AI/TC por Miriam Handa Vargas*  
*Demandante: Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos*  
*Norma impugnada: Leyes N.º 28389 y N.º 28449.*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-ALhtml> ..... 439*

### Materia Electoral:

1. *Exp. N.º 0002-2011-CC/TC por Carolina Parra Decheco*  
*Demandante: Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)*  
*Demandado: Jurado Nacional de Elecciones (JNE)*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00002-2011-CC.html> ..... 461*

2. *Exp. N° 0003-2006-AI/TC por Nora Luzmila Fernández Lazo*  
*Demandante: Más de cinco mil ciudadanos*  
*Norma impugnada: artículo 37° de la Ley N° 28094 —Ley de Partidos*  
*Políticos (LPP)*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2006-AI.html> ..... 467*

**Relevante y de actualidad:**

1. *Exp. 0022-1996-AI/TC (publicada agosto de 2013) por Jaime de la Puente Parodi*  
*Caso: La Ejecución de la Sentencia sobre la Cancelación de los Bonos Agrarios*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf>.... 473*
2. *Exp. 01969-2011-HC/TC por Carlos Quispe Astoquilha*  
*Caso: Frontón*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.pdf> ..... 483*
3. *Exp. 00013-2012-AI/TC por Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes*  
*Caso: Reforma del Sistema Peruano de Pensiones*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00013-2012-AI.pdf> ..... 487*
4. *Exp. 04147-2012-PA/TC por Claudia Orbegoso Gamarra*  
*Caso: Racismo y Discriminación por parte de un Abogado - Multa*  
*Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04147-2012-AA.pdf> ..... 493*

COMENTARIO A LA STC 0050-2004-AI/TC,  
DE 29 DE JUNIO DE 2005.

*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.*

Por: Miriam Handa Vargas  
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal  
Constitucional*

En la sentencia bajo comentario se abordaran las materias relevantes tales como: i) La posibilidad de control de una ley de reforma constitucional ii) Parámetros básicos de las modificaciones al régimen pensionario: a. El régimen pensionario de la 20530. b. La garantía institucional de la seguridad social y los principios pensionarios. iii) El análisis de la afectación al derecho a la pensión a. La pensión y su reconocimiento como derecho fundamental y b. La pensión y los nuevos elementos del régimen. i. Nivelación. ii. Viudez. iii. Orfandad. y c) La pensión y la protección de su contenido.

*2. Contexto Histórico Político de la Sentencia*

En el Perú el sistema pensionario funciona, mediante entidades públicas, y privadas, el sistema privado se centra en empresas conocidas como administradoras de fondos de pensiones (AFP), y tiene como carácter peculiar la utilización de la lógica de capitalización de aportes. A su vez el sistema público, está basado en un esquema redistributivo y se sustenta en los aportes realizados por los trabajadores adscritos en dos regímenes pensionarios. El primero es el del Decreto Ley 19990, del cual se puede decir que es el clásico régimen estatal de los fondos de pensión; el segundo es el del Decreto Ley 20530, el cual surgió como un plan especial de jubilación y cesantía, que incluye la llamada la 'cédula viva', es decir, lograr que el pensionista tuviese el mismo sueldo y beneficios que uno que seguía laborando activamente. El régimen de la Ley 20530 sufrió

modificaciones legislativas (leyes 28389<sup>[1]</sup> y 28449) puesto que era inmanejable por el gasto que acarrearía al Estado, y contra estas leyes es contra las que se plantearon cinco demandas de inconstitucionalidad.

A raíz de lo pedido, el Tribunal Constitucional, en junio del año 2005, emitió la sentencia recaída sobre los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, la misma que realiza un pronunciamiento sólido jurídicamente y consistente en términos sociales. A través de dicha sentencia, se dilucidan los cuestionamientos dirigidos contra ambas leyes, referidos a que si las nuevas reglas pensionarias adoptadas afectaban el derecho fundamental a la pensión. En su decisión, el Supremo Intérprete de la Constitución fue muy tajante, al señalar que no había afectación alguna al derecho, aunque sí se reconoció la necesidad de realizar algunos ajustes respecto a las recientes condiciones que fueron introducidas. Esto significó que, con relación a la Ley 28389, las demandas fueran declaradas infundadas, tanto por la forma como por el fondo; y, con relación a la Ley 28449, las demandas fueran declaradas fundadas en parte.

---

[1] Dicha norma señalaba hasta antes de la reforma lo siguiente: "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".

Ahora, lo que expresa es totalmente diferente: "Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional: 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. 2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones. Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una 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. Autorícese 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".



congresistas que eran beneficiarios de este régimen, los representantes de trabajadores y pensionistas y el grupo conservador de la prensa nacional. Pero pese a ello, la sentencia sólo reflejó argumentos jurídicos, alejándose de forma palmaria de los condicionamientos mediáticos que se acaban de exponer.

Desde hoy martes 31 de mayo, a las 7 de la mañana, se reanudan en el frontis del Tribunal Constitucional las vigas de protesta, la misma que contará con la presencia de cerca de 200 jubilados y pensionistas. Los jubilados denunciaron las presiones que cen en ejerciendo ante el Congreso, así como algunos medios de comunicación, publicando una serie de informes sobre la inviolabilidad de la inconstitucionalidad de la Ley, con una serie de análisis económicos alarmistas

# Jubilados reanudan sus vigiliyas en sede del TC

que no se ajustan a la realidad. Juan Pena Figueroa, presidente de la Asociación Nacional de Ex-Servidor, del Instituto Peruano de Seguridad Social (ASEPSS) y presidente Celestino de la Confederación Na-

cional Unitaria de Pensionistas del Perú (CONUPEP), informó que su pecado ese respaldado por la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales, los cuales velan por el derecho adquirido por parte de los pensionistas.

**QUIEREN MANIPULAR AL TC**  
Nuestro pedido es que se emita una sentencia o reglamento Escrita por la cual la presente reforma constitucional no puede ser aplicable a los Pensionistas que ya ganaron

ese derecho. Sin embargo, sabemos que los magistrados del Tribunal Constitucional están recibiendo presiones para fallar contra los jubilados' apuntó. De ser favorable el fallo de TC los pensionistas, los derechos adquiridos serían devueltos a los jubilados, y segundo entapa a las potenciales y actuales viudas, huérfanos y discapacitados al 100% de su pensión y no el 50% como actualmente se encuentra establecido.

elliarloc & país

fintes:37 mayo 2:

## TC Perú tiene en sus manos hacer justicia a favor de más de 700 mil pensionistas

La expectativa se venía en la tarde del martes 31 de mayo cuando el Tribunal Constitucional desahogó su sentencia sobre la Ley 15130. Señaló que la Ley 15130, que modificó el artículo 15 de la Ley 10701, que otorga el derecho a la pensión de vejez a los ciudadanos que han cumplido 65 años de edad, es inconstitucional. El Tribunal declaró que la Ley 15130 es inconstitucional porque vulnera el derecho a la pensión de vejez que está garantizado por la Constitución y los tratados internacionales. El Tribunal ordenó que se deje sin efecto la Ley 15130 y que se restituya el artículo 15 de la Ley 10701. Esto significa que los ciudadanos que han cumplido 65 años de edad tienen derecho a la pensión de vejez. El Tribunal también ordenó que se restituya el artículo 15 de la Ley 10701 y que se deje sin efecto la Ley 15130. Esto significa que los ciudadanos que han cumplido 65 años de edad tienen derecho a la pensión de vejez. El Tribunal también ordenó que se restituya el artículo 15 de la Ley 10701 y que se deje sin efecto la Ley 15130. Esto significa que los ciudadanos que han cumplido 65 años de edad tienen derecho a la pensión de vejez.



Escritora JUDITH DE LA MATA (\*)

El Tribunal Constitucional declaró que la Ley 15130 es inconstitucional porque vulnera el derecho a la pensión de vejez que está garantizado por la Constitución y los tratados internacionales. El Tribunal ordenó que se deje sin efecto la Ley 15130 y que se restituya el artículo 15 de la Ley 10701. Esto significa que los ciudadanos que han cumplido 65 años de edad tienen derecho a la pensión de vejez. El Tribunal también ordenó que se restituya el artículo 15 de la Ley 10701 y que se deje sin efecto la Ley 15130. Esto significa que los ciudadanos que han cumplido 65 años de edad tienen derecho a la pensión de vejez. El Tribunal también ordenó que se restituya el artículo 15 de la Ley 10701 y que se deje sin efecto la Ley 15130. Esto significa que los ciudadanos que han cumplido 65 años de edad tienen derecho a la pensión de vejez.

### 3. *Análisis*

#### 3.1. *La posibilidad de control de una ley de reforma constitucional*

Como primer asunto el Tribunal Constitucional tuvo que decidir si se podía entrar a controlar una ley de reforma constitucional toda vez que es la Constitución el marco de actuación de la institución<sup>[2]</sup>. Al final, decretó que sí era posible realizar el examen constitucional de una reforma, pero siempre basándose en criterios que poco a poco fue definiendo.

Se ha considerado que la Constitución tiene un *contenido fundamental* que debe ser respetado por el resto de normas que la conforman. Utilizando el principio político de la soberanía popular y el principio jurídico de la supremacía constitucional, se estipuló que "si a través de una ley de reforma constitucional se vulnera la esencia misma de la Constitución, y siendo el Tribunal Constitucional 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"<sup>[3]</sup>. Asimismo, no podría dejar de usarse la Constitución (o su contenido fundamental) como parámetro toda vez que lo contrario llevaría al absurdo de utilizar, como bien lo señalan los propios magistrados constitucionales, "los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado"<sup>[4]</sup>. Por ello es imprescindible remitirnos a los límites que el procedimiento de reforma constitucional siempre cuenta, pues en caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones conferidas por la Constitución, en el fondo lo que se estaría haciendo es desconocer la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas<sup>[5]</sup>.

Entonces, lo que debe quedar claro además es que se ha partido de un principio de presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes, aunque en el caso concreto de la de reforma constitucional se ha de señalar dos cosas. En primer lugar, y en referencia a la Ley 28389, no se pudo recurrir como parámetro a la Constitución antes de ser modificada, pues ésta ya desapareció del ordenamiento. De otro lado, tampoco se pudo usar la norma constitucional modificada, porque justamente ella es materia de la controversia constitucional. Por lo tanto, el parámetro que se utilizó para determinar la constitucionalidad

[2] Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ("Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica).

[3] Fundamento 4 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AUTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC.

[4] Fundamento 22 de la Sentencia del Expediente N° 014-2003-AI/TC.

[5] Fundamento 62 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC.

de la ley de reforma impugnada es la Constitución pero sin tomar en cuenta las normas sujetas a control.

En dicho contexto debe señalarse que cualquier acto de reforma constitucional posee dos límites: unos formales y otros materiales, los mismos que pueden ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional. Con respecto a los primeros, se debía determinar si a lo largo del proceso de elaboración de la ley de reforma del régimen pensionario se ha vulnerado el procedimiento exigido constitucionalmente. En la sentencia, se determinó que ley 28389 fue promulgada según el procedimiento establecido, motivo por lo cual se declaró infundada la demanda en este extremo.

### *3.2 Parámetros básicos de las modificaciones al régimen pensionario*

#### **a. El régimen pensionario de la 20530**

Con respecto al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, es importante conocer su evolución para poder comprender su naturaleza. Como referente más antiguo se encuentra la Ley de Goces de 1850, la misma que instituyó el estatuto pensionario de los servidores públicos, y que tuvo vigencia hasta que se promulgó el Decreto Supremo que introdujo adiciones a la Ley 13724 -Ley del Seguro Social del Empleado-, quedando incorporados a dicho sistema pensionario, los empleados públicos nombrados con posterioridad a esa fecha. En 1974, es cuando se emite el Decreto Ley 20530 con el fin de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío, como forma de régimen cerrado. Sin embargo, posteriormente se amplió su alcance, como lo sucedido a través del Decreto Ley 22150, de 1978 (para los diplomáticos), la Ley 24029, de 1984 (para profesores), la Ley 24366, de 1985 (para los de siete años o más de aportaciones a 1974), la Ley 25273, de 1990 (para los trabajadores que en ese año se encontraran trabajando en toda empresa estatal). De otro lado, la nivelación nunca fue parte constituyente ni de la ley de goces ni del Decreto Ley 20530,

---

[6] Artículo 206 de la Constitución: "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".

[7] Desarrollo a lo largo de la Sentencia del Expediente 0189-2002-AA/TC.

sino que fue incorporado tangencialmente por la Constitución de 1979E<sup>81</sup> pero que recién fue efectivizado a través de una ley posterior.

De hecho, la materia principal de las demandas se encuentra relacionada con el cierre definitivo del régimen pensionario destacado en la Constitución[9]. Ahora bien, y tal como se ha ido manifestando, lo que el Tribunal Constitucional debe procurar es la protección de un derecho fundamental. Es decir, se debe analizar si la reforma constitucional ha variado o no el derecho fundamental a la pensión, y no si simplemente si ha variado un régimen para su ejercicio, que ni siquiera está previsto en el cuerpo normativo de la Constitución, al ser una disposición final y transitoria. A partir de esta diferenciación, queda claro que "la reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional, propias de este derecho. No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial, reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho. 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.

Esta diferenciación la tuvo en claro el Tribunal a la hora de resolver. Por ende, inclusive llegó a proponer que era imperativo que los subsistemas pensionarios deban buscar unificarse[11], pues sólo así se podría proteger adecuadamente el derecho fundamental a la

[8] Octava Disposición Final de la Constitución de 1979.

[9] Claramente señalado en la Primera Disposición Final y Transitoria ya reformada.

[10] Fundamento 77 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PUTC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC ("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").

[11] Artículo 11 de la Constitución: se reconoce el derecho a la pensión "a través de entidades públicas, privadas o mixtas".

pensión (y dentro del público, también los dos regímenes deben buscar asimilarse). Con este marco, "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"<sup>[12]</sup>.

En consecuencia, con las modificaciones introducidas con las dos leyes impugnadas, de este nuevo esquema pensionario se derivan las siguientes consecuencias generales previstas por la propia norma: están prohibidas las incorporaciones o reincorporaciones al régimen del Decreto Ley 20530; los trabajadores que perteneciendo a dicho régimen no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar por el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones; las nuevas reglas pensionarias son de aplicación inmediata tanto a trabajadores como pensionistas de los regímenes pensionarios según corresponda, estableciéndose una reserva de ley para tal efecto e incluso eliminándose la posibilidad que la norma emitida por el Congreso pueda prever las nivelación de las pensiones con las nivelaciones o que se reduzca el importe de aquellas que son inferiores a una UIT; por otro lado, aquellas pensiones que sean mayores a una UIT podrán ser objeto de topes progresivos conforme lo regule la ley pertinente; el ahorro presupuestal derivado de la aplicación de las medidas anteriores, será destinado a incrementar las pensiones más bajas conforme a ley; y, las modificaciones que se realicen a los regímenes pensionarios actuales y los nuevos regímenes que se

---

[12] Fundamento 59 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AFTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PYTC y 0009-2005-PFTC.

Asimismo, "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" [Fundamento 163].

establezcan en el futuro, deben regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

**b. La garantía institucional de la seguridad social y los principios pensionarios**

En todas las demandas planteadas se alega que uno de los derechos afectados es el de la seguridad social<sup>[13]</sup>, aseveración que sustenta toda la argumentación jurídica desarrollada. A su entender, "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>[14]</sup>, y como tal, ha terminado siendo afectada a través del cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley 20530.

Sin embargo, se deja de lado que el derecho que tiene relación con el régimen pensionario es, con toda naturalidad, el derecho a la pensión. Ahora bien, tampoco se puede negar que este derecho tiene una correspondencia directa con la seguridad social, pues ésta aparece como la garantía institucional que posibilita a aquélla. Así, se exhibe como "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"<sup>[15]</sup>, motivo por lo cual en el pasado había sido considerada como "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>[16]</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional había señalado, con respecto a una garantía institucional, que ésta era "un instituto constitucionalmente protegido que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla; protege a la

[13] Artículo 10 de la Constitución: "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".

[14] Demanda de inconstitucionalidad 007-2005-PI, pág. 33.

[15] Fundamento 54 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PFTC.

[16] Fundamento 14 de la Sentencia del Expediente 0011-2002-AI/TC.

institución de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y persigue asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma que la conviertan en impracticable o irreconocible"<sup>171</sup>, es decir, tal garantía viene a significar una protección contra cualquier tipo de supresión legislativa. Sólo así la seguridad social aparece como el marco real en el que se debió analizar la constitucionalidad o no de las leyes 28389 y 28449.

Sobre la base de esta conjunción de conceptos (de derecho y de garantía), la sentencia ha asumido diversos principios que deben guiar la configuración constitucional del derecho fundamental a la pensión. Son principios no sólo la dignidad humana, la igualdad y la progresividad (no pueden ser vistos de manera aislada como a veces han querido observar los pensionistas), sino también la solidaridad y el equilibrio presupuestal. Estos cinco principios analizados conjuntamente darán el marco adecuado de la pensión, lo cual trae como consecuencia, retomando el marco del Estado social y democrático de derecho y la Economía social de mercado, un nuevo sentido del derecho fundamental a la pensión, uno que no permita condiciones de inequidad en los diversos regímenes pensionarios. Por tanto, "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"<sup>181</sup>.

Este fundamento de la equidad pensionaria obliga que se promueva "el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos más favorables, su finalidad no es otra que compensar 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"<sup>191</sup>. De esta manera,

---

[17] Fundamento 4 de la Sentencia del Expedientes 010-2001-AI/TC.

[18] Fundamento 44 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-PUTC.

[19] Fundamento 68 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PUTC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-P1/TC.

la reforma constitucional asume una función social y económica trascendente, con una clara protección de la pensión, con la garantía institucional de la seguridad social que la protege.

### 3.3. *El análisis de la afectación al derecho a la pensión*

De esta forma, el estudio específico se centrara en determinar si las nuevas reglas establecidas llegan a ser afectantes de la configuración constitucional del derecho a la pensión.

#### **a. La pensión y su reconocimiento como derecho fundamental**

Como premisa básica, el Supremo Intérprete de la Constitución debió fijarse en el contenido del mismísimo derecho a la pensión. Cuando se le presenta como fundamental es que se encuentra garantizado por el ordenamiento positivo, dentro de una normatividad constitucional y que gozan de una sólida y preeminente protección, siendo portadores de la coexistencia de ideologías heterogéneas, y que a la vez, garantizados dentro de las normas nacionales y limitados (tiempo—espacio). Cuando se le presenta como derecho humano es que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias entre las personas, se perfilan como bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.

Pero la diferencia formal y a la vez esencial entre ambos estriba en el ámbito de su reconocimiento: el derecho fundamental está plasmado en la Constitución; el humano en los instrumentos internacionales. Por tanto, al solicitarse la intervención del Tribunal Constitucional en esta materia, el parámetro de constitucionalidad a utilizarse debía ser estrictamente la Norma Fundamental, y sólo podría asumirse la vigencia de los tratados internacionales en tanto guíen las normas constitucionales, y en el caso concreto, el artículo 11 de la Constitución[20]. A partir de estos conceptos, el Tribunal ha buscado asumir una posición de coordinación: "considera que estos principios propios de los derechos humanos deben integrarse a la luz de los derechos fundamentales, planteados en la Constitución como resultante de las exigencias de los valores que coexisten en una sociedad política organizada con su plasmación normativa en derecho positivo.

[20] Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú" (formulación similar en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Cabe preguntarse ahora si la evolución normativa básicamente de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ha podido haber afectado lo que se ha reconocido expresamente en el artículo 11 de la Constitución. No hay que olvidar que "el derecho fundamental 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, tratar desigualmente a los desiguales, en base a un test de la razonabilidad. Tiene por finalidad equiparar al resto de los hombres y ciudadanos, que no están concernidos y no son titulares de este derecho porque no lo necesitan"[21]. Esto viene a significar que los principios que sustentan el derecho fundamental a la pensión -revisados someramente supra- debe estar en completa coincidencia con los cambios realizados a través de la reforma constitucional.

#### **b. La pensión y los nuevos elementos del régimen**

A partir de estas cuestiones generales, se abre la posibilidad de analizar algunos de los nuevos elementos introducidos por las Leyes 28389 y 28449. Se consideró que las reformadas reglas del Decreto Ley 20530 no son desfavorables a los pensionistas, sino que, dentro de un canon de justicia redistributiva, aparecen como válidamente propicias para la mayoría de ellos, sobre todo retomando la existencia de un reajuste pensionario (apartado i); y, la mejora en la situación de los viudos (apartado ii) y de los huérfanos (apartado iii). Dentro de un Estado social y democrático de derecho, la pensión debe ser lo más justa y equitativa posible (se incluye el concepto de 'equidad pensionaria') respecto a la generalidad de personas, pero con mucha más fuerza respecto a los pensionistas del Decreto Ley 20530.

##### **i. Nivelación**

Tras la reforma, el reajuste de las pensiones no ha desaparecido; lo que ha sucedido es que simplemente ha variado su manifestación. Ahora, se prevé un tipo de reajuste según la edad del causante o beneficiario, siendo éste el elemento diferenciador del trato<sup>[22]</sup>. Los

---

[21] Fundamento 74 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AFTC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PUTC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-PUTC.

[22] Según los artículos 4.a y 4.b de la Ley 28449, "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" y "las pensiones

que superan los sesenticinco años tienen obligatoriamente un reajuste anual, y los menores solamente uno periódico. En tal sentido, "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'"<sup>231</sup>. La utilización de un criterio como el mostrado fue entendida por el Tribunal Constitucional como razonable en la aplicación de las nuevas reglas impuestas, y, por ende, compatibles con la Constitución. De otro lado, tampoco se puede desconocer el hecho que inclusive los trabajadores en actividad tampoco tengan asegurado un reajuste obligatorio, como sí lo están teniendo los pensionistas, y que el incremento establecido legalmente posibilite el respeto de la dignidad de las personas. Pero si bien se está reconociendo un tipo de reajuste pensionario, se deja de lado la nivelación pensionaria (ésta le dotaba del carácter de 'cedula viva' al régimen pensionario del Decreto Ley 20530). Tras la reforma constitucional, la Constitución enuncia la inexistencia de nivelación<sup>[24]</sup>, opción que ha sido arduamente criticada por sus detractores. Sin embargo, la nivelación no es elemento configurador de la pensión en el Decreto Ley 20530, y menos aún de la Ley de

---

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".

- [23] Fundamento 139 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PYTC ("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")

Justamente, y por este motivo, "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" [Fundamento 141 de la Sentencia].

- [24] Primera Disposición y Final y Transitoria reformada: "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".

Goces, sino que apareció recién en finales de los años setenta<sup>[25]</sup>. Por tanto, es una potestad del constituyente derivado determinar las fórmulas de reajustes más convenientes con los parámetros de equidad pensionaria: mientras que la intervención en el contenido no esencial sea racional, la eliminación de la nivelación es posible. Es más, se asume que la nivelación "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, hartamente ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en que cesó el pensionista"<sup>[26]</sup>, razón por la cual se afirma que su ansiada utilización por parte de los favorecidos puede llegar a configurar una forma de abuso de derecho, proscrita por el propio ordenamiento constitucional<sup>[27]</sup>.

## ii. Viudez

Uno de los temas más discutibles con respecto a los beneficiarios de la pensión está referido a la situación de los viudos. Así, según la Ley 28449, la pensión "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"[28]. Pero, una regla de este tipo podría representar una discriminación con respecto a la situación de la viuda a la cual no se exige condición alguna, así lo entendió el Tribunal Constitucional pues consideró, que bastaba observar la inconstitucionalidad del conectivo 'y', reemplazándolo por el 'o', haciendo de esta manera que las cargas impuestas al varón para recibir una pensión como beneficiario viudo, no sean tan gravosas como las expuestas originariamente. En este sentido, la sentencia se convirtió en una clásica manipulativa.

Es más, se consideró desproporcionado el tratamiento inicial en virtud de que "una situación de incapacidad para subsistir por medios propios, entendida como una incapacidad de naturaleza material, distinta,

---

[25] Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979: "Las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración pública, no sometidas al régimen del Seguro Social del Perú o a otros regímenes especiales, se nivelan progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios, a partir del 1 de Enero de 1980. Deben consignarse en el Presupuesto de la República las partidas consiguientes".

[26] Fundamento 64 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AUTC, 0051-2004-AUTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC.

[27] Artículo 103 in fine de la Constitución: "la Constitución no ampara el abuso del derecho".

[28] Artículo 32.c del Decreto Ley 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley 28449.

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 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"[29]. Entonces, partiendo del derecho fundamental a la igualdad[30], se está manteniendo la posición de las mujeres como grupo vulnerable, a diferencia de los hombres, a quienes tampoco se les debe exigir demasiadas condiciones, como las que la ley preveía.

### iii. Orfandad

Conjuntamente con el tema de los viudos, aparece el de los hijos. El Tribunal Constitucional consideró que la norma que señalaba que "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"<sup>31</sup> era inconstitucional. Haciendo uso de sus capacidades interpretativas y manipulativas, se llegó a asimilar la situación de los huérfanos a la de la viuda, por lo que del 20% se pasa al 50% tomando en consideración diversos argumentos, los mismos que también fueron utilizados para declarar por conexidad la inconstitucionalidad de la norma correspondiente al Decreto Ley 19990. El Supremo Intérprete de la Constitución llega a estas conclusiones asumiendo lo siguiente: "si se tiene en cuenta que, salvo reducidas excepciones

[29] Fundamento 147 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC.

"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" [Fundamento 148 de la Sentencia].

[30] Artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

[31] Artículo 7 de la Ley 28449, que modifica el artículo 35 primer párrafo del Decreto Ley 20530.

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 jure*, 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<sup>[32]</sup>. Conjugando estos criterios se considera pertinente elevar las pensiones de los hijos huérfanos en 30%, favoreciendo básicamente a las familias con uno o dos hijos.

De otro lado, había también un tema que no favorecía la situación de los hijos huérfanos. Se señalaba en la Ley 28449 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: Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o universitario, hasta que cumplan los veintiún (21) años" 1331 Sobre la base de dos dispositivos constitucionales<sup>[34]</sup>, se declaró la inconstitucionalidad de ciertas partes de la norma, a fin de que se pueda pagar pensión no sólo hasta los veintiún años, sino hasta

[32] Fundamento 150 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AUTC, 0004-2005-PUTC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-PUTC ("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; 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; y, 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").

[33] Artículo 7 de la Ley 28449, que modifica el artículo 34.a del Decreto Ley 20530.

[34] Artículos 6 y 14 de la Constitución.

que los hijos concluyan sus estudios superiores satisfactoriamente, y esto viene a significar que no sólo se considerará los estudios universitarios sino también los técnicos. Al igual que en el caso anterior, también se declaró la inconstitucionalidad de la norma conexas del Decreto Ley 19990.

### **c. La pensión y la protección de su contenido**

Determinada la validez -o variación mínima- de algunas nuevas reglas pensionarias, corresponde revisar cuál es el contenido del derecho fundamental a la pensión, a entender del Tribunal Constitucional.

El reconocimiento del derecho a la pensión en la Constitución posee un grado tal de fundamentalidad tal que posibilita una protección super reforzada dentro del ordenamiento jurídico. Un derecho fundamental es aquél conveniente para la concepción del Estado y las bases ideológicas de éste, que son considerados por el constituyente (de manera explícita o implícita) como fundamentales, con un plus de protección que el resto de derechos constitucionales. Y tal como se ha podido observar, los cambios pensionarios no pueden ser alegados como fórmulas de afectación de este derecho.

La pensión posee un contenido tripartito, que posibilita la protección gradual, según los tres elementos diferenciados que lo componen, según desarrollo doctrinal de la materia. Por ende, cabría distinguir, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que se establezcan a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados; un contenido esencial, absolutamente intangible; y, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que buscar ser impulsados

---

[35] Fundamento 153 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC ("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", además de que "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").

por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales. En esta línea, se debe mantener inmutable el contenido esencial, mientras que los contenidos no esencial y adicional se deben ir delineando según las necesidades de protección. Con ello se busca que la pensión pueda tener la mayor eficacia posible, y no desestabilice un país.

Ya entrando al caso materia de la inconstitucionalidad, el Tribunal ha explicado qué elementos componen cada ámbito existente en el derecho a la pensión. Por ende, el contenido esencial incluye la posibilidad de acceder y no ser privado de una pensión, pero siempre respecto a un monto mínimo inamovible. El no esencial permite el reajuste pensionario y la existencia de un tope máximo. El adicional incluye a los beneficiarios del derecho: las pensiones de los viudos, los huérfanos y los ascendientes.

Es importante determinar, por ende, respecto al contenido adicional, quiénes son los verdaderos titulares del derecho fundamental a la pensión. A entender del Tribunal Constitucional, sólo adquieren este carácter quienes fueron los aportantes. Sin embargo, a partir de las normas de protección de la familia<sup>[36]</sup>, "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<sup>1381</sup>". Por tanto, el tratamiento entre titular y beneficiario debe ser distinta<sup>1381</sup>.

En la búsqueda de asegurar de mejor manera el derecho fundamental a la pensión, el Tribunal Constitucional aseveró que la existencia de una pensión mínima sobre la base de un monto preestablecido puede terminar afectando el derecho de los pensionistas a tener una pensión digna ante los avatares políticos o económicos, los cuales pueden desfigurarla. Así, el monto de cuatrocientos quince nuevos soles puede tener, en el futuro, un valor real mucho menor del existente en la realidad. Por tanto, tratando de proteger este contenido esencial,

[36] Básicamente, artículo 4 de la Constitución.

[37] Fundamento 82 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AUTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-PI/TC.

[38] Se entiende por 'beneficiarios titular de pensión' a "todos los pensionistas por derecho propio, sean de cesantía o invalidez"; y, por 'pensionista' a "todas las personas que perciben una pensión por derecho propio, (cesantía o invalidez) o derivado (sobrevivencia)" [artículo 1 del Decreto Supremo 017-2005-EF].

el cual es absolutamente intangible para el legislador, el Tribunal Constitucional ha llegado a desarrollar la cuestión. Basándose en los principios de justicia y equidad pensionaria, se consideró conveniente, basarse 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"[39]. Únicamente de esta manera, la protección de los ingresos de pensionistas podrá quedar asegurado.

En esencia, la protección del triple contenido del derecho fundamental a la pensión ha sido detenidamente observada por el Tribunal Constitucional. En estricto, se ha creído conveniente dotar de correcta promoción normativa, sobre todo de los hijos y el viudo, todo esto en pos de la búsqueda de la justicia y la seguridad de toda la población. Así, se debe señalar que el derecho fundamental a la pensión no ha sido vulnerado, e inclusive ha sido promovido, en cierta forma, con la reforma constitucional para el grupo más necesitado. Es más, con el fin de lograr el equilibrio presupuestal que siempre requiere el Estado, era necesario que el Tribunal reafirme la constitucionalización de la reforma realizada. La protección no sólo de un grupo de pensionistas ha sido asegurado, sino el derecho a una vida digna de la mayoría de peruano 0<sup>o</sup>.

---

[39] Fundamento 136 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PUTC.

[40] Así, "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 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" [Fundamento 159 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AFTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC].

Como ya se mencionara, a partir de la sentencia objeto de estudio, el Colegiado consideró de raíz que la jurisprudencia vertida con anterioridad a las Leyes 28389 y 28449 sólo podría ser válida en la medida que no colisione con los nuevos conceptos emitidos por la reforma constitucional. Precisa que los parámetros constitucionales para resolver el caso vienen determinados por los 'contenidos fundamentales' que la propia Constitución invoca, y no por las normas ahora ya derogadas. Es así como debe quedar claro que se ha partido de un principio de presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes. De esta forma, se asume un criterio de 'validez relativa' de la jurisprudencia emitida en el pasado.

Ahora bien, con la reforma constitucional establecida por la Ley 28389 y su desarrollo en la Ley 28449, el tratamiento de los derechos legalmente obtenidos ha cambiado sustancialmente, puesto que si bien antes existía un régimen de excepción en materia de derechos adquiridos en materia previsional respecto de los regímenes correspondientes al Decreto Ley 20530<sup>[41]</sup>, en la actualidad dicho tratamiento ha desaparecido. Es más, la Primera Disposición Final y Transitoria ahora en vigencia, expresamente ha regulado que el régimen del Decreto Ley 20530 se encuentra definitivamente cerrado.

### *Conclusiones*

El derecho fundamental a la pensión establecido en el artículo 11 de la Constitución no ha sido vulnerado en lo referido a su contenido esencial, tras la modificatoria del régimen pensionario del Decreto Ley 20530. No se ha afectado el ingreso ni la no-privación de la pensión, y se ha consolidado el derecho a la pensión mínima. Igualmente, razonablemente se han modificado las reglas de la nivelación pensionaria y del tope máximo, y se han variado las condiciones para el caso de los viudos y huérfanos. Por ende, la sentencia recoge plenamente los postulados propios de una reforma constitucional, es decir, que ha terminado respetando el 'contenido fundamental' de la Constitución.

Entonces, el Tribunal Constitucional peruano, tomando en consideración que la persona humana es el fin supremo de la protección de la Norma Fundamental, consideró que "es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad 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 suponen privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para

---

[41] De igual forma sucede con el Decreto Ley 19990.

conseguir y mantener la desigualdad<sup>[42]</sup>. De esta forma, el ámbito pensionario de la Constitución (básicamente del régimen de la 20530) no se ha visto trastocado con el cambio de la normatividad, confirmada en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Es más, con el fallo emitido, el ahorro presupuestario de la modificación realizada incluirá un beneficio a la gran mayoría de personas, especialmente al mayor grupo de los pensionistas adscritos al régimen de la 20530, como también a los que se encuentran en el régimen de la 19990.

---

[42] Fundamento 76 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AFTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC.