

CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN Y SU ANÁLISIS A PARTIR DE LA STC RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 050-2004-AI-TC

POR: SERGIO SALGUERO AGUILAR¹

Introducción

Mediante publicación en el Diario Oficial El Peruano, el 12 de junio del 2005, se publicó la sentencia del TC recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC la cual declaraba **INFUNDADAS** las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la Ley 28389 y **FUNDADAS EN PARTE** las interpuestas contra la Ley 28449. Esta sentencia resulta de gran importancia con respecto al régimen pensionario del Decreto Ley 20530.

El presente trabajo, se dirige a realizar un análisis y comentar los principales fundamentos contenidos en la citada sentencia, tratando de observar el sustento jurídico y doctrinario que forma parte integrante del análisis y posterior deliberación por parte de nuestro Tribunal Constitucional.

A manera de preludeo, cabe indicar que tomaremos en consideración parte del desarrollo doctrinario con respecto al tema pensionario, toda vez que la citada sentencia hace un análisis meramente enunciativo en algunos puntos sin desarrollar de manera exhaustiva cada concepto involucrado, por lo que nos apoyaremos en algunos de los textos del Dr. César Abanto Revilla, quien como parte de su trabajo ha dedicado su experiencia al estudio del fenómeno de la Seguridad Social en el Perú.

Una vez desarrollados aquellos puntos contenidos en la sentencia, procederemos a presentar las conclusiones y opiniones como resultado del análisis por lo que es necesario precisar que nuestro comentario se centrará en el análisis de los criterios establecidos por el Tribunal respecto de las instituciones del régimen pensionario estatal.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

❖ **Instituciones previsionales analizadas en la STC 050-2004-AI-TC (Acumulado)**

- Contenido esencial del Derecho a la pensión.

❖ **Contenido esencial del Derecho a la Pensión**

- Triple Contenido del Derecho a la Pensión

❖ **Contenido No esencial del derecho a la pensión**

- La nivelación y los topes pensionarios. Modificaciones a las pensiones de sobrevivientes

Siguiendo con el análisis de la sentencia materia del presente trabajo, resulta importancia mencionar que esta introduce algunas modificaciones por lo que consideramos relevante hacer una evaluación sobre el tratamiento de la misma en el régimen previsional y su evolución.

Originalmente, el Decreto Ley 20530 establecía que la pensión de sobrevivientes, es decir la de viudez, orfandad o ascendientes era equivalente al 50% de la que correspondía al causante, no obstante con la entrada en vigencia de la Ley 25008, se incrementó dicho porcentaje llegando a un 100%.

Posteriormente con fecha 01 de enero del 2002 se publicó en el diario oficial la Ley N° 27617, norma que pretendía reformular el tratamiento de las pensiones de sobrevivientes en el régimen del Decreto Ley N° 20530, fijando nuevos parámetros en la pensión de viudez (reduciendo el porcentaje y estableciendo de referente la remuneración mínima vital), fijando en 20% el porcentaje de la pensión de orfandad, y derogando la tan cuestionada pensión para las hijas solteras mayores de edad.

Al igual como ocurrió con la Ley 28389 y 28449, esta ley también fue sometida a una acción de inconstitucionalidad, proceso que dio como resultado dos pronunciamientos por parte del tribunal Constitucional a través de las sentencias publicadas el 24 de abril y el 21 de setiembre del 2003.

La primera de ellas (Expediente N° 005-2002-AI/TC y acumulados), estableció en sus fundamentos 16, 17 y 18 que para los casos de las pensiones de sobreviviente estaremos ante un derecho adquirido con

condición suspensiva desde el momento que el causante obtuvo su derecho a pensión, independientemente de la fecha de su fallecimiento.

De ese modo, el artículo 7º de la Ley N° 28449 dispone la sustitución de los artículos 25º, 32º, 34º, 35º, 36º y 55º del Decreto Ley N° 20530, recogiendo en parte los valores fijados por la Ley N° 27617, ante lo cual el Tribunal ha señalado en sus diversos fundamentos lo siguiente:

a. Fundamento 146:

Aquellas medidas que establecen tratamientos relativamente más favorables a la mujer constituyen auténticas “acciones positivas” que no pueden ser consideradas inconstitucionales.

b. Fundamentos 147 y 148:

A partir de la presencia del conector “y” en los requisitos exigidos al hombre para acceder a una pensión de viudez es inconstitucional, debiendo ser aplicados independientemente para cada caso concreto.

c. Fundamento 149:

Que el quantum establecido para determinar el porcentaje de la pensión de viudez no incurre en inconstitucionalidad, al respetar el mínimo vital.

d. Fundamento 150:

Que el quantum establecido para la pensión de viudez debe ser aplicable también para la pensión de orfandad.

e. Fundamento 153:

Resulta inconstitucional fijar en 21 años la edad máxima para ser beneficiario de la pensión de orfandad cuando se cursan estudios básicos o superiores, y supeditar su aplicación a los estudios universitarios debiendo extenderse a otros supuestos menos restrictivos que aquellos establecidos en el inciso b del artículo 55º del Decreto Ley 20530.

Es importante indicar, de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de la resolución aclaratoria de la

sentencia comentada y los numerales 3 y 4 del artículo 2º de la Ley N° 28449, que las nuevas disposiciones se aplican de manera inmediata a todos los pensionistas de sobrevivientes del Decreto Ley 20530, lo cual no implica que las normas tengan efecto retroactivo.

En tal sentido, podemos concluir que aquellas sumas de pensión percibidas por los pensionistas (de viudez y orfandad) se deberían ajustar a los nuevos porcentajes, hasta el monto mínimo (una remuneración mínima vital) y máximo (2 UITs), sin embargo, ello no implica que se suprima el beneficio de la pensión de orfandad para las hijas solteras mayores de edad por el hecho de su actual derogación, pues de acuerdo al numeral 3 del artículo 2º de la Ley 28449, se encuentran incorporadas en el régimen por ser beneficiarias actuales de pensiones de sobrevivientes que cumplieron todos los requisitos establecidos en las normas vigentes al momento del fallecimiento de su causante.

❖ **Análisis de los Fundamentos del TC**

- Fundamento de objeto de protección constitucional (F: 8,9 y 10):

La presente sentencia, al momento de dilucidar los distintos problemas planteados a raíz de la evaluación de constitucionalidad de la Ley 28389 y encontró un primer obstáculo, el cual fue la decisión de utilizar –o no- como parámetros de control de constitucionalidad aquellas normas que, precisamente y a raíz de la reforma planteada por la propia Ley, han sido derogadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley 28389.

De acuerdo a la sentencia, al evaluar la constitucionalidad de una norma, precisamente a la luz de dispositivos derogados significaría “...*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*”. Desde esta perspectiva, parece razonable pensar que un control de constitucionalidad debe tratar de alejarse del respaldo en aquellas normas que han sido separadas del ordenamiento pues su utilización se encuentra alejada de la controversia, amparados en la presunción de constitucionalidad de la que gozan aquellas normas derogatorias.

Por otro lado, tal y como se plantea, tampoco parece idóneo recurrir al análisis de constitucionalidad utilizando como base aquellas normas que, si bien gozan de la legitimidad de vigencia al amparo de la presunción de

constitucionalidad antes mencionada, son materia de la controversia y por tanto parece deberían ser excluidas del análisis.

En ese sentido, la postura adoptada en fundamento 7 de la sentencia en discusión parece ser la más acertada pues recoge una tercera alternativa que consiste en recurrir al parámetro del “contenido fundamental” de la Constitución.

Es por ello que la sentencia, a través del fundamento 7, establece que “...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”. Desde esta perspectiva, consideramos que el Tribunal Constitucional intenta dirigirse de manera directa al tema de la reforma pensionaria pues, tal y como precisa, no se podría apelar a los criterios jurisprudenciales sobre materia pensionaria pues, como es evidente, dichos criterios desarrollaban un razonamiento elaborado y en concordancia con los criterios normativos ya derogados a los que el Tribunal Constitucional se encontraba sujeto al momento de elaborar todo análisis, tal y como corresponde al mencionado Colegiado tal y como lo menciona el Código Procesal Constitucional, en su artículo 75, al hacer mención al criterio de jerarquía normativa al que se encuentra supeditado el Tribunal Constitucional.

Finalmente, el fundamento 10 de la sentencia en discusión, parece reafirmar el criterio ya adoptado en los fundamentos 8 y 9, pues se dirige a rescatar aquellos otros criterios de evaluación como son los valores y principios consagrados constitucionalmente.

Podemos concluir sobre este punto que el Tribunal Constitucional adopta un criterio de manera que, lejos de obstaculizar la discusión que apunta al análisis de los alcances materia pensionaria, lo que permite poder dirigir los alcances de la discusión sobre el tema de fondo, por lo que corresponde analizar los temas referentes a la pensión.

- ¿Concepto de acceso a la pensión? ¿Qué constituye privación arbitraria de la pensión?

Siguiendo con los comentarios sobre el análisis de la reforma planteada por la Ley 28389, resultaba imprescindible que se estableciera si la nueva normativa efectivamente implicaba una vulneración a los límites constitucionales, es por ello que como indicamos anteriormente, una vez establecido el camino que el Tribunal debía acoger para realizar un análisis de fondo en materia pensionaria, corresponde analizar el contenido del derecho mismo a la pensión.

Tal y como menciona Cesar Abanto Revilla, partiendo de los principios sociales (dignidad humana, igualdad, solidaridad, progresividad y equilibrio presupuestal; según los fundamentos 46 a 50 de la presente sentencia), los elementos que constituyen el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión son:

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

Estos elementos, los cuales son mencionados en el fundamento 107 de la sentencia, vienen a constituir el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión, en el cual el legislador no puede intervenir para restringir o privar a las personas de este derecho. A juicio del Tribunal, la Ley N° 28389 no transgrede dicho contenido, por tanto no es inconstitucional.

Cabe recordar que este concepto de núcleo duro del derecho ya ha sido recogido anteriormente por el Tribunal, el cual se ha referido a este anteriormente en el fundamento número 122 de la sentencia recaída en el caso 0014_2002_AI/TC, y se expresa que es aquel de carácter indisponible por todos, inclusive, por el poder constituyente derivado, que es el máximo poder constituido existente dentro del orden constitucional. En este caso del poder constituyente derivado, es verdad, pero éste, desde luego, incluye al núcleo duro de los derechos humanos.

Continuando con el análisis de los elementos del contenido esencial del derecho a la pensión, en palabras de Abanto Revilla comprenden:

a) Acceso de la pensión

El acceso a una pensión hace referencia a la posibilidad de formar parte de un régimen previsional por el hecho de satisfacer los requisitos para aportar al mismo, lo que no genera automáticamente el goce o percepción de una pensión, pues ello estará condicionado al cumplimiento de los supuestos fijados para cada prestación (edad, años de aportación o servicios, incapacidad, etcétera).

De este modo, resulta lógico que aquel sujeto que se encuentre impedido de acceder a una pensión como resultado de no contar con los requisitos establecidos por la ley, no puede alegar la vulneración de su derecho a la pensión, pues este se encuentra sujeto a la exigencia de los requisitos legales para el goce del mismo. Es decir, quien no cumpla con los requisitos de edad, años de aportación, entre otros, no podrá alegar el derecho de acceso a la pensión.

b) No ser privado arbitrariamente de una pensión

El no ser privado arbitrariamente de una pensión implica la preexistencia de un derecho materializado en el cobro de una prestación o, inclusive, en la garantía del goce futuro de la misma (por haber cumplido los requisitos previstos por ley), el cual no podrá ser conculcado sin mediar sustento fáctico o jurídico suficiente. Nótese que la definición proporcionada hace mención al sustento fáctico como jurídico, el cual, tal y como es materia de discusión del presente trabajo, puede variar por disposiciones de la propia Ley, lo que haría que el concepto de privación arbitraria se excluya cuando se trate de variaciones del propio ordenamiento sobre la materia.

c) Pensión mínima vital

Tratándose del complemento de la pensión máxima (tope), que según el Tribunal forma parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, entiende el autor que -de igual manera- debía ser parte de dicha configuración, más no del contenido esencial. En efecto, un sistema de reparto estructurado sobre la base del principio de solidaridad (en que los

mayores aportes de algunos provee la prestación de aquellos que aportaron menos) tiene como extremos la pensión máxima y la mínima, por tanto, ambas deberían formar parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, por lo cual podrían ser susceptibles de una determinación posterior en vía legislativa. Se puede entender que su inclusión como parte del contenido esencial está justificada por el afán de resguardar parámetros que permitan garantizar una prestación que, cuando menos, sirva para sufragar los gastos vinculados a las necesidades básicas de los pensionistas (principio de dignidad), limitándose la observación crítica a aspectos de carácter estrictamente jurídico previsional.

- Fundamentos de contenido esencial de la pensión (F:107)

De conformidad con lo establecido en el fundamento 107 de la sentencia, existe un deber por parte tanto del Estado como de la sociedad en asumir las prestaciones o regímenes ayuda ante la pérdida de la capacidad para el trabajo. Estamos así ante un rol proteccionista de seguridad social en su rol pensionario. Todo esto tal y como lo indican los artículos 10 y 11 de nuestra Constitución que permite la existencia paralela de regímenes públicos privados.

Cabe precisar sin embargo, que tanto en la definición doctrinaria en los tratados internacionales ratificados por el Perú no se establece una definición del concepto “pensión”, aunque sí se recogen algunas directrices, tal y como lo menciona Abanto Revilla.

Al margen de su definición, el concepto como tal es recogido y protegido constitucionalmente por lo que a partir 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 ante las deficiencias sobrevinientes con la incapacidad del trabajador para poder trabajar y procurar sus condiciones de vida de manera digna.

Por otro lado, el reconocimiento del derecho a la pensión, tal y como ha sido desarrollado en el fundamento 107 de la sentencia, establece ya que el derecho de la pensión se desprende de una interpretación que indubitadamente deriva de la dignidad humana ante los eventos de incapacidad para trabajar, lo cual –si bien no fue mencionado en este fundamento- es evidente que se sustenta en el art. 3 de la Constitución que no excluye aquellos otros derechos que se funden en la dignidad del hombre y que no se encuentren en la enumeración del artículo 2.

De esa manera, ya teniendo en cuenta la categoría de derecho fundamental que ostenta el derecho a la pensión, es lógico que el fundamento 107 acoja los elementos del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, que como vimos, está constituido por los tres elementos: el derecho de acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima vital.

Así, a través del derecho fundamental a la pensión. 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.

- Pensión Mínima. Criterios para establecer una pensión mínima

De acuerdo a lo establecido por el Tribunal, este considera necesario que la pensión 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. Esto con el fin de poder manejar criterio ante fenómenos económicos.

Es por ello que, el criterio establecido como parámetro de referencia para determinar la pensión mínima vital debe ser un porcentaje de alguna unidad de medición monetaria, tal y como resulta evidente. 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.

De este modo, el pronunciamiento del Tribunal constitucional reconoce la necesidad de adoptar un criterio de determinación mínima de la pensión que, debido a los cambios que hemos visto con el paso de los años sobre la materia, no pueden quedar sin fijarse o tener algún criterio de determinación pues, al margen de los cambios económicos propios de un dinamismo en materia previsional, el sólo reconocimiento de que haga necesario fijar montos mínimos es una expresión de búsqueda de la igualdad y garantía de contar con un mínimo de aseguramiento para lograr una condición de vida del pensionista que se funde en la dignidad del ser humano, expresión inherente al derecho fundamental que venimos desarrollando a lo largo del este análisis.

- Análisis complementado con la STC 1417-2005-AA/TC. ¿cuándo puedo acudir al amparo para reclamar derecho a la pensión?

Continuando con el desarrollo del presente trabajo sobre el análisis de la sentencia el Expediente N° 050-2001-AI/TC, consideramos pertinente mencionar que, por otro lado, con fecha 12 de julio del mismo año, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la sentencia recaída en el Expediente 1417-2005-AA/TC seguido por Manuel Anicama Hernández, fallo mediante el cual el Tribunal ha establecido las pretensiones que merecen una tutela a través del proceso constitucional de amparo.

Efectivamente, la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional establece en el fundamento número 37 aquellas pretensiones cuya protección merece ser garantizada a través de un proceso de Amparo, toda vez que **forman parte del contenido esencial** del derecho fundamental de la pensión –al cual aludimos anteriormente- y que se trataría de:

- i. La denegatoria de acceso a iniciar aportaciones al sistema de seguridad social.
- ii. La denegatoria de reconocimiento de pensión de jubilación, cesantía o invalidez, a pesar de cumplir los requisitos legales establecidos.

- iii. Aquellas que buscan preservar el derecho concreto a un mínimo vital.
- iv. La denegatoria de otorgamiento de pensión de sobrevivencia (viudez, orfandad o ascendientes), a pesar de haber cumplido los requisitos legales.

Siguiendo con el fundamento 37 de la citada sentencia, esta precisa que las pretensiones referidas al **reajuste pensionario o al tope máximo deben ser expuestas en la vía judicial ordinaria**; de igual manera, se establece que las pretensiones vinculadas a la nivelación o aquellas que aleguen la aplicación de los derechos adquiridos no son susceptibles de protección a través del amparo por haber sido proscritas constitucionalmente

Como se observa, a través de esta sentencia lo que se aprecia es el intento por restringir el acceso al amparo en dicha materia, limitándola a los casos en que la afectación tiene referencia directa con el contenido constitucionalmente protegido (el cual mencionamos anteriormente) por el derecho a pensión, conforme requiere como supuesto de procedencia el artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

- Análisis de lo dispuesto por el TC respecto de los niveles de protección del derecho a la pensión.

El derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en nuestra Constitución en el artículo 10 como un “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”.

Así resulta menester concluir que la figura jurídica de la seguridad social como una garantía institucional, una que tanto obliga como vincula al estado a tener una función social. Esta inevitable vinculación de la seguridad social, como garantía institucional que la Constitución reconoce, está blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido (recordemos el concepto del núcleo duro de un derecho el cual es intangible y no susceptible de afectación). Por ende, debemos entender que la modificación (no sustancial del derecho mismo) no vulnera esta garantía institucional ya que el estado seguirá manteniendo

la función de beneficiar a los trabajadores con el derecho de pensión como estructura de sus funciones sociales del estado.

Partiendo de la concepción de que la seguridad social va estrechamente ligada con el derecho a la pensión o a la inversa es que veremos por qué los demandantes consideran que la modificatorias atentan contra la justicia y equidad del régimen pensionario así como las contraposiciones en lo referente a la nivelación de pensiones y como estas vulneran el contenido esencial de las pensiones.

En ese sentido, resulta pertinente indicar que recordar que:

Según los demandantes, el nuevo régimen pensionario no se sustenta en el valor de la justicia “(...) 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 la competencia del legislador ordinario para la reforma constitucional”.

Sin embargo, como ya hemos mencionado anteriormente, el Tribunal dejó establecido que no existió o se produjo la afectación del derecho a la pensión y la seguridad social, en todo lo referente a la nivelación de las pensiones de jubilación, ya que de ningún modo se vulneró el derecho fundamental a la pensión en su contenido esencial, y que el contenido esencial del derecho a la pensión está constituido por los elementos de acceso a una pensión, no ser privado arbitrariamente de ella y percibir una pensión mínima vital llevando a que todas las personas que puedan acceder a una pensión se les garantice llevar una vida en condiciones de dignidad, lo que le da el carácter de derecho fundamental y garantía de protección de los pensionistas.

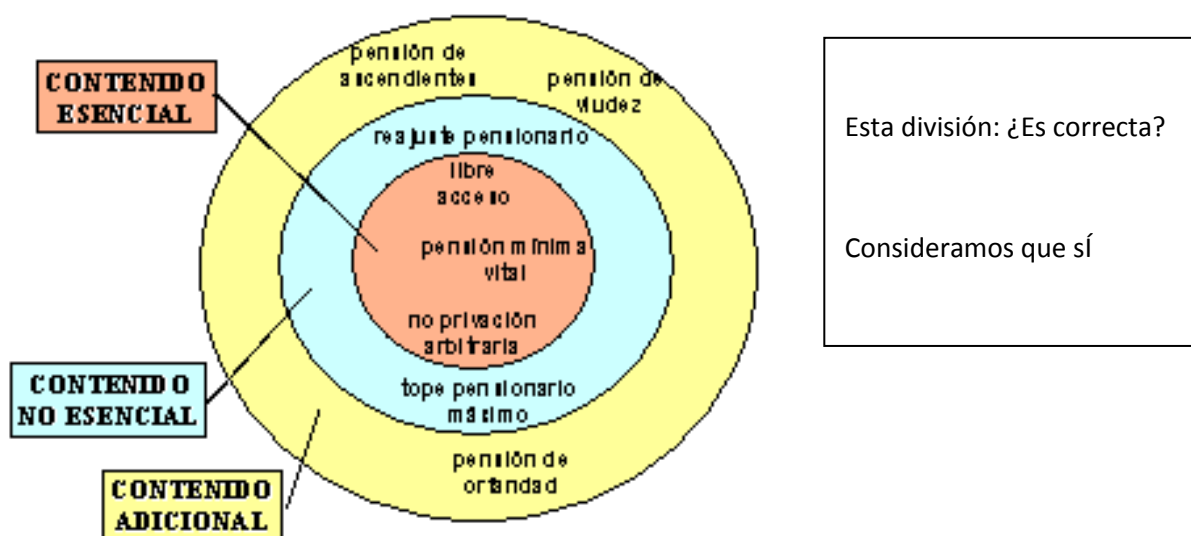
❖ Conclusiones

Podemos concluir diciendo que los alcances que tiene la sentencia materia de análisis tienen muchas repercusiones en el contexto actual y sobre el futuro, esto debido a que el tema de la seguridad social tiene un innegable arraigo económico, político y social, por lo que resulta evidente que el análisis elaborado y los alcances brindados por el Tribunal Constitucional no signifiquen

sino una consecuencia de ese carácter dinámico que envuelve el tema pensionario que como se sabe guarda una evolución progresiva acorde al contexto socio económico de cada ordenamiento.

Por otro lado, podemos afirmar que de las sentencias revisadas que el Tribunal debió recurrir al uso de criterios mucho más amplios en relación a aquel sector que inminentemente sería afectado por las modificaciones que se han dado en el régimen pensionario.

Finalmente, del repaso de los fundamentos brindados por el Tribunal Constitucional así como de los conceptos proporcionados por la doctrina, podemos concluir que promulgación y entrada en vigencia de las Leyes 28389 y 28449, no constituyen una vulneración del contenido esencial del derecho de la pensión, la seguridad social y asimismo la reforma constitucional observada. Asimismo, a manera de reflexión para el posterior análisis de las circunstancias que, consideramos se darán con el paso del tiempo, debemos tomar en cuenta que la reforma no debería constituir un tema de discrepancia o conflicto entre los beneficiarios del régimen pensionario y el Estado, sino que se puede presentar como una oportunidad para poder lograr una unificación de lo que significan los regímenes previsionales que, como bien se sabido, adolecen de muchos defectos que deben ser atendidos progresivamente.



Bibliografía

1. ABANTO REVILLA, César. “Comentarios sobre el Proyecto de Reforma Constitucional del Decreto Ley N° 20530”.
2. ABANTO REVILLA, César. “El Contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.
3. STC 1417-2005-AA/TC
4. STC 050-2004-AI-TC
5. Blog de César Jesús Pineda Zevallos informes legales de contenido constitucional y procesal constitucional, análisis de jurisprudencias del Tribunal Constitucional.