

Sentencia del Tribunal Constitucional en los expedientes N° 050-2004-AI/TC y otros

(Extractos referidos a las consideraciones del TC sobre la reforma constitucional)

(Lima 03 de junio de 2005)

Transcribimos a continuación los extractos pertinentes al tema de este número de nuestra revista, desarrollada por el TC al tratar el tema de la Reforma del sistema pensionario del régimen 20530. Se trataba en este caso de un 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. El Tribunal al resolver el caso declaró infundadas las demandas contra la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, así como fundadas en parte las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley N° 28449 (la numeración de párrafos de la sentencia se corresponde con la publicada en la página web del TC. www.tc.gob.pe)

Expedientes acumulados:

050-2004-AI/TC

051-2004-AI/TC

004-2005-AI/TC

007-2005-AI/TC

009-2005-AI/TC

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL
PERÚ DEL 3 DE JUNIO DE 2005

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.

§1. 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

«(...) 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»[1].

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»[2].

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.

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 íter 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.

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»[3].

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.

§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».

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.
(...)

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 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»[5].

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»[6].

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»[7].

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.

17. El Poder Constituyente y el Tribunal Constitucional

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones 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 omnicompreensivo 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»[8].

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 afiliados tengan la oportunidad de acceder a pensiones que les garantice niveles de vida acordes con su dignidad humana»[9].

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’.

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 reafirmar 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»[10].

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.

§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»[11].

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»[12].

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»[13].

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. 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[14]. 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.

28. La firma del Vicepresidente de la República

El apoderado del demandado contradijo 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[15].

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[16].

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[17].

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 íter 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»[18].

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 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»[19].

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»[20].

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»[21].

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 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»[22].

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 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 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»[23].

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.

39. 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 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, llegando su tercera edad, gocen razonablemente de una vida digna.

NOTAS

1. 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.
2. DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid, Tecnos, 1985. p. 53.
3. LUCAS VERDÚ, Pablo. El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid, Reus, 1985. p. 206.
4. TRIEPEL, Heinrich. Derecho público y política. Madrid, Cívitas, 1986. 1ª reimpr. p. 42.
5. Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI/TC, pp. 78-91.
6. 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.
7. HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 74.
8. JUST DA COSTA E SILVA, Gustavo. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Río de Janeiro – Sao Paulo, Renovar, 2000. p. 69.
9. 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.
10. HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, CEC, 1983. p. 91.

11. Demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-PI, p. 28.
12. Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-PI, p. 8.
13. DE CABO MARTÍN, Carlos. La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho. Madrid, Trotta, 2005. p. 44.
14. Intervención inicial del abogado del Colegio de Abogados del Cusco (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
15. Contestación del apoderado del Congreso de la República (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
16. Intervención inicial del abogado del Colegio de Abogados del Cusco (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
17. Contestación del apoderado del Congreso de la República (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
18. 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.
19. Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 41.
20. Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 29.
21. Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 21.
22. 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.
23. MCILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid, CEC, 1991. p. 37.

