

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de reforma constitucional del sistema pensionario

(presentado por el Estudio del Dr. Carlos Blancas
Bustamante)

EXP. 007-2005-PI

Escrito No. 1

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

LOS CIUDADANOS, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, conforme a la Resolución No. 030-2005-JNE, todos señalando dirección domiciliaria en Huayna Cápac 1105, Jesús María y domicilio procesal en la Casilla N° 5116...del Colegio de Abogados de Lima, a Usted, atentamente decimos:

Que al amparo de los artículos 200 numeral 4, 202° numeral 1 y 203° de la Constitución Política, y los artículos 98° y siguientes del Código Procesal Constitucional, interponemos ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD contra el Artículo 3° de la Ley N° 28389 «**Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.**».

I. PETITORIO.

Solicitamos al Tribunal Constitucional que:

1. Declare INCONSTITUCIONAL, por el fondo, el artículo 3° de la Ley N° 28389 por el cual se sustituye el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

2. Asimismo, extienda la declaración de inconstitucionalidad, por conexión o consecuencia, a la **Ley N° 28449, «Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530»,**

publicada en el diario oficial «El Peruano» el 30 de Diciembre de 2004, así como a las demás normas legales que se hayan dictado, o se dicten después de interpuesta la presente demanda, y que tengan como fundamento el nuevo texto constitucional, aprobado por la Ley No. 28389.

II. ANTECEDENTES: LA REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA PREVISIONAL.

1. Contenido de la reforma constitucional.

Mediante la Ley N° 28889, publicada en el diario oficial «El Peruano» el día 17 de Noviembre del 2004, se modifican los Artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política.

Es materia de la presente acción de inconstitucionalidad, el artículo 3° de la precitada ley, que modifica la última de las normas antes mencionadas, en la cual se encontraba consagrado el respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria.

El referido precepto, dice lo siguiente:

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

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

«Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.
2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

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

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

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

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

2. Los derechos adquiridos en el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

A efectos de que el Tribunal pueda apreciar cabalmente los efectos de la reforma constitucional sobre los derechos pensionarios derivados del mencionado régimen previsional, presentamos, a continuación, una breve reseña acerca de éste.

2.1 El régimen previsional de los servidores del Estado, fue regulado por el Decreto Ley N° 20530, expedido el 26 de Febrero de 1974. Esta norma sustituyó la anterior *Ley de Goces del 22 de Enero de 1850*, que regulaba las pensiones de cesantía de los servidores del Estado.

Las características básicas de este régimen pueden resumirse en las siguientes:

a) A los servidores públicos comprendidos en este régimen, les corresponde el derecho de percibir una pensión de cesantía o jubilación, al completar un ciclo laboral, o tiempo de servicios, de 30 años en el caso de los varones y 25 años en el caso de las mujeres. El monto inicial de dicha pensión es equivalente al íntegro de la última remuneración percibida por el trabajador al momento de su cese en el servicio.

b) No obstante, los servidores públicos, comprendidos en este régimen, pueden acogerse a la pensión de cesantía siempre que hayan cumplido 15 años de servicios, los varones, y 12 años y 6 meses las mujeres. En este caso, el monto de la pensión se fija proporcionalmente

a los años de servicios, a razón de una treintava parte por año en el caso de los varones y una veinticincoava parte por año en el caso de las mujeres.

c) Los servidores que han cumplido 20 años de servicios, tienen derecho a que su pensión se nivele u homologue, es decir, que su monto sea igual a la remuneración que percibe el servidor en actividad que desempeña el último cargo o puesto ocupado por el pensionista. Este, por tanto, tiene derecho a los reajustes o incrementos que perciba el servidor activo, por lo que se denominó a este sistema como «cédula viva. Cabe puntualizar que quien no ha cumplido 30 o 25 años de servicios, según sea hombre o mujer, pero sí 20 o más, tiene derecho a pensión nivelable, aunque dicha pensión no es completa, conforme a lo indicado en b).

d) El sistema es financiado con aportes del trabajador y del empleador (Estado), equivalentes, en cada caso, al seis por ciento (6%) de la remuneración del trabajador. Dichos recursos deben constituir el Fondo de Pensiones, que debe mantener cada entidad estatal.

e) El régimen pensionario DL 20530, quedó cerrado, es decir impedido de recibir nuevos beneficiarios, desde la fecha de la vigencia de esta norma, siendo únicamente aplicable a los servidores del Estado que a esa fecha, pertenecían al régimen previsional regulado por la Ley de Goces de 1850. No obstante, diversas leyes dictadas, principalmente hasta 1985, reabrieron, parcialmente, el régimen a algunos grupos de servidores, en razón de circunstancias excepcionales.

2.2 Es importante resaltar que la característica central de este régimen, que consiste en el derecho a la nivelación de la pensión («cedula viva»), que permite a ésta conservar su valor real, fue elevada a la jerarquía de norma constitucional por la *Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979*. Esta dice:

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

En tal virtud, el derecho a la pensión nivelada y homologada («cédula viva») que hasta antes de la Constitución de 1979 tenía un origen exclu-

sivamente legal y que se adquiría a los 30 años de servicios y 60 de edad, en el caso de los varones, y a los 25 años de servicios y 55 de edad en el caso de las mujeres, adquirió rango de «**derecho constitucional**», siendo su único requisito, a partir de ello, contar con 20 años de servicios en el sector público.

2.3 Al dictarse la Constitución actual del Perú (1993), ésta en su Primera Disposición Final y Transitoria, estableció lo siguiente:

«Los nuevos regímenes sociales obligatorios que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.»

De esta forma, la Constitución peruana actual, garantizó el respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria dentro del régimen del D.L.20530 y, obviamente, al amparo de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, salvaguardándolos frente a cualquier reforma legal que pueda, de una u otra manera, afectarlos o disminuirlos. Esta decisión, del constituyente del 93, obedeció, sin duda alguna, al hecho de tratarse de «derechos adquiridos constitucionales», toda vez que esa es la jerarquía concedida por la constitución precedente al derecho a la nivelación de las pensiones.

2.4 No obstante la nitidez de estas disposiciones constitucionales, en varias ocasiones los gobiernos, especialmente a partir de 1990, pretendieron desconocer el derecho a la nivelación, introduciendo «topes» o montos máximos a la pensiones. Invariablemente, la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional calificaron a tales normas como inconstitucionales, las inaplicaron y ordenaron la restitución a los pensiones de su derecho a pensión nivelada.

Uno de los más importantes intentos de poner fin a la nivelación se plasmó en el Decreto Legislativo N° 817, «Ley del Régimen Previsional de los Servidores del Estado», expedido el 22 de Abril de 1996, cuya Sexta Disposición Complementaria señaló lo siguiente:

«El tope a que se refiere el artículo 2º, numeral 3 de la Ley N° 26667 aplicable a las pensiones derivadas del régimen provisional del D.L. 20530 queda fijado en el sueldo de un Congresista.

Esta disposición entrará en vigencia a partir del 1º de Julio de 1996.»

Al afectar esta norma las pensiones adquiridas antes de su entrada en vigencia, las cuales no se encontraban sujetas a topes o monto máximos, los interesados interpusieron una Acción de Inconstitucionalidad, que motivó la Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de Abril de 1997 (Exp.Nº008-96-I/TC), en la que el máximo intérprete de la Constitución aseveró lo siguiente:

«Siendo el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley Nº 20530, 1) tener la calidad de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5º del mismo, y 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces, derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente»

Como resulta evidente la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos de aquel grupo de personas que tienen bajo el criterio antes mencionado un derecho adquirido, razón por la cual la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional.»(subrayado es nuestro)

Más aún, la mencionada Sentencia del TC, extiende sus efectos, al interpretar quienes gozan de derechos adquiridos en materia pensionaria, dentro del régimen provisional del D: 20530, no sólo a quienes al dictarse el D.Leg. 817 tenían la condición de jubilados o cesantes sino a quienes hubieran, a esa fecha, cumplidos los requisitos fijados por la ley para acceder a una pensión nivelable. Expresa la sentencia, al respecto:

«Es así que aquellos que se encontraban bajo el amparo del régimen del Decreto Ley 20530 que hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817, ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por la norma, esto es, haber laborado veinte o más años de servicios; tienen derecho a una pensión nivelada, conforme lo dispuso en su oportunidad el Decreto Ley 20530 y sus modificatorias».

Por el contrario, «aquellas personas sujetas al régimen del Decreto Ley Nº 20530 que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 817, esto es el veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis-

no alcancen 20 años de servicios, no tendrán derecho a una pensión nivelable con las condiciones que establece el mencionado Decreto Ley, pues aún no habrían adquirido tal derecho, estando sujetos al régimen de pensión nivelada bajo las condiciones que establece el Decreto Legislativo 817 en su artículo 7º»

En conclusión, el TC declara que:

«La aplicación retroactiva de la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional, por cuanto viola el artículo 103º de la Constitución y atenta contra los derechos adquiridos de quienes estén sujetos al régimen provisional del Decreto Ley N° 20530.»

En resumen, conforme a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, las personas que tienen un derecho adquirido a pensión nivelable u homologada, dentro del régimen pensionario del D.L. 20530 son las siguientes:

a) Quienes tenían la condición de pensionistas al entrar en vigencia el Decreto Legislativo 817 (24.Abril.1996) y percibían su pensión de jubilación con derecho a nivelación; y

b) Quienes teniendo la condición de servidores activos, a esa misma fecha contaban con veinte o más años de servicios, teniendo por tanto derecho, al momento de jubilarse, de gozar de pensión nivelable («cédula viva»).

Por consiguiente, en virtud de esta misma sentencia, el TC no considero inconstitucional establecer un tope a las pensiones del régimen del D.L.20530, siempre que dicho tope no se aplique a los pensionistas ni a los servidores activos con 20 o más años de servicios, a la fecha de entrar en vigencia el Decreto .Legislativo N° 817.

Posteriormente, la Ley N° 28047, vigente desde el 1º de Agosto de 2003, estableció en su artículo 2º lo siguiente:

«El monto máximo de las pensiones derivadas del régimen provisional del Decreto Ley N° 20530, que se generen a partir del 1 de Agosto de 2003, no podrán exceder de 1 U.I.T»¹

1. La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es una unidad de referencia que se aplica exclusivamente para fines tributarios. Su monto es fijado cada año por el Poder Ejecutivo, siendo actualmente para el Ejercicio Fiscal de 2005, de Tres Mil, Trescientos Nuevos Soles. (S/ 3,300.00)

El análisis precedente nos permite concluir que actualmente, y desde el 24 de Abril de 1996, las pensiones derivadas del D.L. 20530 están afectas a un tope o monto máximo, que inicialmente fue fijado por el Decreto Legislativo N° 817 y, posteriormente, fue reducido por la Ley 28047. No obstante, dicho tope, hasta la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Constitucional (en adelante LRC) no es aplicable a las pensiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la primera de dichas normas ni tampoco a las que se otorguen, en el futuro, a los actuales servidores activos que a esa fecha (24.04.96) ya habían cumplido 20 años de servicios.

Esta conclusión nos lleva a establecer, claramente, cual es el ámbito, y el propósito, de la LRC, la cual elimina la garantía de los derechos adquiridos para que sea posible –jurídicamente- modificar legalmente el régimen del D.L. 20530, imponer topes o, incluso, reducir las pensiones que tienen la condición de «derecho adquirido».

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional deja en claro este objetivo cuando señala que:

«Esta Interpretación hace más rígido aún el marco constitucional e imprescindible su reforma, puesto que cualquier modificación legislativa no tendría en la práctica ningún ámbito de aplicación dado que la abrumadora mayoría de trabajadores pertenecientes al régimen del Decreto Ley N° 20530 ya ha cumplido los requisitos.»

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. LA LEY N° 28389 TRASGREDE LOS LÍMITES MATERIALES DE LA POTESTAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL. EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA ES INCOMPETENTE PARA MODIFICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN.

Conforme lo señala el artículo 200 inciso 4 de la Constitución, la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas con rango de ley que «contravengan la Constitución en la forma o en el fondo».

En el caso presente, tratándose de una ley de reforma constitucional, que ha sido aprobada observando el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución, el vicio de inconstitucionalidad se refiere al fondo de dicha ley, en cuanto el contenido de esta excede a la potestad de reformar la Constitución asignada al Congreso en dicho precepto y trasgrede los límites materiales de la reforma constitucional.

Sobre la existencia de límites materiales a la reforma de la Constitución y la competencia del Congreso en materia de reforma constitucional.

A. SEGÚN LA DOCTRINA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

1) Poder Constituyente y poderes constituidos.

En efecto, la facultad de «reformular» la Constitución, que el artículo 206º atribuye al Congreso, como expresión del Poder Legislativo, no es una facultad absoluta e ilimitada, sino que se encuentra sometida a «límites», los cuales derivan de la distinción, fundamental para el Derecho Constitucional, entre el «Poder Constituyente» que, en principio, es originario, absoluto e ilimitado, y el «Poder Constituido» que es derivado, relativo y, por tanto, limitado.

Afirma, al respecto, Carl Schmitt: «Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política como un todo.»²

El Poder Constituyente es el creador de la Constitución y, por ello, de los poderes que esta establece, que por esta razón tienen la condición de «poderes constituidos». En tal sentido, Schmitt sostiene que «El Poder constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos «poderes» (Legislativo, Ejecutivo y Judicial...). Es la base que abarca todos los otros «poderes» y «divisiones de poderes».³

Explicando esta fundamental distinción, Pérez Royo sostiene: «Aquí, precisamente, es donde radica la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Mientras que estos son poderes de naturaleza jurídica, en la medida en que su formación y el ejercicio de sus competencias están definidos en la Constitución, el poder constituyente, por ser él mismo el origen de todo derecho, no puede tener tal naturaleza. El poder constituyente es previo al derecho, opera en una suerte de vacío jurídico y, en consecuencia, no puede ser interpretado jurídicamente.»⁴

De la distinción entre «poder constituyente» y «poderes constituidos» se desprende, otra no menos importante, entre «poder constitu-

2. Schmitt, Carl, «Teoría de la Constitución», Alianza Editorial, Madrid, m1982, p..p.93-94.

3. Ibídem, p.95.

4. Pérez Royo, «Curso de Derecho Constitucional», 9na Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2003, p.117.

yente originario» y «poder constituyente derivado», correspondiendo este último al Poder Legislativo en aquellos casos en que la Constitución le atribuye la competencia de reformar la Constitución (Poder reformador o poder de revisión). Es en relación a esta competencia que se plantea la cuestión de los límites a la reforma constitucional, o, desde otra perspectiva, la de establecer si dicha competencia para reformar la Constitución es materialmente ilimitada y, por tanto, es equivalente al propio Poder Constituyente o si, por el contrario, se encuentra sujeta a determinados límites materiales, en cuyo caso dicha competencia no es equivalente sino subordinada al Poder Constituyente.

2) Los límites a la reforma constitucional.

Refiriéndose a la potestad de reformar la Constitución, señala, Pedro de Vega que «...el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre»⁵

En sentido coincidente, señala Lucas Verdú que «el poder de revisión constitucional está también sometido a limitaciones. Cuando se afirma la limitación del poder de revisión constitucional no sólo se apunta que está vinculado a las condiciones y procedimientos para su ejercicio por el texto que lo ha instituido, sino, además, que es incompetente para abrogar la Constitución existente y elaborar otra nueva.»⁶

Admitida pacíficamente en la doctrina, la función innovadora de la reforma constitucional en cuanto esta «tiene carácter esencialmente integrador, en la medida que intenta acomodar a las normas con la realidad, en gracia, precisamente, de la misma permanencia de la Constitución»⁷ y, admitida, igualmente la existencia de límites o requisitos procedimentales a los que debe ajustarse toda reforma constitucional, se plantea la cuestión de los límites materiales o sustanciales a la misma, esto es la existencia de materias vedadas o sustraídas a la potestad de reforma constitucional, en la medida que su eventual reforma pondría en peligro la identidad o continuidad de la constitución.

-
5. De Vega, Pedro, «La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente», Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p.65.
 6. Lucas Verdú, Pablo, «Curso de Derecho Político» Volumen III, Editorial Tecnos, Madrid, 1986,p.591.
 7. Ibídem, p.650.

Al respecto, refiriéndose a las posibilidades de actuación del poder reformador, De Vega afirma que «Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presenta como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión. Lo que, dicho en otros términos, equivale a indicar –como advirtiera Marbury– que el poder de reforma, que tiene la competencia para modificar la Constitución para lo que no la posee, es para destruirla»⁸

Para Lucas Verdú tales límites son aquellos que salvaguardan la «Constitución sustancial» o la «fórmula política» de la Constitución, y su existencia se encuentra plenamente justificada por constituir «una garantía indispensable para el mismo mantenimiento de la Constitución, para que conserve su identidad pese a las modificaciones integradas en su contenido,⁹ de manera que aunque se hayan reformado parte enteras se mantendrá la continuidad de la misma Constitución, en tanto se hayan respetado tales límites.»

Dichos límites materiales pueden, a su vez, ser explícitos o implícitos. En el primer caso, se identifican con las denominadas «cláusulas pétreas», también llamadas «intangibles». Haberle, por su parte, engloba ambas clases de límites materiales bajo el concepto de «cláusulas de eternidad»¹⁰

La existencia de disposiciones «pétreas» facilita la labor del legislador y, llegado el caso, la del órgano de control de la constitucionalidad, en orden a juzgar acerca de la validez constitucional de una ley que modifique lo prohibido por aquella disposición. No obstante, la inexistencia de dichas cláusulas expresas en el texto constitucional no equivale a la ausencia de límites materiales a su reforma, sino a que estos se presenten como cláusulas intangibles implícitas, entendiendo por tales aquellas cuya supresión o modificación conlleva la alteración radical o sustancial de la ley fundamental.

8. De Vega, op.cit.,p.p. 237-238.

9. Lucas Verdú, op.cit.,p.650.

10. Haberle, Peter, «El Estado constitucional», Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2003., pag.145 y sgts.

En efecto, el reconocimiento de límites materiales implícitos obedece a la necesidad de preservar vigentes los contenidos esenciales de la Constitución evitando que por la vía de su reforma aquella sea suprimida, destruida o desnaturalizada.

Por eso, con su indiscutible autoridad, el maestro Carl Schmitt, sostuvo que la facultad de reformar la Constitución «...significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo.»¹¹

De Vega, por su parte, sostiene que «porque toda Constitución se identifica con un régimen político determinado y con una fórmula política que materialmente define y socialmente legitima, el ordenamiento legal, es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional.»¹²

Así, pues, toda Constitución contiene un conjunto de valores, principios y decisiones fundamentales que determinan su contenido esencial, su propia naturaleza, es decir, el «modo y forma de la propia existencia política»¹³. De allí que, aún cuando no exista un límite expreso, Schmitt considere que no hay reforma sino «destrucción» de la Constitución si, por la vía de la reforma, se sustituye el poder constituyente del pueblo por el principio monárquico¹⁴ y De Vega opina que si, por ejemplo, el parlamento español, por la vía de la reforma constitucional, suprimiera el artículo 1.2 de la Constitución, que consagra que «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado», ello equivaldría a la destrucción de la Constitución y la supresión del régimen político actual.¹⁵

Ello significa que la existencia o inexistencia de límites materiales expresos, no constituye criterio suficiente para determinar el ámbito

11. Schmitt, Carl, op.cit.,p.119.

12. De Vega, op.cit.,p.285.

13. Schmitt, op.cit.,p.p.93-94.

14. Ibidem,p.119.

15. De Vega, op.cit.,p.p.285-286.

de la competencia del poder reformador pues este, por naturaleza, es siempre limitado, ya que los contenidos sustanciales de la Constitución se encuentran sustraídos de dicho ámbito, al reconocerse la existencia de los límites implícitos. Por ello, con sobrada razón, Haberle afirma que «Las cláusulas de eternidad son parte inmanente, escrita o incluso no escrita, de las Constituciones del Estado constitucional, en la medida que sean interpretadas desde un enfoque material»¹⁶

La existencia de tales cláusulas o límites determina, a su vez, el ámbito de la competencia del Poder Legislativo en materia de reforma constitucional, al circunscribirla a aquellas disposiciones cuya modificación o supresión no afectan la sustancia de la Constitución.

Al respecto, Schmitt afirma: «La competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo no ilimitada; pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal sentido, «competencia» auténtica. En el marco de una regulación legal-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada.»¹⁷

Concluye, por ello, que «Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del Poder constituyente (...) y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional.»¹⁸

B. SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la *Sentencia del 22 de Enero del 2002, Expediente N° 014-2002-AI/TC*, recaída en la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cuzco contra la Ley N° 27600, ha definido su posición acerca de los límites del poder de Reforma Constitucional.

16. Haberle, op.cit.,p.146.

17. Schmitt,op.cit.,p.118.

18. Ibídem, p.120.

Como punto de partida, para luego fundamentar la existencia de los límites a la reforma constitucional, sostiene el TC que: «...suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional»..

Y, asimismo, que «De las características atribuidas al Poder Constituyente queda claro que aquel, en cuanto poder creador es único en su género, y que de él derivan a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución.» (FJ.61)

Concluye por ello que «...el Poder Constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son sus portavoces o hacedores de una tarea regulada regulada en sus lineamientos por la propia Constitución. Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente». (FJ.63)

En dicho fallo, el TC reconoce la existencia de *límites formales y materiales* a la reforma constitucional. Respecto a los primeros, señala que la Constitución establece los siguientes: a. Individualiza el órgano competente para la reforma que es «el Congreso de la República, en calidad de poder constituido» (Fundamento V, 5, 72, a); b. describe el procedimiento que ha de seguir dicho órgano para realizar la reforma, y c. establece si el proyecto de reforma es sometido o no a la ratificación del pueblo.

Pero, además, el TC reconoce la existencia de «límites materiales», afirmación de suyo trascendente en la medida que nuestra actual Constitución carece, en general, de normas pétreas, esto es, de límites materiales expresos o explícitos. Aquellos»...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» (Fundamento V,5,74,b).

Tales «parámetros» están conformados por «aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de podede

res, etc.). Sin ellos la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido.» (Fundamento V,5,b,75).

Continuando con su razonamiento, el TC concluye que los límites materiales «...están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución.» (Fundamento V,5,b,76).

A renglón seguido, la referida sentencia del TC precisa que los «límites materiales» puede ser de dos clases: expresos e implícitos. Los primeros corresponden a las denominadas «cláusulas pétreas», tales como las contenidas en las Constituciones de Francia, Italia, Panamá y, en el caso del Perú, las previstas en los artículos 183º de la Constitución de 1839 y en el artículo 142º de la Constitución de 1933.

Respecto a los segundos, la sentencia sub exámen indica: «Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aún 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» (FJ. V,5,b,76,ii).

Tales límites obligan al legislador ordinario y delimitan su competencia en materia de reforma constitucional pues, como igualmente, lo asevera: «...la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206º) de la Constitución, sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional.» (FJ.VII,99).

De este modo, la jurisprudencia del TC en materia de reforma constitucional asume la doctrina según la cual ésta posee no sólo límites formales, sino también, límites materiales y que estos, a su vez, de no ser expresos, pueden ser implícitos. Límites estos que delimitan, su vez, la competencia del Poder Legislativo y, en general, los poderes constituidos en materia de reforma constitucional, de manera tal 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.» (FJ.62)

1.2 Acerca de cuales son los límites materiales implícitos en la Constitución peruana.

Establecido que la reforma de la Constitución peruana debe respetar determinados «límites materiales implícitos», y a fin de establecer si la reforma efectuada mediante la Ley N° 28389, ha trasgredido dichos límites, nos toca, ahora, precisar cuales son estos, a la luz de la doctrina del derecho constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A. LOS LÍMITES MATERIALES IMPLÍCITOS EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.

Considera Haberle que las «cláusulas de eternidad» son aquellas que definen, total o parcialmente, «elementos de la «sustancia» de estas Constituciones»¹⁹, para luego afirmar que «Esta sustancia de las Constituciones comprende, tipológicamente hablando, los siguientes contenidos: los derechos fundamentales, con la dignidad humana en su vértice, porque ésta constituye la base antropológica; la democracia y la división de poderes»²⁰

Para Carl Schmitt, quien distingue entre la «Constitución», como decisión política de conjunto sobre el modo y forma de existencia de la unidad política, y la «ley constitucional» como expresión formalizada de aquella, que puede contener otras prescripciones legal-constitucionales que no tienen el carácter de decisiones políticas fundamentales, la reforma únicamente puede afectar a éstas últimas pero, en ningún caso ni circunstancia, a la primera. Afirma por ello: «Que «la Constitución» pueda ser reformada no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag.»²¹

Ahora bien ¿cuales son esas «decisiones políticas fundamentales» que quedan sustraídas al poder de reforma de la Constitución ¿. El propio Schmitt, con referencia a la Constitución alemana de 1919, nos dirá que estas son la decisión a favor de la democracia, la decisión a favor de

19. Haberle, op.cit.,p.146.

20. Loc.cit.

21. Schmitt, op.cit.,p.49.

la república y contra la monarquía, la decisión a favor de una estructura de forma federal, la decisión a favor de la forma parlamentario-representativa de gobierno y, finalmente, «la decisión a favor del Estado burgués de Derecho con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes»²²

Explicitando su pensamiento, con relación a la decisión política fundamental a favor de los derechos fundamentales, sostiene el ilustre jurista alemán que «Mediante normaciones constitucionales y legales pueden admitirse amplias intervenciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados. Pero tan pronto como el derecho fundamental es negado, la Constitución misma queda vulnerada. Una negación semejante no puede tener lugar en un Estado burgués de Derecho por medio de una ley de reforma de la Constitución;»²³

De Vega, por su parte, tras reconocer una cierta dificultad para precisar el contenido y alcance de los límites materiales implícitos, a diferencia de lo que ocurre con los límites expresos, en razón de la variedad de interpretaciones que pueden suscitarse, repasa los criterios de diversos autores sobre el particular señalando que para Neff tales límites consisten en el poder constituyente del pueblo, la esencia de los *derechos inviolables del hombre* y los principios fundadores de la estructura del Estado; que Ehmke los refiere a los *derechos fundamentales*, el pluralismo de partidos, la división de poderes e, incluso, la temporaneidad del presupuesto y que, finalmente, Giacometti alude a los *derechos fundamentales*, a la división de poderes y al principio de igualdad.²⁴ (subrayados agregados).

Concluyendo su repaso de las posiciones existentes sobre el contenido de los límites materiales implícitos, De Vega concluye que: «Se comprende de este modo el hecho de que, en la mayoría de los autores, al hacer el elenco de posibles límites materiales implícitos, aparezca siempre, junto al indiscutible axioma de la soberanía del pueblo, la referencia a contenidos, tanto orgánico-institucionales (división de poderes), como dogmáticos (derechos y libertades fundamentales)...»²⁵

De lo expuesto, se puede concluir que el contenido de los «límites materiales implícitos» a la reforma constitucional comprende, cuan-

22. Ibídem, p.p.47-48.

23. Ibídem,p.51.

24. Vid, De Vega, op.cit.,p.p.286-287.

25. Ibídem, p.290.

do menos, los fundamentos o principios del régimen político y los derechos fundamentales, y no solamente los primeros. Y ello porque, como lo señala Haberle, «Contenidos típicos del «Estado constitucional común» constituyen en particular: la dignidad humana y los derechos humanos; el principio democrático, la división de poderes (...) el Estado social de derecho»²⁶

B. EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En la ya citada sentencia del 22 de Enero del 2002, el TC ha precisado que los «límites materiales implícitos» están conformados por «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» (Fundamento V,5,b,76,ii)

Precisando, aún más, su posición, en especial respecto a los derechos fundamentales, erigidos en límites materiales, señala el TC que «...el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede «suprimir o disminuir los derechos fundamentales», pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título como éstos se hallen consagrados.» (Fundamento VII, 92,c.1).

Indica que si bien reconoce que no hay derechos «absolutos», pues, con escasas excepciones,, todos pueden ser regulados y limitados, no obstante «ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos» (VII,93) y que la validez de las limitaciones impuestas al ejercicio de un derecho «depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción»(FJ.VII,93).

Agrega que aún cuando nuestra Constitución, a diferencia de la alemana o la española, no contiene una disposición que ordene al legislador respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales «...es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que desde luego, en modo alguno, pue-

26. Haberle, op.cit.,p.147.

de equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente» (FJ.VII,94)

Sin embargo, la doctrina del TC no se circunscribe a reconocer la existencia de un límite implícito consistente en la obligación del legislador de respetar el «contenido esencial» de los derechos fundamentales a la hora de regularlos, sino que afirma la existencia, en la Constitución peruana de «*límites materiales expresos*» referidos a los derechos fundamentales. Así, señala lo siguiente:

«En definitiva, 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 pretende incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales.» (VII, 97)

De esta trascendente afirmación, el TC concluirá que:

«Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer «la disminución o supresión de los derechos fundamentales, *ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política*». (subrayado es agregado) (VII,96).

A sensu contrario, el TC sostendrá, entonces, que este límite sólo opera en sentido negativo para impedir que los derechos fundamentales puedan ser suprimidos o disminuidos «pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales» (VII,96).

De los textos transcritos fluye el pensamiento claro y preciso del TC en esta materia: 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 enunciados o reconocer nuevos derechos fundamentales.

Tal pensamiento es, además, congruente con la vocación expansiva que en materia de derechos fundamentales tiene nuestra Constitución, al señalar, en su artículo 3º que:

«La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

2. LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL ES INCONSTITUCIONAL PORQUE MODIFICA EN SENTIDO PEYORATIVO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA PROPIEDAD.

2.1 Estado Constitucional de Derecho y Derechos Fundamentales.

A. *Los derechos fundamentales como principios y valores superiores del Estado Constitucional.-*

El Estado Constitucional de Derecho adopta una decisión política fundamental a favor del ser humano y sus libertades y derechos fundamentales respecto a la comunidad y al Estado, en función a la cual el sentido y finalidad del Estado no es la potencia o el brillo de éste, sino la libertad del individuo y su plena realización y desarrollo; en tal sentido, la Constitución surge para la protección de los ciudadanos y sus libertades y derechos fundamentales frente al abuso del Estado y de sus poderes públicos.

Esta concepción humanista, oponible a las concepciones totalitarias del Estado, es la que se encuentra plasmada en el Artículo 1º de nuestra Constitución, que reza:

«La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.»

Esta norma de apertura de nuestro texto fundamental, no tiene por función, únicamente, la de servir de fundamento, y dotar de sentido,

al conjunto de los derechos fundamentales reconocidos en él, sino, igualmente, la de vincular a todos los poderes y autoridades del Estado, cuya actuación debe subordinarse, en cualquier aspecto, a la plena realización de este precepto, que expresa un valor esencial de nuestro ordenamiento constitucional.

Esta función ha sido reconocida, y realizada, por el Tribunal Constitucional en la *STC del 11 de Noviembre de 2003 (Exp:Nº 0008-2003-AI/TC)* al expresar:

«Los fundamentos axiológicos de la Constitución-cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales». (FJ.5)

Más adelante, la misma sentencia explica la función que cumple el valor de la «dignidad humana» en la interpretación de los derechos fundamentales y las decisiones económicas del Estado:

«&4.2.Dignidad de la persona humana.

14. Esta se encuentra consagrada en el artículo 1º del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, *no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana*, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, deber ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre. (subrayado agregado).

Así pues, de aquella decisión política fundamental se derivan los principios básicos que forman el contenido esencial de toda Constitución en el Estado de Derecho: los derechos fundamentales y la división de poderes. En este sentido, Carl Schmitt describe los elementos característicos de la Constitución del Estado de Derecho en la siguiente forma: «de la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuen-

cias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un principio de distribución: la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio. Segundo, un principio de organización, que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) se divide y encierra en un sistema de competencias circunscritas»²⁷.

A su vez, de estos principios, expresa que «el principio de distribución –libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del Estado, limitada en principio- encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación, Gobierno (Administración) y Administración de Justicia –Legislativo, Ejecutivo y Judicial-. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos de esos «poderes»²⁸.

En el Estado Constitucional de Derecho, «los derechos fundamentales son, entonces, siempre un límite para el Estado»²⁹.

B. *Los derechos sociales como derechos fundamentales*

En esta etapa inicial del Estado de Derecho liberal, los derechos y libertades fundamentales de los individuos a que se refiere son básicamente los llamados por cierta doctrina tradicional como «derechos civiles y políticos» (primera generación), para diferenciarlos de los «derechos sociales, económicos y culturales» (segunda generación). Al respecto, conviene recordar que «uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales impli-

27. Schmitt, Carl, op.cit p. 138.

28. *Ibidem*, pp. 138-139.

29. Häberle, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 73.

carían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público»³⁰.

Sin embargo, estas viejas diferencias y prejuicios frente a los derechos sociales y económicos han sido superados a partir del movimiento del constitucionalismo social que ha empujado, a partir del Siglo XX, a los Estados a establecer dos nuevas decisiones políticas fundamentales a favor de los derechos sociales y económicos y por el Estado Social como fórmula de organización política destinado a construir una sociedad más justa e igualitaria.

Estas diferencias y prejuicios ya no tienen sentido en el marco del Estado Social y de los derechos sociales y económicos pues en realidad todos los derechos tienen como fin la realización y el desarrollo de la persona humana, y no hay libertad del hombre sin que éste no cuente con los medios económicos para que pueda elegir libremente entre diversas opciones y para su desarrollo y realización personal. Expresión rotunda de esta equiparación entre los derechos fundamentales, que impide toda pretensión de relegar los derechos sociales a una segunda categoría de derechos, se encuentra en el *Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas*, cuando afirma lo siguiente:

«Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.»

En la etapa actual de desarrollo del Estado Constitucional de Derecho, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales y económicos se caracterizan por su «unidad» e «interdependencia» y por formar cada cual un «complejo de obligaciones negativas y positivas» por parte del Estado³¹.

30. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2002, p. 21.

31. Ibídem, pp. 29 y ss.

Si bien es cierto, las diferenciaciones y regulaciones independientes, por un lado: los derechos civiles y políticos, y por otro lado: los derechos sociales y económicos, sirven para dar mayores énfasis a sus características y a las obligaciones típicas del Estado respecto de cada conjunto, esto no debe alejarnos ni impedir establecer que en realidad es posible un tratamiento de ambos tipos de derechos en base a los principios de «unidad» e «interdependencia».

Una comprensión unitaria e interdependiente de los derechos es posible a partir de los cuatro niveles de obligaciones que postula Fried van Hoof frente a la clásica dualidad y oposición tradicional de las obligaciones negativas o de defensa y las obligaciones positivas o de acción por parte del Estado.

Antes de pasar a revisarla, es conveniente observar los cuestionamientos planteados por Víctor Abramovich y Christian Courtis a la clasificación tradicional de los derechos, en función al tipo de actuación que respecto de ellos corresponde al Estado.. Así, los derechos civiles y políticos no sólo imponen obligaciones negativas, o el deber de abstención, sino que requieren del cumplimiento de determinadas obligaciones positivas por parte del Estado; en tal sentido, se debe notar que «aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de «obligación negativa», es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares –por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados–, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos esa dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado»³².

En el sentido inverso, los derechos sociales y económicos comprenden deberes positivos, pero también obligaciones negativas, pues, si bien es verdad que «puede reconocerse que la faceta más visible de los

32. Abramovich y Courtis, op. cit., pp. 23-24.

derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina «derechos-prestación». Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente»³³.

Según la propuesta de van Hoof, explicada por Abramovich y Courtis, para todos los derechos, sean clasificados como civiles y políticos o como sociales y económicos, «podrían discernirse cuatro «niveles» de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar, y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien»³⁴. Aquí se observa que «ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas»³⁵.

A su criterio, «este marco teórico refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos»³⁶. En tal sentido, a título de ejemplo, «la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse –mediante la protección policial–, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general»³⁷ y «paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requie-

33. *Ibidem*, p. 25.

34. *Ibidem*, pp. 28-29.

35. Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 29.

36. *Loc. cit.*.

37. *Loc. cit.*

ren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado»³⁸.

Por ello, en esta etapa del Estado Social, los derechos fundamentales, sean civiles y políticos, como sociales económicos comparten un tratamiento unitario e interdependiente, del que se deriva un conjunto de obligaciones y prestaciones positivas y negativas por parte del Estado para el desarrollo libre e igualitario de las personas en la comunidad.

C. *La protección constitucional de los derechos fundamentales*

La declaración solemne de los derechos que formula la Constitución: la «constitucionalización de los derechos», que, como antes lo hemos señalado, tiene su punto de partido en el artículo 1º de nuestra Constitución, tiene por fin reconocerlos como los principios y valores materiales que presiden e integran a la comunidad en su conjunto, cuyo respeto y favorecimiento son imprescindibles para la realización libre y el desarrollo pleno de las personas en una sociedad democrática; y que, por tanto, los poderes públicos del Estado están prohibidos de efectuar acciones u omisiones que lesionen estos derechos, quedando obligados, por el contrario, a respetarlos y favorecerlos, mediante la adopción de las medidas que tiendan a su realización efectiva. De esta manera, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución son preservados del accionar abusivo o indolentes de los poderes del Estado, tanto del legislador como de la administración.

En especial, la protección constitucional de los derechos frente al poder del legislador consiste precisamente en que «la Constitución, elevando las libertades al rango de normas constitucionales, establece para el legislador la prohibición de privar al derecho fundamental de su rango constitucional –por ejemplo, a través de la introducción de excepciones, como reservas de ley u otras normas constitucionales (expropiación, nacionalización, relaciones de supremacía especial). No por nada se trata de derechos fundamentales. El concepto mismo de Constitución incluye la exigencia de la garantía de la Constitución misma, vale decir una protección del legislador ordinario. Justamente en esto se encuentra su particularidad»³⁹.

38. Loc.cit.

39. Peter Häberle, «La Libertad...», pp. 98-99.

En consecuencia, a los derechos fundamentales se les atribuye el carácter de «regla»: la Constitución reconoce normativamente a los derechos fundamentales para que éstos sean cumplidos y efectivizados en la realidad social por el Estado y por todos, y también reconoce al titular el poder suficiente para exigirlos y reivindicarlos en los casos que les sean negados y no sean cumplidos. Sobre el carácter de regla de los derechos se entiende que «es propósito de una Constitución el que, por medio de la garantía de los derechos fundamentales, la normatividad se acompañe «paralelamente» a la normalidad»⁴⁰, «en el caso de los derechos fundamentales el legislador no puede privar de valor efectivo el alcance preceptivo que la Constitución ha entendido asegurar»⁴¹, por el contrario, «el legislador puede y debe buscar incrementar la fuerza normativa de la Constitución, que está a su vez condicionada por las condiciones concretas de vida»⁴².

En el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución y los derechos fundamentales están y deben permanecer materialmente fuera del alcance de los poderes públicos, pues «el reconocimiento de tal prohibición inmanente a la Constitución presupone una concepción material de ésta: la Constitución como ley suprema, la Constitución como supremo sistema de valores que tiene un carácter fundamentalmente duradero, que la distingue de la legislación. Una Constitución de la cual no se podría evidenciar esta obvia prohibición, estaría en contradicción consigo misma. Los derechos fundamentales serían puestos, por así decir, fuera de la Constitución»⁴³.

Por ello, la Constitución y los derechos fundamentales no pueden estar o dejarse a la libre disposición o discrecionalidad total del legislador en el Estado Constitucional de Derecho. Si lo estuvieren, simplemente no hay Constitución, no hay derechos fundamentales, y por tanto, no hay Estado Constitucional de Derecho.

Las consecuencias de tal desorden constitucional serían funestas porque conlleva a la supresión y la disminución de los derechos fundamentales por parte del legislador so pretexto de la reforma constitucional y la reserva de ley: «Tan sólo la negación de la calidad específica de

40. Ibídem, p. 101.

41. Ibídem, pp. 106-107.

42. Ibídem, p. 107.

43. Ibídem, p. 99.

normas constitucionales de los derechos fundamentales ha podido conducir al afamado «vaciamiento» (Leerlauf) de los derechos fundamentales, al abuso de la función legislativa en el campo de los derechos fundamentales, así como a la perversión del principio de reserva de ley» ⁴⁴.

Si bien, la Constitución establece también en materia de derechos la reserva de ley para que el legislador proceda a un desarrollo adecuado de los mismos, en el Estado Constitucional de Derecho, ésta no debe entenderse como una autorización al legislador para establecer sus contenidos en forma absolutamente libre y discrecional, pues está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos, no disponible para el legislador. Así, «la Constitución no renuncia a esta calidad normativa, ni cuando estatuye específicas reservas de ley, ni en aquellos casos en los que la Constitución permite ulteriores límites a los derechos fundamentales a través del instrumento de la codificación» ⁴⁵; debe observarse que «la «fuerza normativa» de los derechos fundamentales se explica a través de la concreta aplicación y el efectivo ejercicio por parte de una pluralidad de titulares. Como por otra parte, todo otro derecho, el derecho fundamental vive justamente gracias a su reivindicación y a su ejercicio, que lo hacen efectivo y lo actualizan. Los derechos fundamentales necesitan de esa constante actualización. Viven esencialmente puestos «en ejercicio», ya que los individuos están efectivamente en grado de ejercitarlos» ⁴⁶.

Por ello, los poderes públicos, en especial el legislador debe observar que «los derechos fundamentales no deberían entonces perder su carácter concreto «concretividad» y no deberían ser vaciados de sus «efectos prácticos» con una norma establecida por el legislador. El derecho fundamental debe ser mantenido «en correspondencia con la realidad». Los derechos fundamentales no deben carecer de un «resultado efectivo». Al titular de los derechos fundamentales le debe ser permitida una «posibilidad realizable» ⁴⁷.

En tal sentido, el legislador está prohibido de adoptar leyes y reformas que estrangulen, vacían o priven de contenido a los derechos, así como degeneren o degraden los derechos constitucionales a meros derechos o intereses legales, para privarlos de efectos reales y prácticos me-

44. Loc.cit.

45. Häberle, Peter, «La Libertad...» op. cit., p. 99.

46. Ibídem, p. 102.

47. Ibídem., p.p.102-103.

diente su poder de legislar: aprobar, modificar y derogar las leyes. En este tema «encuentran lugar las sugestivas metáforas de la prohibición de una «vaciamiento» (Aushölung), de un «estrangulamiento» (Abschnürung) de los derechos fundamentales, y la prohibición de su degradación y de su degeneración a nudum ius, a «pura forma», a un simple derecho aparente, etc.»⁴⁸.

Nuestro Tribunal Constitucional adopta similar criterio pues considera que «...todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir que no se desnaturalice el derecho objeto del desarrollo.» (*STC del 11.07.2002/Exp. N° 1124-2001-AA/TC, FJ.12*)

En la misma sentencia, el TC afirma: «Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile.»

En el Estado Constitucional de Derecho, las reformas constitucionales y las leyes emitidas por el legislador y el Estado que pretendan suprimir y disminuir los derechos fundamentales de las personas, vaciándolos de su contenido y de su exigibilidad real, no son admisibles por lesionar la naturaleza y esencia de la protección constitucional de los derechos.

D. Contenido esencial de los derechos fundamentales

El concepto del «contenido esencial» de los derechos fundamentales de los ciudadanos para su respeto frente a la «reserva de ley» de su desarrollo por el legislador fue establecido por la Ley Fundamental de Bonn y seguido por la Constitución Española para evitar las intervenciones abusivas de las mayorías parlamentarias transitorias sobre el campo de los derechos que los priven o vacíen de su contenido o núcleo básico, o que los restrinjan de tal manera que pierdan los elementos básicos que lo componen.

El Tribunal Constitucional Español ha desarrollado dos acepciones complementarias sobre el contenido esencial del derecho: «La

48. *Ibidem.*, p. 103.

primera equivale a «la naturaleza jurídica de cada derecho» que se considera preexistente al momento legislativo, «en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta» de forma que «los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo»⁴⁹ y la segunda corresponde a «los intereses jurídicamente protegidos» en el sentido que lesionaría «el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»⁵⁰.

Para el profesor Peter Häberle, la tarea de búsqueda del contenido esencial de los derechos debe llevarse a cabo observando que «el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace su esencia, referencia todo derecho fundamental»⁵¹.

En esta tarea aparecen distintas perspectivas de tratamiento como las teorías absoluta y relativa. En la primera, «la teoría absoluta se basa en el valor mínimo e intangible con que cuenta un derecho fundamental para no dejar de ser tal y, en cuanto, tal se relaciona jerárquicamente con los demás derechos»⁵², y en la segunda, «la teoría relativa busca delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental en relación a los demás valores y bienes constitucionales, por cuanto los derechos encuentran su esencia y límites en relación con otros derechos fundamentales»⁵³.

Para Häberle, las diferencias entre ambas teorías son sólo aparentes porque «el contenido esencial no pierde la «sustancialidad», si es determinado con referencia a otros bienes jurídicos poseedores de rango igual o superior, porque estos bienes jurídicos también poseen una sustancia que debe ser determinada. La interacción entre cada uno de los bienes constitucionales no los priva de sustancia; al contrario, más bien conduce a ésta»⁵⁴.

49. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 311.

50. *Ibidem.*, p. 311.

51. Häberle, Peter, «La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional», *op.cit.*, p. 109.

52. Landa Arroyo, César, «Tribunal Constitucional y Estado Democrático», Lima Palestra, 2003, p. 473.

53. *Loc. cit.*, p. 473.

54. Peter Häberle, «La Libertad...» *op. cit.*, pp. 124-125.

Esto nos obliga a realizar un ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales en base al test de razonabilidad, en caso de conflictos con otros derechos y cuando el legislador introduce restricciones o limitaciones legales a los mismos.

Dentro del test de razonabilidad, el intérprete debe observar los siguientes pasos:

Primero: su difusión se dio a propósito del derecho de igualdad, consistiendo «en examinar directamente las normas promulgadas por el poder público introductor de la desigualdad para ver si los motivos o razones que se alegan para justificar esa desigualdad están o no de acuerdo con los valores constitucionales»⁵⁵, y en términos más generales aplicables al cuadro general de los derechos, en «examinar si una norma o un derecho contiene razones o motivos que sean conformes con los valores constitucionales para limitar un u otro derecho»⁵⁶. Esto significa que «se comprueba directamente si las razones tienen un peso específico (un valor) capaz de contradecir a los valores constitucionales»⁵⁷.

Es la razonabilidad en sentido estricto y tiene una perspectiva valorativa de los derechos.

Segundo: aquí se trata de «la utilización del argumento objetivo, lógico, que supone la relación medios-fines»⁵⁸; para cuyo efecto, se debe «verificar si existe una relación de medios-fines, objetiva y lógica, entre la restricción de un derecho y la norma legal o el otro derecho»⁵⁹. Por ello, «es irracional algo que pretenda ser un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin»⁶⁰.

Es la racionalidad y tiene una perspectiva lógica y objetiva.

Tercero: Se debe «examinar si la medida restrictiva es idónea y proporcional a los fines que persigue la norma o el otro dere-

55. Enrique Alonso García, *La Interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 211.

56. César Landa Arroyo, op. cit., p. 473.

57. Enrique Alonso García, op. cit., p. 212.

58. Enrique Alonso García, op. cit., p. 207.

59. César Landa Arroyo, op. cit., p. 473.

60. Enrique Alonso García, op. cit., p. 207.

cho»⁶¹. En esta parte, «el principio de la proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados»⁶². Es particularmente interesante aquí las técnicas de la elección de la «alternativa menos gravosa» y de la «prohibición de la alternativa excesivamente gravosa»; aunque «no se trata de examinar si caben alternativas a esa medida que sean menos gravosas para el derecho, sino de si esa medida concretamente adoptada es o no «excesivamente gravosa»⁶³.

2.2 La Ley de Reforma Constitucional modifica peyorativamente el derecho a la seguridad social.

A. *El derecho a la Seguridad Social en las normas internacionales que forman parte del derecho nacional.*

En su concepción moderna, la Seguridad Social ha sido definida como una entidad de carácter universal destinada a cubrir el conjunto de riesgos sociales en la totalidad de la población⁶⁴, centrándose en tres aspectos fundamentales: la liberación de la necesidad como objetivo general; la garantía de seguridad económica a todos los miembros de la comunidad para el acceso a una vida digna; y la amplitud de instrumentos aplicables a este fin, con preferencia por los seguros sociales y la asistencia social⁶⁵.

La seguridad social es considerada no solo un componente esencial de los Sistemas de Protección Social Integral de la persona humana, sino un *derecho humano fundamental*. Así lo reconocen varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú, razón por la cual, de conformidad con lo establecido por el artículo 55⁶⁶ y la Cuarta Disposición Final⁶⁷ de

61. César Landa Arroyo, op. cit, p. 473.

62. Peter Häberle, «La libertad...», op. cit., p. 127.

63. Enrique Alonso García, op. cit., p. 230.

64. BERNEDO ALVARADO, Jorge. *Informe Regional sobre la Situación de la Seguridad Social como un Derecho Humano en América Latina*. Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PSDHDD). Lima, Julio, 2000. p. 2.

65. Ver Recomendación N° 67 de la OIT sobre La Seguridad Social de los Medios De Vida.

66. Constitución Política del Perú, Artículo 55°: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.»

67. Constitución Política del Perú, Disposición Final y Transitoria Cuarta: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce

la Constitución, no solo forman parte del derecho nacional, sino que deben informar la interpretación de todos los derechos y libertades por ella reconocidos.

Entre estas normas cabe citar al Art. 22º de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, según el cual:

«Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

En idéntico sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuando en su artículo 9º indica que

«Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».

Para asegurar este derecho, el Pacto señala que :

(...) cada uno de los Estados Partes en el Pacto se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos por él reconocidos.

En nuestro ámbito regional, por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) señala en su artículo XVI que

«Toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia».

se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.»

Por su parte, el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

«Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación jurídica internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas y sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponible, por vía legislativa u otros medios».

El artículo 26° de la Convención Americana estableció así un deber convencional que obliga a los Estados Parte de ésta a respetar, proteger y asegurar la progresiva realización de un conjunto determinado de derechos económicos y sociales referidos, a su vez, en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Derechos entre los cuales, como se verá más adelante, se encuentra el derecho humano a la seguridad social.

En efecto, el Protocolo de Buenos Aires incorporó a la Carta de la OEA las siguientes disposiciones:

«Artículo 43

Los Estados Miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;
- b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realice y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;

(...)

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social (...)

Artículo 44

Los Estados Miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad».

Si bien el artículo 43º del Protocolo de Buenos Aires se refiere a la aplicación por los Estados Miembros de la OEA de «principios y mecanismos», resulta indudable que los Estados que suscribieron la Convención Americana de Derechos Humanos, decidieron dotar de algún grado de protección a los intereses económicos, sociales y culturales de las personas sujetas a su jurisdicción, en tanto «derechos». De ahí la inclusión en el artículo 26º de la Convención Americana que denota la voluntad de los Estados de reconocer obligaciones legalmente vinculantes en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Norma que, como en el caso del artículo 2º del PIDESC, se refiere también a la obligación de adoptar providencias (léase medidas) para lograr progresivamente la plena efectividad de los «derechos» por ella reconocidos.

El tenor de las disposiciones contenidas en la Carta de la OEA, permite inferir la incorporación — entre aquellas normas económicas y sociales que los Estados deben desarrollar progresivamente — el derecho a la seguridad social (cfr. art. 43 inc. h), calificado además por la obligación de satisfacción del bienestar material y desarrollo espiritual, seguridad económica (cfr. art. 43 inc. a), y por la de asegurar la vida, la salud y un nivel decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez» (cfr. Art. 43 inc. b).

En adición, los Estados parte de la OEA, y en particular de la Convención Americana de Derechos Humanos, han asumido la obligación de armonizar su legislación en materia de seguridad social, «a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos» (art. 44), hecho que presupone el reconocimiento del derecho a la seguridad social de los trabajadores activos y pasivos y de sus familias, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43 inc. b.

En forma complementaria, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) indica en su Art. 9º que la seguridad social debe contribuir a que los/as no capacitados/as obtengan los «medios para llevar una vida digna y decorosa». Y agrega que, «cuando se trate de personas que se encuentren trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad, antes y después del parto».

En un plano obligacional no menos importante, cabe indicar que el Convenio N° 102 de la OIT (1952)⁶⁸, denominado «Norma Mínima en Seguridad Social», ha significado un importante aporte al proceso de definición de los contornos jurídicos del concepto de Seguridad Social y sus objetivos, al señalar que:

«La Seguridad Social es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales».

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

El Convenio 102º de la OIT integra en el ámbito de la seguridad social un mínimo de nueve campos o normas mínimas de seguridad a cubrir, que incluyen:

- ☐ La asistencia médica preventiva o curativa;
- ☐ Las prestaciones monetarias de enfermedad;
- ☐ Las prestaciones de desempleo;
- ☐ Las prestaciones de vejez;
- ☐ Las prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional;

68. Ratificado parcialmente por el Perú el 23 de Agosto de 1961.

- ☐ Las prestaciones familiares;
- ☐ Las prestaciones de maternidad;
- ☐ Las prestaciones de invalidez; y
- ☐ Las prestaciones de sobrevivientes.

Dichas normas mínimas, así como las referencias incluidas en otros instrumentos de protección social adoptados en el seno de la OIT, contemplados entre sus antecedentes, especialmente la Recomendación 67° sobre la Seguridad de los Medios de Vida (1944), nos permiten ofrecer una definición respecto a los alcances de la Seguridad Social, la cual podría ser descrita como:

«la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de la enfermedad, maternidad accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez o muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos»⁶⁹

B. En las normas constitucionales.

En el ámbito de nuestra jurisdicción interna y en materia previsional la actual Constitución, consagra las siguientes disposiciones:

Art. 10°:

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

Art. 11°:

«El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento».

69. OIT, Introducción a la Seguridad Social, Ginebra, 1984, p.3.

Art. 12º:

«Los fondos y las reservas de la Seguridad Social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley».

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

PRIMERA: «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».

SEGUNDA: «El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional».

TERCERA: «En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario».

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a nivel constitucional el derecho humano a la Seguridad Social, adoptando la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional, tal y como lo señala la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución.

Interpretando dicha disposición - antes de su reforma -ha señalado el Tribunal Constitucional, en este sentido, que la Constitución adopta la Teoría de los Hechos Cumplidos como regla para el conjunto del sistema, y la de los derechos adquiridos como excepción para el ámbito pensionario.

Así, ha sostenido que

«(...) la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma» cuando establece «la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial», por su artículo 109º, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967, expediente Nº: 007-96-I/TC).

Respecto de los derechos adquiridos en materia pensionaria ha expresado además que:

«Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultraactivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente» (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967, expediente N°: 007-96-I/TC). Asimismo, respecto a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala: «Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530»; lo que cabe sólo porque aquella «permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente» (Fundamentos 15 y 17 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817).

En adición, el Tribunal ha establecido una precisión importante respecto a lo que debe interpretarse como un derecho adquirido en materia pensionaria, señalando que estos derechos son «los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas»⁷⁰ o «aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquél de quien los tenemos»⁷¹.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha considerado incompatibles con la Constitución vigente, durante toda la década de los años 90, prácticamente todas aquellas modificaciones legislativas que pretendían la aplicación inmediata de normas peyorativas sobre derechos ya adquiridos en materia pensionaria, salvo aquellas que afectaban a futuro derechos no adquiridos. Así se manifestó al señalar en su jurisprudencia que: «El nuevo Sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del Decre-

70. Fundamento 10 de la sentencia de inconstitucionalidad proferida respecto del Decreto Ley N° 25967.

71. Fundamento 15 de la sentencia de inconstitucionalidad proferida respecto del Decreto Legislativo N° 817

to Ley N° 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del Decreto Ley 19990»⁷². Y de igual forma, al señalar que «(...) el Decreto Legislativo N° 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuran a partir de su entrada en vigencia»⁷³.

C. *La afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad social en el caso de los pensionistas del régimen del Decreto Ley 20530.*

1) **Contenido esencial del derecho.**

El artículo 3° de la Ley 28389 que modifica la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad social de los pensionistas del régimen previsional regulado por el Decreto Ley N° 20530 y sus normas modificatorias y complementarias, también conocido como Régimen previsional del Estado, así por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, aplicable a dichos pensionistas conforme al texto original de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente.

Para definir el contenido esencial de este derecho, nos ceñimos a los criterios establecidos por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. En la Sentencia de 27 de Septiembre del 2004, Expedientes N.001-2004 y 002-2004-AI/TC (Acumulados), recaída en las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley N° 28046, el TC afirma lo siguiente:

«...los componentes del derecho adquirido que el Tribunal Constitucional considera reconocidos por la PDFT de la Constitución fueron fijados en el segundo párrafo del FJ.18 de la misma sentencia, al disponerse que el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530 consiste en «1) tener la calidad de pensionista del mismo; 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5° del mismo; 3) tener el

72. Fundamento 12 de la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Ley N° 25967.
73. Fundamento 13 de la sentencia de inconstitucionalidad proferida respecto del Decreto Legislativo N° 817.

derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, *todos estos constituyen entonces derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente* «(subrayado agregado por el TC) (FJ. 4,4.1.7)

Definido así el contenido esencial del derecho pensionario del régimen del D.L.20530, el TC precisa, a continuación, los límites materiales a la acción del legislador, cuando sostiene que:

«...cuando la PDFT establece la imposibilidad de que la ley afecte los derechos legalmente obtenidos conforme al régimen del Decreto Ley N° 20530, hace alusión al derecho «a la pensión» legalmente obtenido, de manera tal que queda proscrita al legislador la posibilidad de: a) *desconocer tal derecho y, por ende, la calidad de pensionista, so pretexto de que a posteriori varió alguno de los requisitos para obtener la pensión; y, b) reducir el monto de ésta, bajo el argumento de que, también, posteriormente, ha cambiado la regla para su cálculo o se ha establecido un tope pensionario.*»(subrayado agregado) (FJ,4,4.1,8).

Más adelante, tras descartar la existencia de un derecho adquirido a la «intangibilidad del monto de las pensiones» (FJ.4, 4.4,15) y, asimismo, que la PDFT de la Constitución «constitucionalice», en su integridad el D.L.20530, haciendo de este un «ordenamiento pétreo» (FJ.5,25) señala que esta (la PDFT) pretende «tan sólo garantizar el derecho adquirido en materia pensionaria regulado por dicho régimen, consistente- como quedó dicho en el FJ.8,supra-en el derecho a una pensión que no puede ser desconocida so pretexto de la variación posterior de los requisitos para obtenerla, la cual será calculada con arreglo a las disposiciones de dicho decreto ley, y, cumplidos más de 20 años de servicios en la administración pública, progresivamente nivelable con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías.» (FJ,5,25)

Bajo esta premisa, el TC admite la posibilidad de imponer gravámenes o algún tipo de restricción al «derecho adquirido» a una pensión nivelable, siempre que se respeten determinadas condiciones, la primera de las cuales es la siguiente:

«a) Que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión, a los que se ha hecho alusión en el FJ.8,supra»; (FJ.4, 4.2,15)

En otras palabras, conforme a la doctrina del TC sobre los derechos adquiridos en el régimen previsional del D.L.20530, es posible la aplicación inmediata de la ley que lo modifica en sentido peyorativo, siempre que esta deje a salvo su contenido esencial, es decir, tener la condición de pensionista de dicho régimen y el derecho a una pensión nivelable, la cual no podrá ser reducida, mediante la variación de sus reglas de cálculo o la aplicación de un tope pensionario.

2) **Vulneración del contenido esencial del derecho.**

El artículo 3º de la Ley 28389, que modifica la PDFT de la Constitución, vulnera flagrantemente el contenido esencial de esta norma constitucional, por las siguientes razones:

a) Establece la aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias que se establezcan por ley.

En tal sentido, suprime la garantía del respeto a los derechos adquiridos que, en el caso específico del régimen del D:L.20530, impide afectar la condición de pensionistas de los cesantes de dicho régimen así como su derecho a pensión nivelable.

De esta manera se produce la «desconstitucionalización» o «desfundamentación» de los derechos a la seguridad social configurados en dicho régimen legal, especialmente el derecho a la nivelación de las pensiones de jubilación, a la que se otorgó rango constitucional en la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, cuya aplicación ultractiva fue garantizada, a quienes hubieran adquirido legalmente el derecho, por la PDFT de la actual constitución. En tal virtud, una materia que se encontraba vedada a la obra del legislador ordinario, es ahora «legalizada», operándose una degradación de su jerarquía normativa, que supone dejar totalmente en manos del legislador ordinario la regulación del derecho pensionario del régimen antes mencionado. Pero, en realidad, tras la degradación normativa lo que, verdaderamente ocurre, es la pérdida del carácter de «derecho fundamental» que anteriormente tenía ese derecho, lo que equivale a la supresión de un derecho fundamental y no a una simple modificación del mismo. La conversión de un derecho constitucional en un derecho de origen legal, privándolo por consiguiente del rango normativo y de los especiales mecanismos de protección procesal propios de esa categoría de derechos, no puede presentarse como una mera modificación de un derecho fundamental sino como la supresión del mismo, operación esta vedada al poder de reforma constitucional del órgano legislativo, como lo señala la jurisprudencia del TC.

Este criterio es enérgicamente afirmado por la doctrina de los derechos fundamentales, como lo expresa Alexy: «...los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. (...) esto significa que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria.»⁷⁴

b) Prohíbe la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

Esta prohibición equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la PDFT, por ser esta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L.20530.

Conviene precisar que la supresión de este derecho afecta, por igual, a todas las pensiones de dicho régimen y no únicamente, como falazmente lo ha sostenido la propaganda oficial, a quienes perciben las pensiones más altas. En efecto, como lo precisa el artículo 4º de la Ley N° 28449, «Está prohibida la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad».

La aplicación de esta norma significará que la inmensa mayoría de los pensionistas pierdan su derecho adquirido a una pensión nivelable. Conforme a la exposición de motivos del proyecto de ley de reforma constitucional del total de 295,331 pensionistas existentes el año 2003, apenas 10,845 percibían pensiones superiores a 1 UIT, es decir, a 3,200 soles mensuales. Ello significa que 284, 486 pensionistas cuya pensión es inferior a este monto, no tendrán en adelante derecho a la nivelación.

Existe en ello una diferencia radical con el sistema previsto, antes de la Constitución de 1979, por el Artículo 57º del Decreto Ley 20530 que permitía establecer un monto máximo mensual a las pensiones, fijado en la ley anual de presupuesto, por lo que dicho régimen era uno de nivelación con monto máximo o tope. En cambio, la ley de reforma constitucional y la Ley 28449, no establece un tope a la nivelación, sino que

74. Alexy, Robert, «Teoría de los Derechos Fundamentales», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.494.

la elimina, afectando con ello no sólo a las pensiones más elevadas, sino, principalmente, a las mas reducidas, cuyas posibilidades de reajuste se ven seriamente afectadas.

c) Dispone la aplicación de topes y la reducción de las pensiones.

La Ley de Reforma Constitucional, permite que el legislador imponga topes a las pensiones cuyo monto exceda de 1 UIT.

En este caso, a diferencia del citado artículo 57º del texto original del D.L.20530, el tope que se impone no es para limitar la nivelación, sino un mecanismo para reducir las pensiones consideradas más elevadas.

La diferencia de «función» entre uno y otro se deduce del concepto de «tope» mencionado en la jurisprudencia del TC. Así en el STC de 27.09.04 , relativa a la Ley 28046, se expresa lo siguiente:

«Tope pensionario» es la denominación coloquial asignada al monto máximo de pensión que puede recibir un pensionista de un determinado régimen. Tiene por función imponer un límite objetivo al monto de las pensiones, de manera tal que se permita al Estado un control en el reajuste periódico y progresivo de las pensiones, ponderando el derecho constitucional a un sistema de seguridad social que asegure una vida digna, con la previsión y capacidad presupuestaria del Estado. Así, pues, el pago de la pensión del cesante o jubilado tendrá como «tope» el monto máximo previsto en el ordenamiento jurídico, aún cuando conforme al sistema de cálculo de la pensión, ésta alcance un monto superior» (FJ.20)

Al respecto, en aplicación de la LRC, el artículo 3º de la Ley 28449, establece que el monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen del D.L. 20530, es de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha del pago de la pensión.

Se trata, sin embargo, no de un tope a la «nivelación», esto es, del monto máximo al que podrían llegar las pensiones inferiores al mismo, mediante su reajuste por nivelación con las remuneraciones, sino de un tope para «desnivelación», esto es, para reducir las pensiones superiores a dicho monto, aboliendo su actual nivelación u homologación con las remuneraciones. En tal sentido, la Tercera Disposición Transitoria de la

Ley 28449, establece que las pensiones que actualmente exceden de 2 UIT serán reducidas gradualmente hasta alcanzar dicho monto, a razón del dieciocho por ciento (18%) anual.

Por esta vía, el derecho fundamental a la seguridad social, concretado en el derecho a percibir una pensión nivelada, se ve gravemente afectado, no sólo en cuanto se elimina el derecho a su reajuste futuro por nivelación, sino porque su monto actual se verá reducido año tras año, hasta equipararse al denominado «monto máximo mensual». Dicha disposición resulta abiertamente contradictoria con el artículo 10º de la Constitución, conforme al cual la finalidad del derecho a la seguridad social, que en él se reconoce, es asegurar a la persona «la elevación de su calidad de vida».

A mayor abundamiento, y conforme al texto de la LRC, el tope establecido por la Ley 28449, (2UIT) podrá, en el futuro, ser reducido, incluso hasta la suma equivalente a 1 UIT, pues la LRC sólo garantiza que no serán reducidas las pensiones menores a este monto, lo que habilita al legislador futuro y a los gobiernos sucesivos a reducir el tope, y con él, afectar, incluso las pensiones menores a 2 UIT, como consecuencia de la supresión de la garantía del respeto a los derechos adquiridos.

d) Elimina el derecho al reajuste de las pensiones, al subordinarlo a las decisiones y posibilidades económicas del Estado.

En este aspecto, la LRC, establece que toda modificación futura de los regímenes pensionarios actuales deberá regirse por los «criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación. « En aplicación de este criterio, el artículo 4º de la Ley N° 28449, establece que las pensiones de los beneficiarios que hayan cumplidos 65 años de edad y cuyo importe no exceda las 2 UIT serán reajustadas anualmente por decisión del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas «teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado». En el caso de los pensionistas con menos de 65 años, sus pensiones serán reajustadas periódicamente (no dice «anualmente») «teniendo en cuenta las previsiones presupuestas y las posibilidades de la economía nacional».

En tal virtud, el anterior sistema de reajuste por nivelación, basado en un criterio objetivo y con una referencia concreta, es reemplazado por un mecanismo de reajuste subordinado a un criterio subjetivo, sin referentes precisos y sujeto a la decisión de un órgano político, cuyas prioridades de gasto serán diferentes, lo que contradice la esencia y características de cualquier régimen de seguridad social y la naturaleza mis-

ma de todo «derecho», pues al privarse al «reajuste» de todo parámetro objetivo (como el costo de vida, el haber del servidor en actividad o los recursos capitalizados por el pensionista), la exigibilidad de tal derecho se desvanece, ya que el único criterio para otorgar, o no, el reajuste, y determinar su monto, será el del gobierno, que es quien, a su vez, debe pagar la pensión, y no el de una autoridad técnica e independiente. En conclusión, el reajuste de las pensiones pierde su condición de «derecho subjetivo» para transformarse en una facultad discrecional del gobierno.

En suma, el derecho fundamental a la pensión de cesantía nivelable, bajo el régimen del D.L.20530, es suprimido por el precepto subexámen, al eliminarse su condición de derecho adquirido por habilitarse la aplicación inmediata de la ley que lo modifique y, en forma específica, abolirse y prohibirse, directamente por el texto constitucional, la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y establecerse la reducción de las pensiones que superen el monto arbitrariamente establecido por el legislador.

Cabe señalar que en nuestra Constitución, la condición de «derecho adquirido», atribuida a ciertos derechos constituye una excepción a la regla general que consiste en la aplicación inmediata de la ley, es decir el llamado «principio de modernidad» o «teoría de los hechos cumplidos.

Como lo señala el Profesor Landa Arroyo, «...es cierto que la Constitución de 1993 no usa la expresión derechos adquiridos, no obstante estos quedan claramente establecidos en las siguientes disposiciones constitucionales: el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo 2-1); ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, los que tienen carácter de irrenunciabiles (artículo 22 y 26-2); los contratos pactados válidamente, conforme a las normas vigentes del contrato, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones posteriores (artículo 62); los tributos dictados en violación de los derechos fundamentales no surten efectos (artículo 74); o que los jubilados mantienen el régimen de pensiones que obtuvieron, a pesar de las modificaciones legales posteriores (Primera Disposición Final y Transitoria).⁷⁵

La atribución, por vía constitucional, del carácter de «derechos adquiridos» a determinados derechos nacidos de la ley o, incluso, del contrato obedece a que, como lo señala el mismo autor, «La seguridad

75. Landa Arroyo, op.cit., p.698.

jurídica encuentra en la protección de los derechos de las personas la consecuencia más idónea para el desarrollo de los derechos fundamentales. Así, si bien el legislador puede desde ya, variar y actualizar la legislación en sentido retroactivo, la eficacia *ex tunc* de la norma sólo es válida en cuanto sirva para ampliar los derechos fundamentales, en particular, en los casos previstos en la norma constitucional.»⁷⁶

Dicha institución, la de los derechos adquiridos, se entronca, en el pensamiento del citado constitucionalista con el concepto de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de la Constitución. Sostiene así que «Como quiera que la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del status quo democrático y, en consecuencia, un punto de no retorno. Tenemos entonces, que la no retroactividad de la ley es la expresión de la eficacia del respeto a la dignidad humana...»⁷⁷

Téngase en cuenta que para Landa Arroyo, la aplicación inmediata de la ley, o teoría de los hechos cumplidos, equivale a una forma o grado de retroactividad: «La retroactividad relativa, aplica la nueva ley a efectos aún no consumados de relaciones jurídicas, nacidas bajo el imperio de una ley anterior;»⁷⁸

De esta manera, la aplicación inmediata de la ley supone su aplicación retroactiva relativa, la misma que, como se ha visto, resulta contraria a la vigencia y desarrollo de los derechos fundamentales, pues «una ley retroactiva supondría un ataque a la esencia de la dignidad humana, siempre que no la favorezca...»⁷⁹

3.2 La Ley de Reforma Constitucional afecta el derecho de propiedad de los pensionistas del régimen del D.L.20530.

La reforma constitucional de la PDFT de la Constitución vulnera, igualmente, el derecho de propiedad, cuyo carácter de «derecho fundamental» se encuentra plenamente reconocido en los instrumentos sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en nuestra Constitución Política.

76. Loc.cit.

77. Ibídem, p.699.

78. Ibídem, p.693.

79. Ibídem, p.699.

A. *Las normas internacionales que forman parte del derecho nacional.*

La Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en el Artículo 17º:

- «1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.»

Por su parte, en el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

«Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. (...)»

B. *Las normas constitucionales.*

Nuestra Constitución reconoce el derecho de propiedad en el artículo 2º, inciso 16 que establece lo siguiente:

«Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

16. A la propiedad y a la herencia.»

Asimismo, el artículo 70º dice:

«El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justificada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.»

C. La afectación del derecho de propiedad de los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530.

1) La vinculación entre el derecho de propiedad y el derecho a pensión de cesantía o jubilación.

a) La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos adquiridos en materia previsional

El denominado «Caso cinco pensionistas vs. Perú» constituye, sin duda, el principal precedente en materia de jurisprudencia previsional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el citado caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos planteó tres demandas específicas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar si el Estado Peruano había violado o no los artículos 21° (Propiedad Privada), 25° (Protección Judicial) y 26° (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto al derecho de propiedad, en el caso ‘Cinco Pensionistas’ la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente, y en la medida en que éste fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21° de la Convención que reconoce el Derecho de Propiedad.

En este sentido, expresó que

«(...) el artículo 21° de la Convención protege el derecho de los Cinco Pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas» (Párr 102).

Y asimismo, que:

«A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención – el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de

protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que ... (los reclamantes) pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21° de la Convención Americana»⁸⁰ (parr 103).

En torno a la posibilidad de imponer limitaciones al goce de este derecho, bajo determinadas condiciones, la Corte Interamericana se también de precisar en su sentencia las condiciones que debe respetar tal pretensión, señalando lo siguiente:

«Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21° de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5° del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante «Protocolo de San Salvador») sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos». En toda y cual-

80. La Corte ha definido los «bienes» (Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122) como «aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor». Además, cfr. Eur. Court H.R., Case of Gaygusuz v. Austria, Judgment of 16 September, 1996, Merits and just satisfaction, paras. 39, 41.

quier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21º de la Convención Americana» (parr 116). (énfasis agregado)

Conviene recordar que los «parámetros» que establece el citado artículo 21º de la Convención, son los siguientes:

- i) El pago de una indemnización justa.
- ii) La existencia de razones de utilidad pública o de interés social; y
- iii) Que se realice por mandato de la ley.

b) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*

El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad.

Así, en efecto, en la *Sentencia del 23 de Abril de 1997, Exp.No 008-06-I-TC*, se afirma lo siguiente:

«...este Tribunal considera que como el Decreto Ley N° 20530 y sus modificatorias, señalan cuales son los requisitos necesarios para gozar de tal beneficio y la forma como este se efectivizará, la administración está en la obligación de reconocer tal beneficio desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos, aún cuando el administrado continúe laborando efectivamente por cuanto éste *incorpora a su patrimonio un derecho* en virtud del mandato expreso de la ley...» (subrayado agregado) (FJ.19).

De igual manera, en la Sentencia del 27 de Septiembre del 2004, en el Fundamento Jurídico 4.2 cuyo epígrafe reza «El derecho adquirido a una pensión y su vinculación con el derecho a la propiedad privada», el TC afirma lo siguiente:

«Desde luego, tal interrogante deben ser absuelta a partir de las propias disposiciones constitucionales, reconociendo como fuente de interpretación ineludible los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como las decisiones adopta-

das por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte(...) y, particularmente, las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(...))»

Expresamente, el TC vincula el derecho a la pensión con el artículo 21° de la Convención, al indicar que

«...teniendo en cuenta que, según quedó dicho, el Tribunal Constitucional dejó establecido en el JF.19 de la STC N° 008-19996-AI que una vez que el individuo cumple con los requisitos señalados en el Decreto Ley N° 20530 para obtener una pensión de jubilación «(...)incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley(...)», *también resulta pertinente el artículo 21° de la Convención que reconoce el derecho a la propiedad privada, con las limitaciones en función al interés social y a la utilidad pública que ahí se contemplan.*» (subrayado agregado) (FJ.12)

Concluyendo su razonamiento, el TC afirma que:

«...es evidente que aun cuando tal referencia se hace respecto al caso de los cinco pensionistas, la Corte, amparándose en la jurisprudencia emitida por este Tribunal Constitucional, y con carácter general, asimila los efectos patrimoniales del derecho adquirido a la pensión con el derecho a la propiedad privada» (FJ.13)

Desde luego, el TC también coincide con la Corte respecto a la posibilidad de establecer limitaciones al derecho de propiedad, al recordar que la asimilación del derecho adquirido a la pensión con el derecho de propiedad «permite a la Corte sostener que es posible reducir el monto de las pensiones». (FJ.13) Limitaciones éstas que, como lo ha señalado la Corte, únicamente proceden con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 21° de la Convención. Por ello, al admitir la posibilidad de imponer gravámenes a las pensiones, la mencionada STC, referida a la Ley 28046 que creó la Contribución Solidaria, sostiene que «...*en la medida que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión destacados en el FJ.8, supra,* (subrayado agregado) no puede considerarse que la PDFT de la Constitución niegue, per se, la aplicación de un juicio ponderado que permita un justo equilibrio con otras disposiciones constitucionales sobre la materia...» (FJ.14).

2) La vulneración del derecho de propiedad por la ley de reforma constitucional.

a) La reducción gradual de las pensiones vigentes.

La Ley N° 28389, vulnera el derecho de propiedad de los cesantes y jubilados del régimen del D.L. 20530 sobre sus pensiones por cuanto en el caso de los pensionistas que perciban una pensión superior a 1 UIT, se dispone la aplicación «progresiva» de topes. Este «tope» no es, en verdad, un límite a la «nivelación», pues esta queda suprimida, sino, en realidad, el monto máximo a pagar por una pensión, lo que significa que las que tengan una cuantía superior al monto que se establezca legalmente serán reducidas «progresivamente» (estrictamente hablando «gradualmente, porque el retroceso no puede ser «progresivo») hasta alcanzar dicho tope. Por esta vía, se producirá el recorte de las pensiones al tope que señale el legislador.

La Ley N° 28449, en su artículo 4° ha establecido que dicho monto máximo mensual será equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha que corresponda el pago de la pensión y, en consecuencia, ha dispuesto, en su Tercera Disposición Transitoria, la reducción, a partir del 1° de Enero de 2005, de las pensiones que excedan de dicho monto, razón del 18 % anual, hasta que se equiparen al monto máximo mensual.

Asimismo, se afecta el derecho de propiedad de los pensionistas que perciben pensiones de sobrevivencia, por cuanto la Ley 28449, modifica y reduce el monto de las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes. En efecto, la pensión de viudez se reduce al 50% de la pensión del titular, salvo que esta no supere la remuneración mínima, y las pensiones de orfandad y ascendientes se reducen al 20%. Como quiera que, en virtud al nuevo texto de la PDFT de la Constitución, estas reglas son de aplicación inmediata, los pensionistas con derecho adquirido a los montos de pensión previstos en el D.L.20530, modificado por la Ley N° 25008, sufrirán, de forma inmediata, el recorte de las pensiones de sobrevivencia que venían percibiendo.

Es evidente que estas disposiciones afectan el derecho de propiedad y el patrimonio de los pensionistas del régimen del D.L.20530. Las pensiones nivelables – al constituir un derecho que forma parte del patrimonio de sus titulares, como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional – constituyen recursos económicos que son propiedad de los pensionistas con derecho a pensión nivelable en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530, por lo que cualquier acción del

Estado tendiente a menoscabar el acceso a estas pensiones o su disfrute en la forma en la que fueron previstas legalmente constituye una violación al derecho de propiedad, tal como este se encuentra garantizado por el artículo 70° de la Constitución.

Cuando de conformidad con una ley particular se han cumplido todos los actos y condiciones sustanciales, y los requisitos formales previstos para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido. Y esto es así porque la situación jurídica prevista idealmente por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, en tal sentido, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad.

En el ámbito de la seguridad social, los derechos previsionales reconocidos por ley quedan englobados en el derecho a la propiedad. En el caso de los derechos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, una vez cumplidos los requisitos, estos derechos se incorporan a su patrimonio de forma automática, por lo que una ley posterior no puede alterar, en perjuicio del titular de este derecho, la situación ya consolidada por los años de servicios prestados al Estado y los aportes aportados a sus correspondientes fondos de pensiones. Obtenido legítimamente el derecho adquirido por ley, no hay ley posterior, ni aun de orden publico, que pueda afectar ese derecho a una jubilación aunque tal derecho no se hubiera ejercido.

En este sentido, conviene recordar que nuestro ordenamiento jurídico nacional reconoce el carácter patrimonial de las pensiones de jubilación pues, de forma expresa, el inciso 8 del artículo 886° del Código Civil establece que son «bienes muebles»: **«Las rentas o pensiones de cualquier clase»**. De ello se desprende, que toda afectación de las pensiones de cesantía o jubilación constituye una afectación patrimonial, es decir, una lesión al derecho de propiedad, el cual, conforme al artículo 70° de la Constitución es **«inviolable»** y, por ello, **«El Estado lo garantiza»**.

Al respecto, conviene tener presente lo que señala la *STC del 11.11.2003/Exp.N° 0008-2003-AI/TC*:

«Tal como se estableció en el histórico caso «Campbell vs Holt», el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que, en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho

constitucional la propiedad no queda «enclaustrada» en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica» (FJ.26)

Así como la existencia misma del beneficio jubilatorio legítimamente otorgado esta protegido por el derecho de propiedad, por lo que no puede revocarse una jubilación concedida legalmente, también lo está el beneficio del monto nivelable de la pensión en tanto tampoco puede pagársele al beneficiario menos del que le corresponde por ley, ya que lo contrario implicaría un agravio a los derechos patrimoniales del titular del derecho.

A este respecto y en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que

«(...) desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión adquirida. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificados en detrimento suyo»⁸¹.

Y en el mismo sentido, ha dicho también que

«quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma»⁸².

b) El carácter confiscatorio de la LRC y la Ley 28449.

Más aún, debe tenerse en cuenta que la vulneración del derecho de propiedad resulta evidente por cuanto no se han respetado las normas

81. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia del 28 de febrero de 1946 M.P. Anibal Cardozo Gaitán. Gaceta Judicial N° 2029, pág. 1.

82. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-168 de 1995.

con arreglo a las cuales este derecho puede ser afectado y su titular privado de él. Conforme al artículo 70º de la Constitución, «A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.». El conjunto de requisitos, criterios y garantías que establece este precepto son los que permiten diferenciar la figura de la «expropiación» – que es constitucional – de la «confiscación» –que es inconstitucional–, pues esta última priva al propietario de sus bienes, ya sea sin causa o sin procedimiento legal o sin indemnización y compensación, lo que equivale al despojo, por no decir, al robo de dicha propiedad por parte del Estado.

En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que:

«...la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo. La diferencia es muy importante, ya que, a diferencia de lo que es propio de un supuesto de limitación o regulación del derecho de propiedad, que no es indemnizable, el efecto inmediato del ejercicio de la potestad expropiatoria es afectar el núcleo dominical de la propiedad, por lo que, de conformidad con el artículo 70º de la Constitución, su eficacia está condicionada al pago previo, en efectivo, de la indemnización correspondiente.» (STC del 23 de Septiembre, 2004/Exp.Nº 0031-2004-AITC, FJ.3)

En ese mismo fallo, el TC ha precisado las garantías que establece la Constitución para la expropiación de un bien, teniendo en cuenta que «la expropiación compromete seriamente la titularidad de la propiedad» (FJ.5), las cuales son:

- a) «Debe obedecer a exigencias de «seguridad nacional» o «necesidad pública»;
- b) Esta sujeto a una reserva de ley absoluta, es decir, debe declararse mediante una ley expedida por el Congreso de la República;
- c) Supone la obligación del Estado de pagar, en efectivo, la indemnización justipreciada que compense el precio del bien materia de expropiación.» (STC cit., FJ.6).

Pues bien, de la lectura conjunta de la LRC y la Ley 28449, se advierte que la reducción de las pensiones superiores a 2 UIT, es decir la

privación gradual del patrimonio de los pensionistas, tendrá lugar sin reconocerles indemnización ni compensación alguna, lo que, en buena cuenta, equivale a la confiscación de esa parte de su patrimonio. Debe tenerse presente que las exigencias contenidas en el artículo 70° de la Constitución son equivalentes a los «parámetros» del artículo 21° de la Convención América de Derechos Humanos, a que se refiere la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso «5 Pensionistas».

Además de ello, se puede advertir que la reducción de las pensiones inferiores a 2 UIT, no obedece al criterio de «limitación del derecho» señalado por el TC en la sentencia del 21.01.02 que indica:

«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» (FJ.93)

En el caso de derechos que tienen una manifestación monetaria o líquida, como las pensiones, es evidente que una eventual limitación de estos, para no afectar su contenido esencial, deberá garantizar al pensionista la conservación de la parte sustancial de su pensión, pues en caso contrario, estaríamos ante una situación de supresión o vaciamiento del derecho, equivalente a su confiscación. Sería absurdo, considerar que por el hecho de que el pensionista no sea privado de la totalidad de su pensión sino, únicamente, de una parte de ella se trataría, tan sólo, de una «limitación» del derecho y no su privación, ya que ello equivaldría a sostener que la afectación de una parte de un predio urbano, considerado excesivo, para realizar una «reforma urbana» configura una «limitación» del derecho de propiedad y no una «privación» del mismo y que, por tanto, no está sujeta a las garantías que prevé la Constitución para la expropiación de un bien. El que el titular de un patrimonio sea privado parcialmente de él, - como sucede con la reducción de una pensión - no significa, en modo alguno, que no constituya una privación de la propiedad, la que, como tal, sólo puede tener validez en los supuestos y con las garantías señaladas en el artículo 70° de la Constitución.

Precisamente, en la *STC del 27 de Septiembre de 20004 (Exp. N° 001-2004 y 002-2004-AI/TC, acumulados)*, relativa a la Ley 28046 que impone una «contribución solidaria» a las pensiones del régimen del D.L.20530, el TC ha expresado lo siguiente:

«El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no afecte irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria» (FJ.42)

De este modo, resulta que la finalidad del principio de «no confiscatoriedad» en materia tributaria tiene por finalidad garantizar el derecho de propiedad y el patrimonio de las personas. En ese sentido, la misma sentencia TC indica que:

«Es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y que, además, ha considerado a ésta como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica.» (FJ.42)

No hay la menor duda de que estos criterios son plenamente aplicables a otros supuestos en que la acción del Estado incida sobre el patrimonio de las personas, tal como la citada sentencia TC lo hace al considerar que la «contribución solidaria» no vulnera dicho principio constitucional. En efecto, tras analizar (FJ 44) el grado de afectación de las pensiones por dicho gravamen, el TC concluye sosteniendo:

«Consecuentemente, a criterio de este Tribunal, carece de todo sustento, con vista a los ejemplos utilizados (...)el argumento conforme al cual el tributo atenta contra el principio de no confiscatoriedad de los tributos. En efecto, carece de fundamento sostener que detraer S/ 562.50 de S/ 3,750, S/. 1522.50 de S/. 7, 250 o S/. 4,328 de S/. 14,426.60, constituyan actos confiscatorios, pues en ningún caso queda afectada una parte sustancial del patrimonio.» (negritas agregadas) (FJ.45).

Así, pues, para determinar la posible trasgresión del principio de «no confiscatoriedad» por el gravamen impuesto a las pensiones por la Ley N° 28046, el TC realiza un análisis cuantitativo a afectos de establecer el grado o proporción de afectación de aquellas, llegando a la conclusión que dicho principio no es vulnerado si la afectación de la pensión no compromete «una parte sustancial del patrimonio», lo que, a sensu contrario, significa que cuando la afectación alcanza a una «parte sustancial» de la pensión esta medida deviene confiscatoria y, por consiguiente, lesiva del derecho de propiedad.

Pues, bien, al haber adoptado la LRC y la Ley 28449 un tope de «desnivelación», fijo, aplicable por igual a todas las pensiones que excedan las 2 UIT, sin considerar el monto de cada pensión al 31 de Diciembre de 2005, muchos pensionistas verán reducidas sus pensiones en una parte sustancial, violándose con ello su derecho de propiedad. Al haber descartado un criterio proporcional para dicha afectación como el previsto para la «contribución solidaria» por la Ley N° 28046, como lo sería la fijación de un porcentaje, el efecto de reducir todas las pensiones superiores a 2 UIT hasta este monto, representará en numerosos casos niveles de reducción sustanciales que pueden llegar hasta las dos terceras partes de la pensión. Más aún si se tiene en cuenta que, al permanecer vigente, pese a la reforma constitucional, la Ley 28046, la aplicación simultánea a las pensiones de la «contribución solidaria», con un nivel de aportación entre 15% y 27%, y la reducción fija anual del 18% para alcanzar el monto máximo, es factible que el perjuicio al patrimonio del pensionista, que por sí, conforme al criterio del TC, no era sustancial con la sola aplicación de la Ley 28046, ahora resulte tal, al combinarse con el recorte gradual establecido por la Ley 28044, al amparo del nuevo texto de la PDFT de la Constitución, sancionado por la LRC.

Por ello estimamos pertinente tener cuenta lo que el Dr. Javier Neves Mujica, expresa en el documento *«Informe sobre los Sistemas Públicos de Pensiones: Los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral»*, presentado a la Defensoría del Pueblo:

«Nos parece que las afectaciones que tras una reforma constitucional de este tipo, se impusieran a las pensiones existentes, que encontramos en principio justificadas, tendrían que sujetarse a los valores de razonabilidad y proporcionalidad que operan como límites a cualquier restricción sobre los derechos fundamentales de la persona. De otro modo, aún con la Constitución

modificada, nuestro Tribunal Constitucional podría- y debería- calificarlas de inválidas, por lesionar el derecho a la seguridad social y el de propiedad. En todo caso, no dudamos que, de llegar una reclamación frente a una vulneración como la mencionada, a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declararía fundada».

En sentido coincidente, la Defensoría del Pueblo, en el Informe Defensorial N° 85 sobre «*La Situación de los sistemas públicos de pensiones de los DD.LL N°s 19990 y 20530, los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral*», aprobado mediante la Resolución Defensorial N° 012-2004/DP, de fecha 25 de Mayo de 2004, publicada en el diario oficial «El Peruano» el 26 del mismo mes y año, expresa, en el último párrafo del acápite Cuarto, lo siguiente:

«En todo caso, la eventual incidencia de las nuevas condiciones en que se otorgue y mantenga una pensión, con disminución de las ventajas actuales, no podría imponer cargas excesivas no sujetas a parámetros de razonabilidad que desnaturalicen el derecho. De ocurrir alguna infracción a este criterio, los organismos jurisdiccionales nacionales o internacionales, en su caso, tendrían que restituir el derecho vulnerado.»

Para apreciar el efecto confiscatorio que tendrán las nuevas normas «constitucionales» y legales sobre un sector de pensionistas, baste indicar que, por ejemplo, en una pensión cuyo monto es de S/ 9,500.00, la reducción de S/ 2,900, representa más del 30% de la pensión, sin considerar la «contribución solidaria» que se descontará adicionalmente. Pues bien, dicho porcentaje es claramente superior al último tramo del impuesto a la renta de personas naturales que se aplica para determinar la «contribución solidaria», el cual llega al 30%, pero no sobre el total de la pensión sino sobre el tramo correspondiente, es decir por el exceso de 54 UIT al año, como lo expone la STC del 27.09.04 en su Fundamento Jurídico 44. No es difícil concluir, que en las pensiones mayores a la utilizada como ejemplo, el porcentaje de reducción será mayor, alcanzando dimensiones manifiestamente contrarias a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Por ello, de conformidad con los criterios jurídicos antes esbozados, la lesión infligida al derecho de propiedad por la LRC, y la Ley 28449, es innegable, lo que acredita que el contenido de la llamada «reforma constitucional» modifica en sentido peyorativo este derecho, trasgredien-

do el límite material explícito que impide al legislador disminuir o suprimir los derechos fundamentales.

3. LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL ES INCONSTITUCIONAL PORQUE VULNERA EL PRINCIPIO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, QUE FORMA PARTE DEL NÚCLEO DURO DE LA CONSTITUCIÓN.

3.1 El Estado Social de Derecho en la Constitución peruana.

La ley de reforma constitucional que desconoce los derechos adquiridos en materia pensionaria y dispone la afectación inmediata del patrimonio de los actuales pensionistas, así como la pérdida del derecho al reajuste de las pensiones por vía de su nivelación con las remuneraciones, vulnera los principios fundamentales y valores superiores recogidos por nuestra Constitución al asumir, como una decisión política, el Estado Social de Derecho.

En efecto, esta concepción se encuentra plasmada en el artículo 43°, ab initio, de la ley fundamental que señala:

«La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana» (subrayado agregado).

Esta definición, se encuentra complementada y explicitada en el Artículo 44° que establece, como uno de los «deberes primordiales» del Estado **«promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».**

De la misma manera, el compromiso del Estado con la realización de la igualdad sustancial está reafirmado en el artículo 23°, segundo párrafo, que señala: «El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico...»

En relación a estas definiciones constitucionales, el supremo intérprete de la Constitución, ha expresado lo siguiente:

«El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad pri-

vada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales» (STC del 11.11.2003/Exp.Nº 0008-2003-AI/TC, FJ.10)

3.2. Concepto y elementos del Estado Social de Derecho.

El constitucionalismo social iniciado por la Constitución Mexicana de 1917 y por la Constitución Alemana de Weimar de 1919 ha producido dos decisiones políticas fundamentales adoptadas por los Estados para construir sociedades más justas e igualitarias, que, sin duda, enriquecen y mejoran los principios básicos del viejo Estado Liberal: en el principio de «distribución», con la incorporación de los derechos sociales y económicos en el elenco de los derechos liberales tradicionales, y en el principio de «organización», con la fórmula política del Estado Social y Democrático que se asienta sobre el Estado Liberal, para transformarlo y darle contenidos cada vez más reales y materiales a las vacías libertades jurídicas.

Para Antonio Pérez Luño, «el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho plantea una importante serie de cuestiones teóricas y prácticas. Se ha señalado, por ejemplo, que una de las más evidentes mutaciones operativas que comporta el Estado social reside en atribuir a los poderes públicos la consecución de la «procura existencial» (Daiseinvorsorge); es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural»⁸³.

Las desigualdades sociales y las necesidades materiales de los individuos en una sociedad con grandes diferencias entre clases y grupos sociales y con carencia de recursos y bienes económicos requieren de la actividad e intervención del Estado Social para adoptar las políticas e implementar las medidas necesarias para superarlas y satisfacerlas en forma adecuada y oportuna, a través de la prestación de servicios públicos y el otorgamiento de derechos sociales, que promuevan la realización y el desarrollo personal en la comunidad.

83. Pérez Luño, Antonio Enrique, «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», Madrid, Tecnos, 1995, p. 224.

En tal sentido, las nociones «estado social» y «derechos sociales» son, conceptual e históricamente, inseparables, ya que expresan dos aspectos de la misma realidad. En efecto, el «Estado Social» se configura en la medida que la Constitución reconoce y garantiza los «derechos sociales» y encomienda al Estado, abandonar su pasividad tradicional, para actuar a favor de la realización y vigencia efectiva de tales derechos; de otro lado, Estado Social es únicamente aquel en que rigen, se respetan y se promueven los derechos sociales. Además, desde el punto de vista histórico, el reconocimiento progresivo de los «derechos sociales» produjo la transformación del Estado Liberal clásico en Estado Social y la existencia de este posibilitó, a la vez, la ulterior expansión de estos derechos y el logro de su mayor efectividad. De allí que la vigencia real del «Estado Social de Derecho» se encuentre directamente vinculada a la de los «derechos sociales», sin que, por ello, resulte válido pretender que la eventual afectación de estos es irrelevante respecto de aquel.

En este sentido, Monereo Pérez sostiene que «...el principio constitucional de Estado social se traduce en la opción constitucional por el disfrute efectivo de los ciudadanos de las posiciones jurídicas aseguradas por los derechos fundamentales. Ello supone la imputación al Estado (o, en general a los poderes públicos) de la responsabilidad de procurar que existan las condiciones que permitan hacer realidad ese disfrute de los derechos por los individuos en cuanto pertenecientes a la comunidad política.»⁸⁴

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha sostenido con rotundidad la noción que preside nuestra jurisprudencia respecto al rol del Estado social de derecho:

«El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio.» (STC de 11.11.2003/Exp. N° 0008-2003-AI/TC, FJ.12)

84. Monereo Pérez, José Luís, «Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral», Consejo Económico Social, Madrid, 1996, p.p.161-162.

3.3 La función de los derechos sociales en el Estado Social de Derecho.

A partir de la Constitución de 1933, la Constitución Histórica del Perú plasma el constitucionalismo social mediante la inscripción de los derechos sociales y el establecimiento del Estado Social y Democrático. La Constitución de 1933 contiene un catálogo amplio de «garantías sociales» en el Capítulo I del Título II, y el Artículo 48° de la Constitución de 1933 señala que «la ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas». La Constitución de 1979 contiene en varios capítulos del Título I a los derechos a la seguridad social, salud y bienestar, a la educación, ciencia y cultura, al trabajo y la función pública, los Artículos 12°, 13°, 14°, 20°, 43° y 60° y 284° y Octava Disposición General y Transitoria reconocen los derechos a la seguridad social, a pensiones, y a su reajuste y nivelación progresiva, el Artículo 79° declara que el Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo, los Artículos 110° y 115° plasman la economía social de mercado. La Constitución de 1993 reúne en el Capítulo II del Título I a los derechos sociales y económicos, los Artículos 10°, 11°, 12°, 24° y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria, el Artículo 43° declara que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana, y el Artículo 58° reconoce la economía social de mercado.

Respecto a la declaración que contiene el artículo 43°, ab initio, de nuestra Constitución, García Toma afirma, en relación al concepto de «república social»:

«Expresión que alude al compromiso político de materializar condiciones de vida digna para la pluralidad de los miembros del Estado.

En puridad, implica el plano programático de la democracia. Ello involucra la afirmación de la solidaridad y fraternidad en aras de que, a través de los servicios públicos y políticas de promoción, cada persona alcance, de acuerdo a su talento, virtud, conocimiento o laboriosidad, su respectivo proyecto de vida»⁸⁵

85. García Toma, Víctor, «Análisis Sistemático de la Constitución peruana de 1993, Tomo II. Universidad de Lima-Fondo Editorial, Lima, 1998, p.30.

Los derechos sociales y económicos como parte de los derechos fundamentales de las personas y la fórmula política del Estado Social y Democrático constituyen principios y valores supremos, y decisiones políticas de la comunidad peruana, que forman parte del «núcleo duro» de la Constitución, le dan unidad, sustancia y continuidad a la Nación, y por tanto, no se pueden modificar ni suprimir por la vía de la reforma constitucional. En la sentencia del 21.01.02, el Tribunal Constitucional ha reconocido, implícitamente, el carácter de derechos «fundamentales» de los derechos sociales al indicar que el Congreso de la República «...en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título como éstos se hallen consagrados.»

Para una comprensión del significado y la protección constitucional de los derechos sociales y económicos es necesario recurrir a la denominada «teoría institucional de los derechos humanos».

En esta materia, la *STC del 10 de Junio de 2002, Exp. N° 011-2002-AI/TC*, nos indica lo siguiente:

«La justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido, la defensa de los derechos fundamentales supone, a su vez, la defensa de la institucionalidad del Estado. En tal sentido, muchos derechos fundamentales trascienden tal condición para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente abstencionista.» (FJ.13)

De este modo, para la teoría institucional, los derechos fundamentales tienen un doble carácter y contenido constitucional: un carácter jurídico-subjetivo, en tanto son derechos públicos subjetivos o individuales de las personas, y, un carácter jurídico-objetivo, en cuanto cons-

tituyen valores objetivos-institucionales de la comunidad que producen deberes o mandatos objetivos dirigidos en especial al Estado y los poderes públicos, pero, también a los poderes privados («fácticos») y a todos los ciudadanos, para su realización y favorecimiento.

Pëter Häberle señala que «los derechos fundamentales de la Grundgesetz tienen un doble contenido constitucional. De un lado, presentan un «aspecto» de derecho individual; son «derechos de la persona». Titulares de los derechos fundamentales son, según la naturaleza del derecho fundamental en cuestión, ora individuos, ora, al lado de estos, grupos como coaliciones, asociaciones y sindicatos»⁸⁶, y «de otro lado, están caracterizados por un «aspecto institucional» («institutionelle Seite»). Ellos representan la garantía constitucional de esferas de vidas reguladas y organizadas según principios de libertad, que a causa de su significado objetivo institucional, no se dejan enclaustrar en el esquema libertad individual-límite a la libertad individual, se rebelan a la relación unidimensional individuo-Estado y no se dejan fundar sobre el solo individuo»⁸⁷.

Sobre la base institucional, César Landa sostiene que la teoría jurídico-social postula que «es únicamente con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social, que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales, como derechos subjetivos de realización mediata para el particular y como derechos objetivos vinculantes inmediatamente para el Estado»⁸⁸.

Por su parte, Böckenförde resalta que «los derechos fundamentales no tienen aquí primariamente el carácter de derechos de defensa del individuo con respecto al aseguramiento de un ámbito de libertad individual y social en el que los individuos, desde el punto de vista jurídico, pueden actuar a su arbitrio, sino el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos. Se despliegan y se realizan en regulaciones normativas de tipo institucional que están guiadas por la idea ordenadora del derecho fundamental, y que como tales acuñan las circunstancias vitales a las que se aplican, asumiéndolas y confiriéndoles relevancia normativa»⁸⁹. De esta manera, «se abre un

86. Häberle, Peter, «La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional», op.cit. p. 163.

87. *Ibidem.*, 163-164.

88. Landa Arroyo, op.cit., p. 478.

89. Böckenförde Ernst Wolfgang. «Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, op. cit., p. 53.

margen para una configuración y normación legal del ámbito de protección de los derechos fundamentales considerablemente más amplio que el de la teoría de los derechos fundamentales del Estado de derecho liberal. La ley, como toda regulación jurídico-normativa en el ámbito del derecho fundamental, no se presenta primariamente como limitación e intervención en la libertad de derecho fundamental, sino más bien como favorecimiento y realización de esta libertad»⁹⁰.

Entre las consecuencias de la dinámica de los derechos «una es la tendencia a la intangibilidad de las situaciones económicas existentes o de las regulaciones de legalidad ordinaria en presencia. Una vez existentes, éstas se presentan, aunque de forma contingente en su relación con el derecho fundamental, sencillamente como realización o «conformación institucional» objetivamente dada o incluso objetivamente necesaria, y por eso participan – de forma global o limitada al llamado contenido nuclear – de la resistencia forzada del derecho fundamental, de su inviolabilidad por el legislador»⁹¹.

Como advierte Antonio Pérez Luño «en el Estado social de Derecho se pretende una realización práctica del sistema de los derechos fundamentales en su conjunto, sin que quepa atribuir a ninguno de los derechos sancionados constitucionalmente un significado puramente declarativo o pragmático; ello ha supuesto el reconocimiento de un status activus processualis que permite a los ciudadanos la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos fundamentales»⁹² y «de ahí que la teoría institucional sostenga el carácter plenamente vinculante de los derechos sociales, concebidos como auténticas categorías jurídico-positivas encaminadas a concretar y realizar las cláusulas sociales y democráticas del Estado de Derecho a través del establecimiento de las consiguientes prestaciones y servicios públicos»⁹³.

En el mismo sentido, el TC afirma el compromiso inherente al Estado social de derecho en orden a realizar la libertad material y la igualdad sustancial:

«El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la

90. Ibídem., p. 54.

91. Ibídem, pp. 55-56.

92. Pérez Luño, op.cit., p. 300.

93. Loc.cit.

libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real...» (STC del 11.11.2003/Exp. N° 0008-2003-AI/TC, FJ 11)

3.4 Eficacia y exigibilidad de los derechos sociales.

Establecido que entre los derechos civiles y políticos, de un lado, y los económicos, sociales y culturales, del otro, no existe diferencia alguna de jerarquía, pues todos tienen la común condición de derechos fundamentales, interesa, no obstante, reconocer ciertas diferencias entre los derechos clásicos de libertad y los derechos sociales en cuanto a su naturaleza y grado o nivel de exigibilidad.

En primer lugar, debemos notar que «la consecuencia es que los derechos fundamentales sociales - en el marco de un ordenamiento constitucional democrático y basado en el principio del Estado de Derecho, que no hace del juez un legislador - no pueden fundamentar directamente en sí pretensiones reclamables judicialmente; es propio de su naturaleza el que no representen derecho inmediato (para los ciudadanos) cuando están en la Constitución y antes de su conformación por parte del legislador. Se dirigen con aplicabilidad inmediata, a los órganos estatales en la legislación y administración, a los que obligan a la realización de los mandatos en ellos contenidos»⁹⁴.

No obstante que «en el marco de un ordenamiento constitucional democrático y fundamentado en el principio del Estado de Derecho los derechos fundamentales sociales no pueden tener el carácter de derechos fundamentales en sentido estricto debido a que tal carácter forma parte la aplicabilidad inmediata y la posibilidad de ser exigible por los ciudadanos, ello no significa en modo alguno que deban quedar normativamente en simples proposiciones programáticas políticas y no vinculantes»⁹⁵.

94. Böckenförde, Ernst Wolfgang, op. cit. p. 78.

95. *Ibidem*, p. 80.

Por ello, en segundo lugar, «ello no excluye que los derechos fundamentales sociales, cuando sobre su base se han originado determinadas pretensiones por obra del legislador o de una práctica administrativa continuada, acojan constitucionalmente a tales pretensiones y protejan al ciudadano contra su supresión definitiva (no ciertamente contra una modificación o una reducción compatible con el mandato social de configuración)» ⁹⁶, porque, sin duda, que «frente a una configuración ya verificada, en la que deben encontrar su lugar y su expresión las consideraciones y decisiones políticas, de planeamiento y financieras, los derechos fundamentales sociales pueden establecer ciertos límites elementales a la transformación o a la supresión» ⁹⁷.

En este sentido, los derechos sociales están vinculados a los mandatos objetivos que la Constitución formula a los poderes públicos del Estado para su realización y favorecimiento en beneficio de las personas. Böckenförde define que «los mandatos constitucionales son deberes jurídico-objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales en la legislación y la administración, deberes de actuar para la realización del fin o del programa formulados en el mandato a través de las medidas apropiadas, con lo que se dejan al parecer y entender del juicio político del órgano actuante, y con ello al proceso político, la vía, la dimensión y las modalidades de la realización» ⁹⁸.

De los mandatos constitucionales se derivan por lo menos tres deberes jurídicos objetivos para el legislador y el administrador del Estado.

Primero: «el fin o programa como tal se sustrae a la en otro caso existente libertad de fines o de objetivos de los órganos políticos y les es puesto como algo que les vincula» ⁹⁹.

Segundo: «es inadmisibles la inactividad y la desatención grosera del fin o del programa por parte de los órganos del Estado» ¹⁰⁰.
y

Tercero: «las regulaciones y las medidas tendentes a la consecución del fin, una vez establecidas, se mantienen constitucionalmente de manera que la vía de la realización del mandato en

96. Ibídem., p. 78.

97. Loc.cit., p. 78.

98. Böckenförde, op. cit., p. 80.

99. Ibídem, pp. 80-81.

100. Loc. cit.

ellas descrita está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera» ¹⁰¹.

De los mandatos y deberes objetivos se desprenden tres derechos subjetivos de realización o exigibilidad inmediata de los individuos con pretensiones de defensa de sus titulares ante los tribunales.

1) La pretensión de defensa del titular afectado frente a la adopción de un fin o programa diferente al establecido.

2) Las pretensiones de defensa del titular afectado «frente a una inactividad» y a «una desatención grosera» ¹⁰².

3) La pretensión de defensa del titular afectado frente a «una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional» ¹⁰³.

En tal sentido, del hecho de que las normas que contienen los derechos fundamentales sociales se expresen como un mandato al legislador para la realización de un programa social o la configuración de un derecho de prestación, no se puede concluir que carece de eficacia o exigibilidad, pues una vez adoptado legislativamente dicho programa o configurado legalmente el derecho, estos, en cuanto «concreción» del mandato o norma constitucional vienen a ser su materialización, razón por la cual ya no resulta posible escindir la norma constitucional de la normal legal que la realiza y sostener que la modificación o supresión del derecho configurado por ésta última es, tan sólo, una operación en el plano legal, sin efectos ni consecuencias constitucionales. En otras palabras, si bien antes de la configuración legal, o concreción, del derecho social, el legislador dispone de un margen discrecional para elaborar dicha configuración, una vez efectuada ésta, dicho margen desaparece, en cuanto posibilidad de modificar peyorativamente tal derecho o, peor aún, suprimirle, admitiéndose, únicamente, la posibilidad de variar aquella configuración, o concreción legal, para ensanchar o elevar el ámbito de protección social otorgado por el derecho respectivo.

Por consiguiente, la noción de «República Social» o, lo que es igual, «Estado Social de Derecho», o, también, «Estado de Bienestar», expresamente recogida por nuestra Constitución en los artículos 43º y 44º, supo-

101. Loc.cit.

102. Loc. cit.

103. Loc. cit.

ne, como elemento fundamental, el reconocimiento de los «derechos sociales», ya sea de aquellos cuyo contenido esencial se encuentra directamente formulado por la ley suprema, cuanto de aquellos que, enunciados por esta bajo la forma de un mandato al legislador o norma programática, han sido configurados o concretados por éste mediante normas legales. La vigencia y garantía de tales derechos, es una obligación central del Estado Social, pues sin derechos sociales, este no existe o se transformaría en una noción jurídica hueca e inútil. De allí que, necesariamente, toda afectación de estos derechos conlleva la devaluación y debilitamiento del Estado Social, en sentido contrario a la Constitución, en especial al deber del Estado de promover el bienestar de la población, señalado por su artículo 44°.

3.5 La aplicación progresiva de los derechos sociales.

De allí, también, que la puesta en vigencia y, respecto a los que ya rigen, el logro de su plena efectividad, de los derechos sociales, esté condicionado al principio de PROGRESIVIDAD, conforme al cual si bien los mandatos constitucionales en que residen tales derechos no son, en todos los casos, inmediatamente aplicables por el Estado obligado a cumplirlos, éste deben tender, de una manera clara y constante, a su realización progresiva, según su capacidad económica y las posibilidad de la sociedad.

Acerca de esta obligación, al desarrollo progresivo de los derechos sociales, la *STC del 11.11.2003/Exp.N° 0008-2003-AI/TC*, señala lo siguiente:

«...la interpretación social permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad, dotado de metas claras y realistas. Es menester recordar que el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados a actuar de manera individual y conjunta para alcanzar la efectividad de los derechos que dicho texto reconoce.

El artículo mencionado establece que «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el

máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.» El enunciado de dicho artículo, en lo sustancial, se repite en el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (FJ.6).

En nuestra Constitución, dicha característica aparece en varias de sus disposiciones. Así, el artículo 10º reconoce el derecho universal y «progresivo» a la seguridad social, el cual debe proteger a la persona frente a las contingencias que señale la ley y para «la elevación de su calidad de vida». La Segunda Disposición Final y Transitoria, garantiza el pago oportuno y «reajuste periódico» de las pensiones que administra el Estado, con arreglo a las previsiones presupuestarias y a las posibilidades de la economía nacional. Y, la Undécima Disposición Final y Transitoria indica que «Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.»

Respecto a la interpretación de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución, el propio TC, en su *Sentencia del 27 de Junio de 2003 (Exp. N° 002-2003-AI/TC)* ha señalado lo siguiente:

«...cuando la Segunda Disposición establece que el Estado garantiza el «pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra», con ello no sólo se está estableciendo un mandato al Estado de pagar «oportunamente» las pensiones que administra y, en particular, las reguladas por los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530, sino, además, el de «reajustarlas» periódicamente. En este contexto, el «reajuste» de las pensiones no puede entenderse como una autorización para *disminuirlas* a quienes tienen ya el derecho adquirido, sino de «incrementarlas», a fin de garantizar el derecho a una vida digna de quienes son sus titulares.» (FJ 14)

Explicitando los criterios asumidos por la jurisprudencia del TC, el Magistrado Bautista Bardelli señala que «El principio de progresividad establecido en la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución exige del intérprete evaluar, en cada caso concreto, no sólo que el legislador no establezca medidas regresivas, esto es, destinadas a reducir los ámbitos de eficacia ya alcanzados, sino también a evaluar que en relación con los que no hayan sido objeto de ninguna prestación estatal,

que tal situación no permanezca en el mismo status quo que lo dejó el constituyente»¹⁰⁴

Respecto a la obligación del legislador de desarrollar los derechos fundamentales, el citado Magistrado agrega que «Progresividad en su implementación supone la realización de medidas destinadas a hacerlas efectivas, paso a paso, y no que las pocas que se hayan efectuado se desarticulen.(...) Y es que el criterio de progresividad en su implementación no sólo se reduce a evaluar comportamientos regresivos, sino, también, a controlar que dichas cláusulas, progresivamente, sean implementadas para adquirir su plena eficacia.»¹⁰⁵

Por consiguiente, en el marco del Estado Social de Derecho, el principio de «progresividad» de los derechos sociales opera en una doble dirección: i) como criterio de «flexibilidad» que permite compatibilizar la puesta en vigencia y el logro de su plena efectividad con las posibilidades económicas del Estado y, en general de la sociedad, y ii) como límite negativo a la actuación estatal opuesta al mandato constitucional de darles eficacia o a la que pretenda reducir el grado de eficacia que ya hubieren alcanzado. En otras palabras, si bien la implantación del «Estado Social», - y con él la plena eficacia de los derechos sociales - se vislumbra, constitucionalmente, como un proceso progresivo y acumulativo, que se va desarrollando en consonancia con la capacidad económica del Estado, de otro lado, no son admisibles, como lo dice Bautista Bardelli «medidas regresivas, esto es, destinadas a reducir los ámbitos de eficacia ya alcanzados». Es, por tanto, obligación del Estado, respetar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos sociales, tanto la de aquellos cuyo contenido esencial es configurado por la propia Constitución cuanto la de quienes han sido configurados legalmente en base al mandato constitucional.

Y ello es así, por dos razones fundamentales:

1) Porque si, como la doctrina lo ha establecido, los «derechos sociales» son componentes estructurales del Estado Social de Derecho, esto es que su presencia y vigencia definen a este tipo de Estado, que no puede existir sin aquellos, entonces toda afectación peyorativa de los derechos sociales, toda pérdida de eficacia de los mismos por decisión del

104. Bautista Bardelli, Juan, «Los criterios de interpretación de los Derechos Fundamentales previstos en la Constitución de 1993» en «Jurisprudencia Constitucional», Año I, N° 1, Lima, Marzo de 2004, p.6.

105. Loc.cit.

legislador o del poder político afecta, necesariamente la concepción misma del Estado plasmada en la Constitución, en la medida que tiende a vaciar de contenido dicha fórmula política y, con ello, desnaturalizar a la propia Constitución.

2) Asimismo, porque la afectación de los derechos sociales vulnera la «ciudadanía social» que emana de la presencia y vigencia de estos. Como se señala «El concepto de ciudadanía social se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. En esta perspectiva, los derechos sociales son un derecho básico de la persona y cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos».¹⁰⁶

Indica este mismo autor, que, entonces, la ciudadanía plena se encuentra configurada por tres dimensiones: i) la ciudadanía política, que tiene su fundamento en el principio participativo, ii) la ciudadanía civil que se vincula al principio de libertad y iii) la ciudadanía social, que se enlaza con el principio de la igualdad sustancial.¹⁰⁷

Para el profesor español «Entre los derechos sociales (que forman parte del status de ciudadanía social), que asumen la función en el orden constitucional de institutos de desmercantilización y de neutralización de los resultados negativos producidos por el mercado, se hallan naturalmente todos los derechos sociales en sentido estricto y señaladamente el derecho a la Seguridad Social que se concede precisamente como derecho atribuido a los individuos en su condición de ciudadanos».¹⁰⁸

En tal virtud, la reducción o supresión de los derechos sociales tiende a recortar o, incluso, suprimir la «ciudadanía social» adquirida gracias a la vigencia y eficacia de aquellos y que determina la existencia de un status a través del cual deviene posible para los individuos acceder a la igualdad sustancial o material, cuya realización constituye un valor superior de la Constitución, tal como lo expresa el Artículo 59º, in fine, de esta al prescribir lo siguiente:

106. Monereo Pérez, op.cit.,p.159.

107. Vid. Monereo Pérez, op.cit.,p.160.

108. Ibídem, p.p.162-163.

«El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; (...)»

En conclusión: en la medida que la ley de reforma constitucional modifica peyorativamente el derecho a la seguridad social, la garantía del respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria, el reajuste por nivelación de las pensiones de un sector de jubilados y su derecho de propiedad, al recortar el monto de las pensiones que venían percibiendo, 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, materia ajena a la competencia del legislador ordinario para la reforma constitucional, por constituir, en razón de su naturaleza, un límite material implícito a la reforma constitucional, que ha sido trasgredido por el Congreso de la República al aprobar la LRC.

5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTA FACULTADO PARA EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

5.1 El control del Tribunal Constitucional sobre la reforma constitucional.

El establecimiento de una teoría constitucional acerca de los límites de la reforma constitucional, tanto formales como materiales, explícitos e implícitos, obliga a establecer como correlato una teoría y una práctica sobre el control de toda reforma constitucional que trasgreda dichos límites, violentando la Constitución, el mismo que debe comprender tanto al órgano competente como a los medios procesales con que cuenta la Constitución para impedir y reprimir dichos excesos y restablecer el orden constitucional quebrantado.

De no ser así, resultaría meramente teórico y académicamente rico, pero vano y superfluo en la práctica, establecer la existencia 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 tanto, no existir un órgano y un proceso autorizados para impedir y reprimir dicha reforma. Así, lo entiende Pedro de Vega al afirmar que «la problemática de la reforma que, con mayor o menor fortuna hemos intentado hasta ahora exponer, quedaría reducida a una mera disquisición

doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurará efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites» ¹⁰⁹.

Como lo describe Germán Bidart Campos se presenta la duda «si el poder constituyente derivado que infringe el procedimiento de enmienda, o que efectúa enmiendas en materias o contenidos de la constitución que le están vedados y sustraídos, es susceptible de ser descalificado mediante alguna técnica de control; ello envuelve la ardua pregunta de si una reforma de la constitución puede ser inconstitucional (anti-constitucional)» ¹¹⁰. Y él mismo concluye que «la respuesta afirmativa se impone, desde que se acepta que el poder constituyente derivado está subordinado al originario, en forma que cuando se ejerce en contra o fuera de ese encuadre limitativo, la enmienda que es producto de tal violación acusa un vicio o defecto de invalidez. Y arbitrado un sistema de control de constitucionalidad -cualquiera sea-, la reforma de la constitución no debe escapar al eventual control que recae sobre toda actividad contraria a la constitución» ¹¹¹.

Por ello, los ordenamientos constitucionales de los Estados democráticos han asignado al Tribunal Constitucional, en su condición de comisionado del poder constituyente para la defensa de su voluntad y obra: la misma Constitución, un conjunto cada vez más numeroso de facultades y deberes relacionados con el mantenimiento de los principios, valores y normas supremas del ordenamiento jurídico, además de las competencias tradicionales (control de leyes, tutela de derechos y conflictos de competencia). En este sentido, Lucio Pegoraro relata que «en casi todos los ordenamientos, el carácter particularísimo de las decisiones de los Tribunales constitucionales -cuya sustancia es ampliamente discrecional (por no decir política), pero cuya forma está caracterizada por la jurisdiccionalización del proceso- y sobre todo la posición de terciario en la que operan los jueces de la ley, han sugerido conferirles (más allá del control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos, y de la resolu-

109. Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 296.

110. Germán J. Bidart Campos, *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 1969, p. 178.

111. *Ibidem*. 178

ción de conflictos entre centro y periferia) una serie de funciones que exigen el ejercicio de un papel arbitral»¹¹².

Entre éstas, las Constituciones de los Estados asignan explícita o implícitamente al Tribunal Constitucional la competencia para controlar la reforma constitucional, tanto para revisar los límites formales como materiales que la Constitución impone al poder constituido de reforma. Con relación a la competencia explícita, «no se debe por tanto sorprender que, al término de un proceso largo por lo menos dos siglos, algunas Constituciones hayan llegado incluso a prever un papel activo de los Tribunales constitucionales en el ámbito del procedimiento de revisión constitucional, consagrando así su función de «constituyente permanente»»¹¹³. Sin embargo, si los ordenamientos constitucionales y legales no lo contemplan de modo expreso, es posible derivar que el tribunal tiene dicho poder implícito por su posición de garante de la Constitución y por la naturaleza y relevancia de las facultades que se le tienen asignadas.

3.2 La cuestión del control del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento y la materia de la reforma constitucional en el derecho comparado.

La cuestión de la competencia del órgano de control de la constitución respecto a la reforma constitucional, ha merecido, desde luego, la atención de diversos ordenamientos estatales, en los cuales se han previsto mecanismos para que dicha actuación del Poder Legislativo no quede sustraída al ámbito propio del control de constitucionalidad.

A. El control sobre el procedimiento de la reforma constitucional.

La Constitución Española establece de modo implícito un control a cargo del Tribunal Constitucional de los procedimientos de reforma constitucional. En este ordenamiento, se afirma que «al Tribunal Constitucional le corresponderá sin dudas entender del control de constitucionalidad de las leyes de reforma de la Constitución»¹¹⁴.

112. Lucio Pegoraro, Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución, En Pensamiento Constitucional Año VI, N° 6, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 221.

113. *Ibidem.*, pp. 227-228.

114. Pedro de Vega, *op.cit.*, p. 154.

Respecto a la oportunidad del mismo, «en este caso, no está previsto –con buen criterio– control previo alguno, sino que el control de constitucionalidad sólo podría producirse a posteriori, es decir, una vez que la ley de reforma hubiera sido aprobada por ambas Cámaras por mayorías muy cualificadas, eventualmente sometida a referéndum, sancionada, promulgada y publicada y que se hubiera incorporado por tanto a la Constitución» ¹¹⁵.

Sin embargo, dicho control se limita en cuanto a su objeto, con cierto sentido, a revisar los vicios de procedimiento debido a que la Constitución contiene una regulación especial de dos procedimientos diferenciados para la reforma o revisión: uno, el del Artículo 167º, para la reforma constitucional «propriadamente dicha» o «parcial», y otro, el del Artículo 168º, para la reforma o revisión «total» de la Constitución. Al respecto, «corresponde también al Tribunal Constitucional, como órgano supremo de control, vigilar y garantizar que las normas de procedimiento se cumplan» ¹¹⁶.

Conforme al Artículo 167º de la Constitución Española los proyectos de reforma constitucional deben ser aprobados por mayoría de 3/5 del Congreso de Diputados y del Senado, o por mayoría absoluta del Senado y mayoría de 2/3 del Congreso de Diputados, y serán sometidos a referéndum si lo solicitan 1/10 de los miembros de cualquiera de las cámaras.

No obstante, el Artículo 168º señala que cuando se propusiere una revisión de la Constitución que afecte el Título Preliminar que reúne los principios básicos del Estado Español, el Capítulo Segundo de la Sección Primera del Título I sobre los derechos y libertades fundamentales, o el Título II de la Corona, se aprobará el principio por mayoría de 2/3 de cada cámara, se disolverán inmediatamente las Cortes Generales y una vez elegidas las nuevas cámaras estas deberán ratificar la decisión, aprobar el nuevo texto constitucional por mayoría de 2/3 de cada cámara, y, luego, someter dicha reforma a referéndum.

Si bien la Constitución renunció a definir la reforma o revisión «total», se señala que «parece lógico pensar que en la definición de una reforma como revisión habrá que tomar en consideración tanto elementos

115. Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. 195.

116. Pedro de Vega, «La Reforma...», op. cit., p. 299.

cuantitativos del tipo de los que se apuntaron en el proceso constituyente: número de artículos o un Título completo de la Constitución, etc., como cualitativos: que la reforma afecte a alguna institución que pudiera ser definida como órgano inmediatamente constitucional y singularmente relevante en el sentido de que no sólo está definida y regulada en sus aspectos esenciales en la propia Constitución, sino que además su presencia en el edificio constitucional sea decisiva»¹¹⁷. Pérez Royo cita a título de ejemplo que «el Tribunal Constitucional como institución no figura entre los contenidos especialmente protegidos por el artículo 168 y, sin embargo, una reforma que suprimiera el control de constitucionalidad de la ley sería, en mi opinión, una revisión, una reforma total, en la medida en que cambiará una pieza clave del edificio constitucional»¹¹⁸

Como puede apreciarse, en el supuesto de la «revisión total» o una parcial que afecte las materias enumeradas en el artículo 168º de la Constitución Española, el procedimiento establecido implica someter la decisión al pueblo como titular del «poder constituyente», pues a éste le compete elegir a las nuevas Cortes Generales que deben ratificar, o no, la decisión de «revisión total» o de una «parcial» pero sustancial de la Constitución, invistiéndolas, en el primer caso, del poder constituyente, sin perjuicio de la decisión popular definitiva que habrá de adoptarse en referéndum. Más allá, de cuestiones procedimentales, es evidente que la diferencia entre los procedimientos señalados en el artículo 167º y 168º de la Constitución española, reside en el hecho de que en el primero de ellos, la «reforma» (parcial y no sustancial) compete, en exclusiva, al poder constituido, mientras que en el segundo, la «revisión total» o reforma sustancial, se somete a la decisión del pueblo, esto es, al poder constituyente.

Por ello, para el derecho español «la inconstitucionalidad de las leyes de reforma sólo podrá suscitarse en una doble perspectiva: 1) cuando con el procedimiento establecido en el artículo 167 se reformen artículos cuya revisión sólo es posible a través del mecanismo regulado en el artículo 168; 2) cuando la revisión se efectúe –tanto en los casos previstos en el artículo 167, como en los previstos en el artículo 168- sin cumplir puntualmente los trámites exigidos por la Constitución»¹¹⁹, y que «en

117. Javier Pérez Royo, op. cit., p. 196.

118. Ibídem., pp. 196-197.

119. Pedro de Vega, op. cit., p. 155.

ambos supuestos, se trataría de posibles inconstitucionalidades formales y bajo ningún concepto, cabría plantear la cuestión de inconstitucionalidad material»¹²⁰.

Por otra parte, Javier Pérez Royo señala que «teniendo en cuenta que es posible controlar la constitucionalidad de la ley de reforma y que uno de los supuestos más claros de control sería el de una ley de reforma aprobada por el procedimiento del artículo 167 que afectara el contenido protegido por el procedimiento del 168, la decisión podría acabar en las manos del Tribunal Constitucional»¹²¹.

Si bien se afirma que en el derecho español sólo es posible la inconstitucionalidad formal, no obstante el control material está presente cuando mediante el procedimiento de reforma «parcial» del Artículo 167° se pretenda modificar alguna materia contenida en la lista de aquellas que sólo pueden variarse por el procedimiento de reforma o revisión «total» del Artículo 168°. Aquí, en realidad, hay una inconstitucionalidad material de la reforma «parcial» que es reconducida en clave de vicio formal o procedimental por no haberse seguido el procedimiento de reforma o revisión «total», pues las materias contenidas en la lista del artículo 168° constituyen límites materiales explícitos o cláusulas de intangibilidad frente al procedimiento de reforma «parcial» del Artículo 167°, es decir frente a la competencia específica del legislador ordinario en materia de reforma constitucional.

En el derecho latinoamericano, «para cualquier duda, en efecto, otras Constituciones –como la colombiana– aclaran que el control del proyecto de revisión está limitado al examen de los «vicios de procedimiento en su formación» (en el caso concreto, en relación con la convocatoria a referéndum o de una apropiada Asamblea Constituyente)»¹²².

En efecto, la Constitución Colombiana señala con claridad que la Corte Constitucional sólo puede controlar la reforma constitucional respecto de vicios de procedimiento en su formación. El Artículo 241° Numerales 1. y 2. señala que la Corte Constitucional decidirá sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación, y, con anterioridad

120. Loc.cit.

121. Javier Pérez Royo, op. cit., p. 195.

122. Lucio Pegoraro, op. cit., p. 237.

al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación ¹²³.

B. El control sobre el contenido material de la reforma constitucional.

El Tribunal Constitucional también asume el control del contenido material o sustancial de la reforma constitucional para impedir que so pretexto de la reforma constitucional, el poder constituido reformador suprima o vacíe de contenido las decisiones políticas fundamentales, los principios y los valores superiores de la Constitución, que forman su «núcleo duro» y le dan identidad, sustancia y continuidad, las que por su naturaleza y significación son irreformables por dicho procedimiento.

En el derecho italiano, Roberto Romboli comenta la actividad de la Corte Constitucional en este tema, refiriendo que «por lo que se refiere al control de las leyes formalmente constitucionales, la Corte (sentencia 1146/1988) ha tomado una clara posición sobre el problema, sosteniendo que la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser eludidos o modificados en su contenido esencial, ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales» ¹²⁴. Respecto a estos principios supremos «son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional -así, la forma republicana- cuanto los principios que, aun no siendo expresamente mencionados entre aquellos no sometibles al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se fundamenta la misma Constitución italiana» ¹²⁵.

Por ello, la Corte Constitucional Italiana señala que «no se puede, por tanto, negar que esta Corte sea competente para enjuiciar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales, incluso en relación con los principios supremos del ordenamiento constitucional. Por otra parte, si no fuera así, se llegaría al absur-

123. Ver Eduardo Cifuentes Muñoz, La jurisdicción constitucional colombiana, En *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4 Una Mirada a los Tribunales Constitucionales Las Experiencias Recientes, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 148 y 163 y s.

124. Roberto Romboli, Italia, En Eliseo Aja (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 95.

125. *Ibidem.*, pp. 95-96.

do de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo, precisamente en relación con sus normas de más valor»¹²⁶.

En el derecho latinoamericano, las Constituciones Chilena y Boliviana le asignan de modo expreso dicha competencia al Tribunal Constitucional. Lucio Pegoraro apunta que «algún texto confiere un auténtico y propio poder de resolver, como en Chile, «cualquier cuestión de constitucionalidad que pueda surgir durante el examen de ... enmiendas constitucionales» o «las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución» (Bolivia)»¹²⁷.

El Artículo 82° Numeral 2. de la Constitución de Chile señala que el Tribunal Constitucional resolverá las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Es importante anotar que «en ellas se ejerce un control preventivo de constitucionalidad antes de su promulgación, analizando el Tribunal Constitucional el proyecto de la reforma constitucional, en su constitucionalidad de forma (procedimiento, quóruns) como su constitucionalidad de fondo (la soberanía tiene como límite los derechos que emanan de la naturaleza de la persona humana, lo que constituye una norma suprema y pétrea frente al constituyente derivado o instituido)»¹²⁸.

El Artículo 120° Numeral 10. de la Constitución de Bolivia señala que conocerá y resolverá de las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución. Al respecto, desde una perspectiva española, Francisco Fernández Segado comenta que «habrá que entender que una demanda de este tipo estará justificada cuando se entiendan violadas reglas procedimentales previstas por la Constitución para su reforma»¹²⁹.

Las nuevas Constituciones de los Estados de Europa del Este, como Moldavia, Rumania y Ucrania, encargan a los Tribunales o Cortes Constitucionales examinar los proyectos de reforma constitucional y

126. *Ibidem*, 96.

127. Lucio Pegoraro, *op. cit.*, p. 236.

128. Humberto Nogueira Alcalá, *El Tribunal Constitucional Chileno*, En *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4 Una Mirada a los Tribunales Constitucionales Las Experiencias Recientes, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 123.

129. Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en la Reforma de la Constitución de Bolivia de 1994*, En *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 4 Una Mirada a los Tribunales Constitucionales Las Experiencias Recientes, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 103.

controlar de modo preventivo que no afecten los límites formales (procedimientos) y materiales (cláusulas de intangibilidad), en especial los derechos y libertades fundamentales.

Por ello, no cabe duda que el control del Tribunal Constitucional sobre la reforma constitucional admite un examen de los límites materiales y formales en caso que éstos sean trasgredidos por el poder de reforma, violentando la Constitución. Así, «en casos como éstos, prescindiendo de la ausencia de expresas limitaciones en las fórmulas en cuestión, es plausible que la intervención del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo sea circunscrito al examen de los vicios formales de procedimiento, o, si es el caso, a valorar que hayan sido superados límites expresos a la revisión (o, según la jurisprudencia de cada Tribunal, también los límites implícitos)»¹³⁰.

3.3 El control del Tribunal Constitucional sobre la reforma constitucional en el caso peruano.

De acuerdo a los Artículos 200º Numeral 4. y 202º Numeral 1. de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional conocer la Acción de Inconstitucionalidad contra las *normas* que tienen *rango de ley: leyes*, entre otras, que *contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*.

El Título VI De la Reforma de la Constitución y el Artículo 206º de la Constitución se refieren a la *ley de reforma constitucional* que no puede ser observada por el Presidente de la República.

De estas normas constitucionales se deriva la facultad implícita del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional por la forma (procedimiento) o por el fondo (contenido material), con el carácter represivo o posterior a su aprobación.

A pesar de ello, si se interpretará que la Constitución al señalar expresamente las normas objeto de control ante el Tribunal Constitucional mediante Acción de Inconstitucionalidad se refiere a las normas con rango de ley, y no a las leyes de reforma constitucional consideradas de naturaleza constitucional, César Landa señala que «el Tribunal Constitucional es competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se pue-

130. Lucio Pegoraro, op. cit., pp. 236-237.

dan introducir a través de la ley de reforma constitucional»¹³¹, explicando al respecto que «el poder de reforma de la Constitución, al ser propio de un poder constituyente instituido en las funciones legislativas del Congreso, por muy especial y singular que sea, no deja de ser un poder constituyente-instituido que actúa a través de una ley constitucional limitada y, por tanto, sujeta a control del Tribunal Constitucional»¹³².

De igual parecer es, en la doctrina nacional, el profesor García Toma, para quien la inconstitucionalidad de la reforma constitucional puede originarse en un «vicio formal» o en «vicio sustancial». Respecto a éste último, afirma que «cabe la probabilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma por vulneración de los valores fundamentales de la Constitución». Precizando, el fundamento de esta afirmación indica que «Se trata de un caso de colisión entre una enmienda constitucional y la fórmula política y el espíritu o telos de la carta; y con ello, del rebasamiento de límites no articulados, implícitos o tácitos»¹³³.

En el mismo sentido, la Sentencia de fecha 21 de Enero de 2003, Exp. N° 014-2002-AI/TC, declara que «el Tribunal Constitucional considera que de una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206° de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional».

Además, afirma 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

131. Landa Arroyo, op.cit.,p. 315.

132. Loc.cit.

133. García Toma, Víctor, op.cit., p.575.

segundo párrafo del artículo 32º, no puede suponer ni disminución ni supresión de derechos fundamentales».

Y lo reafirma en la Sentencia de fecha 10 de Diciembre de 2003, Exp. N° 014-2003-AI/TC, cuando se pregunta si existe una norma parámetro para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, y responde que en dicha demanda «no se solicita la declaratoria de la inconstitucionalidad de una o algunas disposiciones de la Constitución de 1993, *tampoco se pide que se declare la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que haya sido introducida de manera contraria al procedimiento contemplado en su artículo 206º, o vulnerando los límites materiales a los que está sujeta la reforma constitucional* (STC N° 0014-2002-AI/TC)» porque «la impugnación se dirige contra el texto íntegro del llamado «documento del 93».

Con ello, el Tribunal Constitucional reconoce implícitamente la facultad que sí le compete de declarar inconstitucional una reforma constitucional que sea contraria no solo al procedimiento establecido sino a los límites materiales que debe respetar toda reforma de la Constitución, descartando únicamente la posibilidad de controlar la constitucionalidad de toda una Constitución.

En la Sentencia de fecha 21 de Enero de 2003, Exp. N° 014-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional formula una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución para afirmar que nuestro ordenamiento constitucional establece dos procedimientos diferenciados para la reforma «parcial» y la reforma o revisión «total»; además, define los contenidos especiales de cada una.

Para el tribunal, «si en el artículo 206º de la Carta esencialmente se ha previsto la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32º ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser *total*».

Además, sostiene que «cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquélla que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro de la Constitución de 1993» pero «en cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquélla que no modifica tales principios y fundamentos». Para diferenciar «en cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual.

Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama «núcleo duro» de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente».

Desde esta perspectiva, se puede concluir que la Constitución distingue que la reforma constitucional y el procedimiento previsto por el Artículo 206° de la Constitución es «parcial». Esta reforma «parcial» puede ser aprobada por el Congreso con votación favorable superior a 2/3 del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas, o con votación favorable de la mayoría absoluta de sus miembros y ratificada mediante referéndum.

La reforma «parcial» es aquella que respeta y no modifica las decisiones políticas fundamentales, los principios y valores superiores de la Constitución que le dan unidad y sustancia y que forman su núcleo duro. Los derechos fundamentales de la persona constituyen una decisión política fundamental en el Estado de Derecho y representan los principios y valores supremos de la Constitución que no pueden ser afectados por la reforma «parcial» ni modificados por el procedimiento del Artículo 206° de la Constitución.

Y la reforma o revisión «total» sometida a referéndum por el Artículo 32° Numeral 1. de la Constitución, como función propia del poder constituyente, si puede modificar el núcleo duro de la Constitución, adoptando un nuevo cuadro de decisiones políticas fundamentales, de principios y valores superiores, y de derechos fundamentales.

De esta manera, Landa Arroyo comenta que «la sentencia del Tribunal Constitucional estableció que el Congreso, por sí sólo, se encuentra habilitado sólo para efectuar la reforma parcial de la Constitución; mientras que, si quisiera llevar a cabo una reforma total de la Constitución –artículo 32 de la misma–, debería convocarse al poder constituyente. Es decir, el Congreso sólo podría elaborar un proyecto de Constitución que luego debe someter, necesariamente, a la voluntad popular, mediante referéndum constitucional»¹³⁴.

Desde la perspectiva del tribunal, si el Artículo 32° Numeral 1. autoriza la reforma «total» sometiendo su aprobación a referéndum, es pertinente subrayar que la parte final del mismo Artículo 32° prohíbe que

134. Landa Arroyo, op. cit., pp. 317-318.

en dicha reforma «total», cuya aprobación requiere de referéndum, se someta la supresión o disminución de derechos fundamentales; en consecuencia, desde esta perspectiva, la supresión y disminución de los derechos fundamentales, inclusive, no pueden ser materia de la reforma «total», y del procedimiento previsto por el Artículo 32º Numeral 1., constituyendo también un verdadero límite material explícito frente al poder constituyente, porque si bien es cierto que el procedimiento de la reforma «total» requiere someterse a referéndum al pueblo, la parte final del mismo artículo señala que «no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona», lo que importa una limitación al propio poder constituyente del pueblo.

Al respecto, Peter Häberle apunta que «las limitaciones al proceso constituyente: para el político del poder o de la realidad no serán ningún tema, así como tampoco se plantea la cuestión de las límites al poder constituyente «todopoderoso» dentro de la cuestionable doctrina de que el constituyente decide «normativamente a partir de la nada» («decisionismo»)¹³⁵; sin embargo, aclara con firmeza que ésto «es diferente en la teoría del Estado constitucional, en el cual hay límites que se derivan de su tipo: dignidad humana, derechos humanos, democracia y división de poderes son (citados ya con frecuencia en el preámbulo) datos «ideales», que si no se respetan, conducen a que ya no se pueda hablar de «Estado constitucional»¹³⁶.

Todo esto incide sobre el control a cargo del Tribunal Constitucional de la reforma constitucional porque en caso una reforma «parcial» aprobada bajo el procedimiento del Artículo 206º, modifique y afecte el núcleo duro de la Constitución, suprimiendo o disminuyendo derechos fundamentales, no se trata sólo de un problema de relevancia material o sustancial que el tribunal no tenga la facultad de someter a control, sino que se trata, además e inseparablemente, de un vicio grave incurrido en el procedimiento adoptado para llevarla a cabo, en la medida que si se trataba de modificar y afectar el núcleo duro y los derechos fundamentales, se debió seguir el procedimiento de reforma «total» del Artículo 32º Numeral 1., que si puede hacerlo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, aunque no se pueda someter a referéndum la supresión y disminución de los derechos fundamentales según la parte final del Artículo

135. Peter Häberle, *El Estado constitucional...* op.cit. p. 288.

136. Peter Häberle, op. cit., p. 288.

lo 32° desde el otro punto de vista por tratarse de una limitación al propio poder constituyente.

En tal caso estaríamos ante la hipótesis del «fraude constitucional», el cual, según García Toma «Surge cuando a través del proceso de reforma se procede a modificar la fórmula política y los valores consagrados por el poder constituyente originario. En tal virtud, el fraude pondría de manifiesto el enfrentamiento entre la operación de reforma-en cuanto actividad amparada por el sistema de legalidad-y el orden de principios políticos, económicos y sociales; así como los vicios éticos en que descansa la legitimidad de la constitucionalidad de un Estado».¹³⁷

En fin, desde cualquier punto de vista, el control material de la reforma «parcial» a cargo del tribunal termina reconducido a un control de carácter formal y procedimental de la misma en el caso peruano, de modo similar al español. Es decir que, el límite material erigido al poder reformador de la Constitución depositado en el órgano legislativo ordinario, puede ser superado únicamente si la reforma en cuestión en lugar de ser aprobada mediante el procedimiento previsto en el Artículo 206° de la Constitución, para que aquel ejerza dicha competencia, fuera sancionada por el poder constituyente originario, radicado en el pueblo, conforme al procedimiento para la reforma «total» señalado por la sentencia del Tribunal Constitucional. Pero, en tanto no se recurra a éste, 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 esta reconoce y garantiza. O, lo que es lo mismo, nos encontramos, en tal caso, ante una situación en la que el poder legislativo, al pretender reformar la Constitución en aquellas materias, excede su propia competencia, lo que, sin duda, afecta el principio de supremacía de la Constitución, la separación de poderes y el Estado de Derecho, justificando, con ello, la actuación correctora del Tribunal Constitucional, en orden a defender la Constitución en su esencia y fundamentos.

POR TANTO:

A Usted, señor Presidente, pedimos tener por presentada esta demanda y tramitarla con arreglo a ley.

Lima, 1° de Marzo del 2005

137. García Toma, op.cit.,p.569.

PRIMER OTROSI DECIMOS:

CERTIFICACION DE FIRMAS DE CIUDADANOS.

Acompañamos la *Resolución N° 030-2005-JNE*, su fecha 24 de Febrero de 2005, expedida por el Jurado Nacional de Elecciones, que hace suya la certificación efectuada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) que acredita la autenticidad de 6,744 firmas de ciudadanos que interponen Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389. ANEXO 1-A

Se acompaña, asimismo, copia de la publicación de dicha resolución, efectuada en el diario oficial «El Peruano» correspondiente al Sábado 26 de Febrero de 2005, Normas Legales, Pág. 88021. ANEXO 1-B

SEGUNDO OTROSI DECIMOS:

EMPLAZAMIENTO AL CONGRESO DE LA REPUBLICA.

De conformidad con el artículo 106° inciso 1) del CPCO, deberá emplazarse con la presente demanda al Congreso de la República, o en caso de receso de éste a la Comisión Permanente, a cuyo efecto se le notificará con copia de la misma y sus recaudos en su domicilio real y procesal sito en Plaza Bolívar s/n, Cercado de Lima, Provincia de Lima.

TERCER OTROSI DECIMOS:

DESIGNACION DE APODERADO.

De conformidad con el artículo 99° del CPCO designamos como nuestro Representante al ciudadano Raúl Vizcardo Otazo, identificado con DNI N° 25538863.

Asimismo, designamos como representantes sustitutos, a los señores: Jorge Salazar Ascencio, con DNI. 09140327, Jesús Jerí Céspedes, con DNI. 09371312, Máximo Ramos Arias, con DNI. 08209113, Pedro Fernández García, con DNI. 07513416 y Raymundo Valverde Rosales, con DNI. 062154925.

CUARTO OTROSI DECIMOS :

DOCUMENTACION RELEVANTE.

Con el propósito de coadyuvar al estudio de la presente petición, acompañamos copia de la siguiente documentación:

1) Proyecto de Ley de Reforma Constitucional y su Exposición de Motivos.

ANEXO 1-C

2) Dictámen de la Comisión de Constitución del Congreso sobre el proyecto de Ley de Reforma Constitucional. ANEXO 1-D

3) Texto de la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional, publicada en el diario oficial «El Peruano», el 17 de Noviembre de 2004. ANEXO 1-E

4) Texto de la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, publicada en el diario oficial «El Peruano» el 30 de Diciembre de 2004. ANEXO 1-F

6) Copia de la Resolución Defensorial 012-2004/DP. ANEXO 1-G

QUINTO OTROSI DECIMOS:

DESIGNACION DE ABOGADOS.

De conformidad con el artículo 99° del CPCO, designamos como nuestros Abogados patrocinantes a los Doctores Carlos Blancas Bustamante, con Registro C.A.L. N° 7513, Javier Mujica Petit, con Registro C.A.L. N° 31741 y Eddie Cajaleón Castilla, con Registro C.A.L. No. 21670

SEXTO OTROSI DECIMOS:

PERSONAS AUTORIZADAS A CONOCER EL EXPEDIENTE.

Según lo dispuesto por el artículo 138° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente de conformidad con la Primera Disposición Complementaria y Final de dicho cuerpo legal, acreditamos como personas autorizadas para examinar los autos y tomar nota de su contenido a los señores: César López Fuertes, identificado con DNI. No. 08126518, Justo Quispe Montoya, identificado con DNI. No. 08476131, Mario Chávez Rabanal, identificado con DNI. No. 40512374, David Grandez Carrasco, identificado con DNI. No. 41787992 y Marco Antonio Flores Salazar, identificado con DNI. No. 41842337.

SEPTIMO OTROSI DECIMOS:

COPIAS PARA LA EMPLAZADA.

Acompañamos copia de la demanda y sus recaudos para la notificación a la emplazada, el Congreso de la República.

Fecha ut supra.