

Víctorhugo Montoya Chávez^(*)

El **principio previsional** de sostenibilidad financiera en la jurisprudencia constitucional

«EL TC HA ASUMIDO DIVERSOS PRINCIPIOS QUE DEBEN GUIAR LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN. SON PRINCIPIOS NO SOLO LA DIGNIDAD HUMANA, LA IGUALDAD, LA PROGRESIVIDAD Y LA SOLIDARIDAD, SINO TAMBIÉN LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA».

1. Consideraciones iniciales

En su diario accionar -léase, al momento de resolver-, el Tribunal Constitucional (TC), garante de la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas (artículo 44 de la Constitución Política del Perú; en adelante, la Constitución), debe procurar y agenciarse para que tales derechos se encuentren plenamente resguardados en toda circunstancia y en cualquier momento. En el caso concreto de la pensión (artículo 11 de la Constitución: «El Estado garantiza el libre acceso (...) a pensiones»), debe, en cualquier instante, no solo evitar que sea quebrantada sino, al mismo tiempo, promoverla en toda su dimensión, por ser tanto objeto de vigilancia dentro del Estado Social y Democrático de Derecho⁽¹⁾ como motivo de observancia desde la Economía Social de Mercado⁽²⁾.

Al respecto, es válido mencionar que la jurisprudencia del TC ha sido muy rica en materia previsional. Buena parte de los casos que llegan a través de los recursos de agravio constitucional (RAC), como parte de los procesos constitucionales de libertad, se refiere a la tutela del derecho a la pensión. La carga procesal que ha ostentado en los últimos años el órgano estatal encargado del control de la Norma Fundamental (artículo 201 de la Constitución) está compuesta por

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la UPC. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(1) Fundamento 5 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-AI/TC.

(2) Fundamento 16 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC.

casos previsionales. Si bien la mayoría de ellos se debían regir por una clara jurisprudencia vinculante (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y por los precedentes vinculantes emitidos (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), igual se sigue -aunque ahora ya menos- desconociendo la línea jurisprudencial seguida por el TC. Y la causa del uso desmedido sobre todo de amparos (numeral 20 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional) y de cumplimientos, se ha dado, de un lado, por el desconocimiento -ojalá solo fuera eso- por parte de los abogados de que sus demandas van a tener un resultado desestimatorio para los intereses de sus defendidos; y, de otro, por la actitud de las entidades públicas -básicamente la Oficina de Normalización provisional (ONP)- y privadas en adoptar decisiones -acá ya no es tan clara su impericia e ignorancia- en contra de fallos que insisten en no darle la razón.

Esta complicada situación procesal también se ve reflejada en el ámbito sustantivo. El ejercicio del derecho a la pensión no puede ser considerado sencillo ni simple. En nuestro país su prestación se da, no solo a través de entidades públicas, sino también por intermedio de privadas, a las que se podría agregar las mixtas, dentro de una maraña normativa que no es nada fácil de desentrañar. El Sistema Privado de Pensiones (SPRP) se centra en la actuación de las AFP, y tiene como carácter peculiar, la existencia de aportes gestionados privadamente⁽³⁾, y en esencia está regulado por una ley especial (Ley del Sistema Privado de Pensiones). El Sistema Público de Pensiones (SPUP), por su parte, se basa en el Principio de Solidaridad⁽⁴⁾ y está dividido en tres regímenes pensionarios: el del Decreto Legislativo 19990, o Sistema Nacional de Pensiones (SNP); del Decreto Legislativo 20530, o Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990; y, del Decreto Legislativo 19846, o Régimen de Pensiones del Personal

«LA DISCUSIÓN CENTRAL DEL TRASLADO SIEMPRE ESTUVO EN LA POSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DE UNA LIBRE DESAFILIACIÓN EN EL PAÍS. PARA ANALIZAR ESTA CUESTIÓN, SE USÓ COMO DISPOSITIVO NORMATIVO AQUEL QUE SEÑALA QUE EL DERECHO PENSIONARIO SE EJERCE «A TRAVÉS DE ENTIDADES PÚBLICAS, PRIVADAS O MIXTAS» PARA LO CUAL HAY UN 'LIBRE ACCESO'».

Militar y Policial de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales. En esta disimilitud de administraciones, se tiene que buscar siempre la tutela efectiva de un derecho fundamental.

De otro lado, se debe dejar sentada, desde un comienzo, la variación de la jurisprudencia que se ha ido dando en el TC en esta materia. Ello refleja las respuestas estatales ante una situación caótica del SPUP, y ha atendido una interpretación adecuada de la Constitución desde una teoría social de interpretación, aparte de exhibirse como mecanismo para

(3) «Sustituye la capitalización colectiva por la personal, siendo manejado por empresas privadas que no apelan a la solidaridad sino al individualismo y concurren en el mercado en una relación simétrica de competencia, con relación a los usuarios». Fundamento 20.b. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1776-2004-AA/TC.

(4) «Es un sistema de reparto, en el que las pensiones (...) se financian por las aportaciones de los trabajadores en actividad y los rendimientos del propio sistema, con un marcado efecto redistributivo, en tanto que el monto de las pensiones no depende de los montos aportados». Fundamento 20.a. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1776-2004-AA/TC.

Víctorhugo Montoya Chávez

responder a la sobrecarga procesal existente. En principio, las sentencias se sustentaron en tres reglas básicas: (i) todo el contenido del derecho a la pensión debía ser salvaguardado a través del amparo; (ii) existía una adscripción a la teoría de los derechos adquiridos (Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución), con el consiguiente reconocimiento de la aplicación ultraactiva de los regímenes provisionales⁽⁵⁾; y, (iii) los casos debían resolverse sobre una estricta base jurídica, sin consideraciones fácticas, y menos aun económicas. Pero luego vinieron los cambios que las circunstancias ameritaron. Estos se produjeron primordialmente a través de dos sentencias específicas para el caso de la pensión: una en una demanda de inconstitucionalidad⁽⁶⁾ y otra a través de un precedente vinculante⁽⁷⁾, ambas apoyadas por el cambio de las condiciones de aplicación del proceso de cumplimiento⁽⁸⁾, todas las cuales fueron emitidas en el año 2005. Entonces, el órgano constitucional consideró que a partir de estas nuevas circunstancias, solo podrían tener eficacia las sentencias del pasado en la medida que no colisionen con los nuevos conceptos emitidos, asumiéndose un criterio de «validez relativa» de dicha jurisprudencia. Los nuevos parámetros constitucionales de la pensión, y que se aplican hasta la actualidad, son los siguientes: (i) Solo el contenido constitucionalmente protegido (numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional) del derecho debe ser tutelado vía amparo⁽⁹⁾; (ii) se pasa a la teoría de los hechos cumplidos⁽¹⁰⁾, sobre la base de una reforma constitucional (artículo 130 de la Constitución); y, (iii) se debe tomar en cuenta otras consideraciones a la hora de resolver el caso, como puede ser el tema de la sostenibilidad financiera del país⁽¹¹⁾, base del presente trabajo.

2. Los principios orientadores del derecho a la pensión

La Constitución, en tanto centro de la unidad del ordenamiento jurídico, representa la decisión política y jurídica por excelencia y el fundamento central del sistema jurídico en su conjunto⁽¹²⁾, por lo que necesariamente requiere de guías para su funcionamiento, y es ahí precisamente donde se inserta la necesidad de descubrir los principios que lo rigen. Se puede decir que un principio opera en el momento anterior al que el constituyente va a promulgar las normas de la Constitución, pues en ellos se inspira para poder positivizar los derechos. Entonces, atendiendo a que se presenta a la pensión como aquel derecho que «impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial’»⁽¹³⁾, se ha llegado a explicar su naturaleza y los principios que lo determinan, y, dentro de estos últimos, se ha empezado a poner un especial énfasis en la sostenibilidad financiera.

(5) Fundamentos 15 y 16 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0008-96-I/TC y otros.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-PA/TC.

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0168-2005-PC/TC.

(9) Fundamento 37 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-PA/TC.

(10) Fundamento 92 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(11) Fundamento 90 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC.

(12) Fundamento 4 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0020-2003-AI/TC.

(13) Fundamento 74 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

2.1. El reconocimiento explícito de los principios pensionarios

El TC ha asumido diversos principios que deben guiar la configuración constitucional del derecho fundamental a la pensión. Son principios no solo la dignidad humana, la igualdad, la progresividad y la solidaridad, sino también la sostenibilidad financiera. Estos principios analizados conjuntamente darán el marco adecuado de la pensión, lo cual trae como consecuencia, retomando el marco del Estado Social y Democrático de Derecho y la Economía Social de Mercado, evitar las condiciones de inequidad que pueden existir en los diversos regímenes pensionarios.

Con relación al Principio de Dignidad (artículo 1 de la Constitución), se puede decir que esta tiene su fundamento en la propia persona humana, tendiendo a su racionalidad y voluntariedad. Por ser el valor superior dentro del ordenamiento, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos, un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover⁽¹⁴⁾, y, gracias a ella, el ser humano no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser el motivo que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad⁽¹⁵⁾. En el ámbito previsional, reclama ser el sustento de alcanzar una vida digna, una vida no solo formal, sino también material⁽¹⁶⁾. Así se configura la «dignidad pensionaria», por constituir el pedestal existencial para que un ser humano pueda vivir.

Asimismo, se ha reconocido el Principio de Igualdad. Todo derecho debe ser justo y su aplicación equitativa, situación que hace que la igualdad (numeral 2 del artículo 2 de la Constitución), aparte de ser considerado en sí mismo un derecho, se le entienda como un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos⁽¹⁷⁾. Su aplicación incluso permite una diferencia de trato, siempre que esta

se realice sobre bases objetivas y razonables. El Principio de Igualdad posee dos facetas: una negativa o abstencionista y otra positiva o interventora⁽¹⁸⁾. Y es en esta última donde adquiere relevancia especial, pues el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdad (artículo 50 de la Constitución), tema que se vuelve interesante en el caso previsional, al requerir la realización de una sensata «discriminación positiva o acción positiva - *affirmative action*-»⁽¹⁹⁾. Bajo esta perspectiva, se ha dicho que el legislador «goza de un margen más o menos amplio de discreción para configurar las nuevas posiciones subjetivas exigibles en materia de seguridad social. No obstante, el respeto al Principio de Igualdad se constituye como un límite a dicha competencia, debido a su condición de universalidad, propia del sistema de seguridad social»⁽²⁰⁾.

La progresividad es otro de los principios pensionarios, a través del cual existe la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo, tomando en cuenta el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (Observación General 3 de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas). Implica, por ende, que dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular su ejercicio,

(14) Fundamento 161 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC.

(15) Fundamento 14 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC.

(16) Fundamento 46 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(17) Fundamento 61 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente STC 0048-2004-PI/TC.

(18) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0001-2003-AI/TC y otros.

(19) Fundamento 63 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC.

(20) Fundamento 47 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

Víctorhugo Montoya Chávez

este se encuentra vedado de elegir supuestos que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos. En el caso concreto pensionario, donde fue reconocido expresamente este principio (artículo 10 de Constitución), se ha señalado que este no se vulnera «cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común»⁽²¹⁾.

El Principio de Solidaridad, por su parte, se sustenta en una «protección frente a las contingencias que precisa la ley y para la elevación de su calidad de vida» (artículo 10 de la Constitución) e implica un compromiso inmediato y continuo de cada persona con los fines sociales del Estado. Sabiendo que el ordenamiento jurídico se asienta en el principio *pro homine* (artículo 1 de la Constitución), que el deber estatal del bienestar general se funda en la justicia (artículo 44 de la Constitución), que la Economía Social de Mercado supera la visión reduccionista de las relaciones entre los seres humanos como intercambio de cosas (artículo 58 de la Constitución), y, que la educación fomenta la solidaridad (artículo 14 de la Constitución), se puede entender que, gracias a este principio, «cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie»⁽²²⁾. Entendido como principio provisional⁽²³⁾, involucra la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política⁽²⁴⁾, de lo cual se desprende que los fines pensionarios deben regirse por un aspecto solidario, aunque claro con ciertas atenciones en el caso del SPRP donde ingresa a examinarse la libertad empresarial.

Entender el derecho fundamental a la pensión a la luz de los principios que la propia Constitución le asigna como orientadores de su sentido y de sus alcances, permite el reforzamiento del principio democrático (artículo 3 de la

Constitución). Sin embargo, hay un principio adicional, que en principio puede entenderse como un límite a su ejercicio ilimitado, y le da el verdadero significado que ha de adquirir este derecho. A continuación, se revisará lo que la sostenibilidad financiera significa a la luz de la pensión.

2.2. La especial presentación del Principio de Sostenibilidad Financiera

El impacto económico de las sentencias que debe emitir un órgano como el TC no puede ser un tema a ser desdeñado. Basta recordar que cuando se presenta una iniciativa legislativa existe una exigencia para realizar un análisis costo-beneficio del impacto de la futura norma (artículo 75 del Reglamento del Congreso), pues «los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos» (artículo 79 de la Constitución). Una lógica similar debe seguirse en el caso de la emisión de una sentencia constitucional.

Tanto en su rol de legislador negativo como a la hora de interpretar la Constitución, el TC, a través de las sentencias que pronuncia, debe cuidarse de que estas respondan al principio de equilibrio en la economía del país, toda vez que «la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso» (artículo 77 de la Constitución), y por ello han de observar directamente las consecuencias que su publicación traerá en la hacienda nacional. No puede ni debe ser

(21) Fundamento 49 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(22) Fundamento 37 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-AI/TC.

(23) Fundamento 48 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(24) Fundamento 16 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2945-2003-AA/TC.

irresponsable en su accionar. Es más, si tomamos en cuenta que el TC es tanto órgano jurídico como político, se le puede exigir que se tome en consideración las secuelas y resultados que acarreará una sentencia. La sostenibilidad financiera del país también tiene correspondencia directa con la garantía del ahorro público y macroeconómico (artículo 87 de la Constitución, en interpretación *mutatis mutandi*). Cabe recordar, además, que «el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país»⁽²⁵⁾.

Así contextualizada la situación, se puede decir que este principio «establece que la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el Texto Fundamental de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal»⁽²⁶⁾. Y es precisamente a partir de él cuando se relaciona y equipara sostenibilidad financiera con equilibrio presupuestario, el cual se sustenta en otros subprincipios como el de exactitud, anticipación, anualidad, programación, estructuración y no afectación.

Nada de esto puede ser ajeno a las sentencias en materia previsional. Aparte de ser reconocido explícitamente como principio que rige el derecho a la pensión⁽²⁷⁾, en la propia Norma Fundamental se le considera como una condición para reencauzar a uno de los regímenes públicos: «el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley (...). Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera» (Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

Incluso, se ha dicho que «el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que este destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional» (Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

Entonces, este es el marco que debe regir la tutela efectiva del derecho a la pensión y su desarrollo a través de las resoluciones emitidas en sede constitucional. El TC, cuando resuelve, debe precisar qué efecto tiene la sentencia que está emitiendo. Está bien salvaguardar el derecho desde un punto subjetivo, pero no se puede desconocer que también su ámbito objetivo requiere protección. Hay un fin social que debe ser resguardado. Por eso, por más que se pueda emitir una sentencia, que desde el punto de vista jurídico y según el ámbito subjetivo, podría parecer compatible con la tutela jurídica de la pensión, existen situaciones en las que por un condicionamiento político -en el sentido de política pública- y respondiendo a cánones objetivos, es más conveniente hacer limitaciones razonables al caso específico para hacerlo responder así a un interés general que lo sustente. Felizmente, ello se ha visto reflejado en algunas sentencias trabajadas por el TC en los últimos años.

De otro lado, según la normatividad internacional, los estados solo «se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los

(25) Fundamento 9.4. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC.

(26) Fundamento 9.3. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC.

(27) «Debe tenerse en cuenta cuáles son las posibilidades presupuestarias para que el ejercicio del derecho fundamental a la pensión sea efectivo y exista un total respeto de la dignidad humana». Fundamento 50 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros. Fundamento 34.e. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1776-2004-AA/TC.

Víctorhugo Montoya Chávez

medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto»⁽²⁸⁾. En tal sentido, estos derechos, dentro de los cuales se encontrará la pensión, tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos financieros y materiales adecuados, el gasto público específico y el mínimo de subsistencia para todos⁽²⁹⁾, siempre recordando que el derecho a la pensión «requiere de la implementación de medidas a fin de asegurar prestaciones a los individuos, cuando estos no son capaces de satisfacerlas por ellos mismos»⁽³⁰⁾. Desde esta perspectiva, tampoco puede aceptarse que la escasez de recursos importe una inacción del Estado⁽³¹⁾, sino que esta debe ser coherente y válida dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho y una Economía Social de Mercado tal como pudo observarse en la intención del estado nacional para tratar la novedosa política previsional a partir de la reforma constitucional.

3. El derecho a la pensión

No se puede entender cómo se aplica este principio si no se conoce, aunque a grandes rasgos, qué significa el derecho a la pensión. Al ser la persona humana, el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución), sobre la base del respeto de la dignidad, la equidad y la justicia, requiere una fiel observancia a este derecho. De esta forma, se logrará el pleno desarrollo de su personalidad⁽³²⁾, máxime si su tutela constitucional se refiere a una etapa de su vida en que el compromiso estatal y comunitario debe ser mayor (artículo 4 de la Constitución).

3.1. Derecho a la pensión como derecho fundamental

Dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, no cabe duda que la pensión posee la naturaleza de ser un derecho social de contenido económico⁽³³⁾. Ello permite que sea respetada como parte fundamental de la persona. Pero más allá de tal reconocimiento lo más distinguido de su

presentación constitucional (artículo 11 de la Constitución) es que la pensión deba ser considerada como un pleno derecho fundamental, y por lo tanto, merecedora de protección a través de los procesos de libertad (numeral 20 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional).

El reconocimiento del derecho a la pensión en la Constitución posee un grado tal de fundamentalidad que posibilita su protección superreforzada dentro del ordenamiento jurídico. Doctrinariamente, un derecho fundamental es aquel conveniente para la concepción del Estado y las bases ideológicas de este, que son considerados por el constituyente -de manera explícita o implícita- como fundamentales, con un *plus* de protección que el resto de derechos constitucionales. Claro, en el país existe casi una equiparación entre derecho fundamental y derecho constitucional, tanto así que el derecho pensionario no se encuentra en el catálogo de derechos (artículo 2 de la Constitución) pero nadie duda de su carácter de fundamental. Pero, ¿qué sustenta el pleno respeto de la pensión como derecho fundamental? Es, sin lugar a dudas, la relación que consigue entre «procura existencial» y la carestía que uno sufre cuando concluye su etapa laboral, y es así como debe ser concebida.

Antes de seguir avanzando, es legítimo distinguirlo de algún otro derecho fundamental. Si bien posee un carácter

(28) Numeral 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(29) Directrices 10 y 14 de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Cultural de 1997.

(30) Fundamento 15 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1776-2004-AA/TC.

(31) Principios 25 y 28 de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1986.

(32) Fundamento 76 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(33) Fundamento 74 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

patrimonial claramente establecido, no es posible asimilarlo al derecho a la propiedad (numeral 16 del artículo 2 y artículo 60 de la Constitución), pese a que así se hizo en la jurisprudencia internacional⁽³⁴⁾. Al respecto, cabe indicar que aunque los derechos fundamentales deben entenderse a la luz de las normas y sentencias supranacionales (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; similar, artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), tal canon interpretativo no puede ser absoluto. En este punto concreto, lo que hizo la CIDH fue una necesidad, más que asumir una posición doctrinaria: en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no está reconocido el derecho a la pensión, por lo que para ingresar a ver casos que lo impliquen, se tuvo que usar la figura del derecho a la «propiedad de una pensión». Pero como en el país está explícitamente reconocida la pensión, no existe razón o motivo alguno para seguir recurriendo a la propiedad como parámetro de análisis.

3.2. Derecho a la pensión como derecho social

Pero, como ya se señaló, el derecho fundamental a la pensión no tiene sentido, si es que no se lo concibe como uno social. A través de un derecho social se concretiza el hecho de que, sin calidad de vida digna, mal podría hablarse de una verdadera libertad e igualdad social, lo que hace imprescindible que el reconocimiento de los derechos deba darse bajo una lógica de integridad⁽³⁵⁾. Los derechos sociales o prestacionales, aparte de ser plenos derechos fundamentales⁽³⁶⁾ y de especificar una exigencia al Estado para una acción positiva, representan fines sociales a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación, por lo que ha de representar «las facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos (...) que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana»⁽³⁷⁾.

Doctrinariamente no se presentan dudas sobre lo que significa el carácter social de la pensión, sin embargo, donde sí se podría realizar reparos a la posición del TC es cuando lo presenta como un derecho de mera configuración legal. Es decir, ¿dónde quedaría la efectividad directa de la Constitución? Por ser una disposición de textura abierta, la norma que reconoce el derecho fundamental a la pensión está «sujeta a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-»⁽³⁸⁾, pero resultaría inconcebible una identidad entre derecho legal y derecho constitucional de configuración legal, lo que a todas luces resultaría inaceptable⁽³⁹⁾. Por ello, es importante recordar las precisiones que ha hecho el propio TC al hecho de ser un derecho de «configuración legal»: la acción legislativa para desarrollarlo no supone «la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias», sino en correlación con la Norma Fundamental⁽⁴⁰⁾, en el entendido de que, a la vez, se deba «superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho»⁽⁴¹⁾.

3.3. Derecho a la pensión y seguridad social

Habiendo sido calificado el derecho a la pensión como uno fundamental, social y de configuración legal, queda por mencionar su estrecha relación con la seguridad social (artículo 10 de la

(34) Considerando 102 de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Cinco Pensionistas v. Perú*.

(35) Fundamento 11 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2945-2003-AA/TC.

(36) Fundamento 13 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02002-2006-PC/TC.

(37) Fundamento 9 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2016-2004-AA/TC.

(38) Fundamento 73 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(39) Fundamento 35 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-PA/TC.

(40) Fundamento 120 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(41) Fundamento 13 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2016-2004-AA/TC.

Víctorhugo Montoya Chávez

Constitución: «derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social»). Esta no solo se ha plasmado como derecho, sino también como una garantía institucional para el ejercicio del derecho a la pensión. Una garantía institucional es un «instituto constitucionalmente protegido» que impide que el legislador pueda desconocerla o vaciarla de contenido⁽⁴²⁾, es decir, se exhibe como protección contra cualquier tipo de supresión legislativa.

Al ser entendida la seguridad social como «un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad»⁽⁴³⁾, se puede resaltar que su concretización se da al presentar como garantía institucional del derecho a la pensión, al amparo de la «doctrina de la contingencia» y la calidad de vida, por ser el supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad⁽⁴⁴⁾. Por eso, nunca puede concebirse cabalmente el derecho a la pensión si es que no se le juzga soportado por la garantía institucional de la seguridad social.

3.4. Derecho a la pensión y contenido constitucionalmente protegido

Captada la específica naturaleza del derecho a la pensión, corresponde ahora mencionar el contenido que ha sido fijado por el TC como sustento de su tutela constitucional. En el ámbito procesal constitucional, se ha determinado que son improcedentes la demandas si es que los hechos y el petitorio de las mismas «no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado» (numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional). El objetivo de ir precisando el ámbito de protección del derecho fundamental a la pensión fue cumplido, en el ámbito jurisprudencial, a través de dos momentos distintos. En el primero se determinó su contenido esencial, para luego pasar a su contenido constitucionalmente protegido.

La pensión posee un contenido tripartito, que posibilita la protección gradual, según los tres elementos diferenciados que lo componen. Por ende, cabría distinguir, aparte del contenido esencial, absolutamente intangible; uno no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que se establezcan a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados; y, uno adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que buscan ser impulsados por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales. En esta línea, se debe mantener inmutable el contenido esencial, mientras que los contenidos no esencial y adicional se deben ir delineando según las necesidades de protección. Con ello se busca que la pensión pueda tener la mayor eficacia posible, y no desestabilice la economía de un país. Por ende, el TC ha explicado cómo aparecen estos elementos dentro de este derecho⁽⁴⁵⁾: el contenido esencial incluye la posibilidad de acceder y no ser privado de una pensión, pero siempre respecto a un monto mínimo inamovible; el no esencial permite el reajuste pensionario y la existencia de un tope máximo; y, el adicional incluye a los beneficiarios del derecho: las pensiones de los viudos, los huérfanos y los ascendientes.

En un segundo momento, el TC siguiendo la guía procesal constitucional, se propuso explicar cuál contenido era el que merecía, en estricto, protección constitucional⁽⁴⁶⁾. Para lograrlo, utiliza como base los

(42) Fundamento 4 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0010-2001-AI/TC.

(43) Fundamento 14 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0011-2002-AI/TC.

(44) Fundamento 54 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(45) Fundamento 115 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(46) Fundamento 37 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-PA/TC.

principios pensionarios antes explicados, y crea categorías específicas que con certeza reflejan el patrocinio superlativo del contenido esencial. Independientemente de la discusión que pueda surgir a partir de la expresión «contenido constitucionalmente protegido» (numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional), esta definición del órgano jurisdiccional sirvió, en términos prácticos, para determinar qué casos debían ser vistos en sede constitucional y cuáles no, lo cual ha permitido el inicio de la reducción de demandas de amparo, y de los casos que están y han estado llegando al TC. También es cierto que esta decisión ha hecho variar el problema judicial: ya no habrá una carga excesiva en los jueces constitucionales, sino que ahora todos los casos se han trasladado a los juzgados administrativos, que no se han dado abasto para dar una respuesta convincente y concreta a las múltiples pretensiones que llegaron a dicha sede. Sin embargo, tampoco se puede negar que habían diversos tópicos que antes utilizaban un proceso rápido y urgente como es el amparo para intentar ser salvaguardados; tal es el caso del pago por chofer y movilidad que correspondería a la pensión de un militar o policía, pretensión que no puede ser considerada como un exceso en el uso de los procesos constitucionales de libertad. En vez de que el TC se dedique a analizar temas que realmente ameritaban una intervención célere, se rezagaba revisando ámbitos del derecho a la pensión que no podían contar con un alto nivel de apremio. Ahora, pese a algunas críticas válidas, las cosas ya están volviendo a su lugar.

Como parte de un precedente vinculante, el TC ha diferenciado explícitamente los supuestos que merecen tutela constitucional. Las pretensiones que pueden actualmente ser vistos en amparo se pueden resumir en los siguientes: (i) el acceso a la pensión⁽⁴⁷⁾; (ii) la pensión

«TAL COMO SE HA PODIDO OBSERVAR, EL APRECIABLE DESARROLLO DEL DERECHO A LA PENSIÓN EN LAS RESOLUCIONES DEL TC, PUEDE SER ANALIZADO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA, EL CUAL, EN DETERMINADAS OPORTUNIDADES, HA SIDO PUESTO EN RELIEVE POR PARTE DEL TC A LA HORA DE RESOLVER».

mínima, al estar en relación directa con el principio-derecho de dignidad⁽⁴⁸⁾; y, (iii) la privación indebida de la pensión⁽⁴⁹⁾. Además, se deja claramente establecido que se pueden ampliar algunos supuestos que en principio no correspondería ser resguardados por el amparo, como es el caso cuando se deniega pensión a una persona con derecho derivado -orfandad, viudez o de ascendientes-, si es que está en juego el acceso a la pensión; o cuando hay un trato discriminatorio hacia el titular

(47) Cuando se sustente en disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso. Fundamento 37.a. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-PA/TC.

(48) Es necesario que la pensión «tenga un parámetro objetivo y razonable de referencia, es decir, que su determinación se base en una teoría valorista y no nominalista». Fundamento 136 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-PA/TC y otros. No obstante, se tutela a partir de un monto fijo como es S/. 415.00. Fundamento 37.c. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-PA/TC.

(49) Cuando se sustente en los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla. Fundamento 37.b. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-PA/TC.

Víctorhugo Montoya Chávez

del derecho. Únicamente en los supuestos presentados, se podrá acudir al amparo; en otros, la demanda deberá ser declarada improcedente, y derivada a la vía contenciosa-administrativa.

4. ¿Siempre se aplica el Principio de Sostenibilidad Financiera en los casos relacionados al derecho a la pensión?

Se han presentado cuestiones relevantes relacionadas con la naturaleza y el sentido que posee el derecho fundamental a la pensión en el marco constitucional, pero también es válido resaltar todo lo que tiene que ver con algunos elementos característicos de los casos que han sido resueltos a través de RAC llegados al TC. La peculiaridad del análisis que se presenta a continuación es ver cuál ha sido el grado de inserción del Principio de Sostenibilidad Financiera en el análisis de las supuestas vulneraciones al derecho fundamental a la pensión.

4.1. El cierre del Decreto Legislativo 20530

Uno de los principales ítems de la jurisprudencia del TC en materia previsional es, sin lugar a dudas, el análisis que realizó sobre la nueva configuración del Decreto Legislativo 20530, gracias a una reforma constitucional y la modificación de los cánones pensionarios que lo regían (Ley 28389; Ley 28449). Es válido evocar que este régimen tuvo una evolución azarosa⁽⁵⁰⁾: de la Ley de Goces de 1850, sobre Estatuto pensionario de los servidores públicos, se pasó al Decreto Supremo que introdujo adiciones a la Ley 13724, Ley del Seguro Social del Empleado, el cual devino finalmente en 1974 en el cuestionado Decreto Legislativo 20530, como régimen de cesantía, jubilación y montepío, que no poseía un carácter abierto, pero que se amplió por diversas normas de excepción (entre ellas, Decreto Legislativo 22150, de 1978, Ley 24029, de 1984, Ley 24366, de 1985 y Ley 25273, de 1990).

El cambio constitucional introducido a través de las normas impugnadas fue evidente: antes este régimen se basaba en los «derechos legalmente obtenidos» y la existencia de una «cédula viva»; tras la variación producida, fundamentada en lo inmanejable que era para el Estado, el régimen previsional del decreto legislativo se cerraba, evitándose nuevas incorporaciones, y se establecían nuevas reglas. Tras presentarse cinco demandas de inconstitucionalidad, el TC realizó diversas precisiones sobre su validez constitucional⁽⁵¹⁾, las cuales se cimentaron en una solidez no solo jurídica, sino también social y económica.

En sustancia, con los cambios introducidos, el TC juzgaba que la pensión se mantenía incólume, no degradando su jerarquía normativa, ni menos aun afectándose su contenido esencial. «No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial»⁽⁵²⁾, pese a que el mismo TC sí dio la razón a los recurrentes con relación a la inconstitucionalidad de algunas de las nuevas reglas impuestas, como respecto a la pensión de los huérfanos y del viudo. Eso sí, respecto a la incorporación al régimen del Decreto Legislativo 20530⁽⁵³⁾, consolidaba la idea de que no eran válidos el acceso de más personas a este régimen, pues ya antes se había pronunciado sobre derechos adquiridos

(50) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0189-2002-AA/TC.

(51) Fundamento 77 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(52) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(53) Sobre sus efectos véase, Fundamento 18 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0001-98-AI/TC.

para viudas y huérfanos⁽⁵⁴⁾, y sobre la posibilidad de que las pensiones fueran afectadas por tributos⁽⁵⁵⁾.

La sentencia sobre la reforma del Decreto Legislativo 20530, este es el primer caso en que el TC utiliza el criterio de sostenibilidad financiera, basado en el ahorro público pensionario y que aparece como sustento para validar además la no nivelación, antes regida por la lógica de una «cédula viva», haciendo recordar que esta nunca fue parte constituyente del Decreto Legislativo 20530, sino que fue incorporado tangencialmente por la Constitución de 1979 y efectivizado a través de una ley posterior de la década del ochenta. De esta forma, la protección no solo de un grupo de pensionistas había sido asegurada, sino el derecho a una vida digna de la mayoría de peruanos. Por ello, para el TC, el ahorro que constitucionalmente se determina (Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución) debe tener un fin legítimo: que «la totalidad de dichos fondos se destine a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual implica, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, etcétera»⁽⁵⁶⁾. La utilización de este principio pensionario se refleja además en la remisión a silogismos económicos para sustentar la decisión final, en correspondencia directa con la justicia, y se mencionó, por otro lado, que «el contenido social de la Constitución económica no puede justificar, en aras de cubrir altos montos pensionables de un número de personas objetivamente no representativas de la comunidad adscrita al régimen del Decreto Legislativo 20530, que exista un desembolso considerable y constante de recursos presupuestales que deberían dirigirse tanto para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar inequidades también para el futuro del sistema pensionario, como para desarrollar actividades estatales tendentes a la seguridad social»⁽⁵⁷⁾. Tomando en cuenta la grave afectación a la economía que subyacía a la sentencia, el TC prefirió dar luz verde a una reforma por ser esta

plenamente compatible con la Norma Fundamental.

4.2. El reajuste de las pensiones

Aparte de las limitaciones que se dieron a los reajustes pensionarios en el caso del mencionado Decreto Legislativo 20530, sobre todo a través de nivelaciones, y que, como se analizara, fuera convalidado en su constitucionalidad, existen otros casos en que el propio TC solo ha considerado como apropiados reliquidaciones que se sustenten en un criterio de razonabilidad.

Así, dentro de las pensiones mínimas del Decreto Legislativo 19990, se aceptaba que el reajuste «se efectuará con prioridad trimestral, teniéndose en cuenta las variaciones en el costo de vida que registra el índice de precios al consumidor correspondientes a la zona urbana de Lima» (artículo 4 de la Ley 23908). Esta remisión normativa se realiza, entonces, en función de las variables de la economía nacional. Para el TC, que seguía la misma línea precisada en el caso anterior, esto es más que correcto: «el referido reajuste de las pensiones está condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que no se efectúa en forma indexada o automática. Lo señalado fue previsto desde la creación del sistema y posteriormente recogido por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado, se atiende con arreglo a las previsiones presupuestarias»⁽⁵⁸⁾, y en

(54) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0002-2003-AI/TC.

(55) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0001-2004-AI/TC y otros.

(56) Fundamento 159 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(57) Fundamento 44 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(58) Fundamento 15 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0198-2003-AC/TC.

Víctorhugo Montoya Chávez

tal sentido «el reajuste trimestral automático de las pensiones comprendidas en el SNP no resulta exigible»⁽⁵⁹⁾. De este modo, se utilizó con compostura el Principio de Sostenibilidad Financiera.

4.3. El traslado entre los sistemas pensionarios

La discusión central del traslado siempre estuvo en la posibilidad de reconocimiento de una libre desafiliación en el país. Para analizar esta cuestión, se usó como dispositivo normativo aquel que señala que el derecho pensionario se ejerce «a través de entidades públicas, privadas o mixtas» para lo cual hay un «libre acceso» (artículo 11 de la Constitución). Sobre esta base normativa, se había reconocido explícitamente que el traslado del SPUP al SPRP era válido, incluso era promovido por el Estado (artículo 6 de LSPRP), además que el traslado dentro del propio SPRP también era admisible, pues uno puede cambiarse de AFP con facilidad. Entonces, ¿por qué negar la desafiliación? Usando el derecho-regla del acceso a las pensiones, habrá de tenerse como válido el traslado entre los sistemas previsionales, aunque «este no es irrestricto ni ilimitado sino que está sujeto al cumplimiento de condiciones y requisitos», a partir del cual se decide que el paso del SPRP al SPUP tampoco puede ser negado⁽⁶⁰⁾, pese a que unos meses de emitirse este *dictum*, el propio TC había negado su viabilidad⁽⁶¹⁾.

Por eso, por más que se debe buscar una igualdad entre estos sistemas pensionarios de manera gradual⁽⁶²⁾ («homologación interna»), se habrá de aceptar el retorno al SPUP para aquellos que antes de ingresar al sistema privado estuvieron en el público. Ya antes se había aceptado administrativamente la reversibilidad de la afiliación (artículo 5 LSPRP) o su nulidad (artículo 50 de la Resolución 080-98-EF-SAFP); ahora se abría la posibilidad en sede constitucional. Pero la desafiliación aceptado no iba a ser total. Solo se permitirá el retorno en tres supuestos (artículo 36 y siguientes de la Resolución 080-98-EF-SAFP y la sentencia del Tribunal Constitucional 1776-2004-AA/TC): (i)

si la persona, cuando se afilió, cumplía con los requisitos exigidos para acceder a una pensión en el SPUP; (ii) si existió asimetría informativa para que se realizara la afiliación; y, (iii) si se está protegiendo labores que impliquen un riesgo a la vida o a la salud, básicamente trabajadores mineros. Debe mencionarse, además, que la sentencia solo posibilita el inicio de trámite de desafiliación, la misma que deberá concluir con una resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (artículo 87 de la Constitución). Los supuestos antes mencionados fueron retomados parcialmente por la ley que se emitiera sobre la materia (Ley 28991, hoy sometida a juicio de constitucionalidad), excluyendo el supuesto de asimetría informativa, supuesto que posteriormente el propio TC, a través de un precedente vinculante, lo volvió a reconocer como tal: «El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (...); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación»⁽⁶³⁾.

Entonces, queda claro que, sobre la base del Principio de Razonabilidad, solo se admitió el retorno parcial, en virtud de que, a entender del TC, existían diversos motivos

(59) Fundamento 21 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 5189-2005-PA/TC.

(60) Fundamento 17 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1776-2004-AA/TC.

(61) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2156-2003-AA/TC.

(62) Fundamento 163 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(63) Fundamento 27.b. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 7281-2006-PA/TC.

para no hacerlo de forma ilimitada: el reconocimiento de la naturaleza disímil de los sistemas, que se refleja en la diferencia de aportes en el SPUP y en el SPRP; la existencia de una crisis ostensible en el SPUP; la validez de la relación contractual en el SPRP, pues para ingresar a él, se firma un contrato de afiliación con la AFP elegida; además, la plena observancia del Principio de Sostenibilidad Financiera. Justamente con relación a este principio, en tanto elemento trascendente para haber llegado a una solución como la dada por el TC, se dijo que «no es conveniente en clave económica, un retorno absoluto del SPP al SNP, pues de otro modo, se podría afectar gravemente las arcas del Estado, y así terminar perjudicando a los pensionistas beneficiarios de él. Lo que queda asumir es un retorno relativo»⁽⁶⁴⁾.

De otro lado, y cambiando el sentido del traslado, el TC también dejó sentado el hecho de que el bono de reconocimiento, monto dinerario correspondiente a los beneficios del trabajador en sus aportes al SPUP cuando este se traslada al SPRP (artículo 9 LSPRP), sí podía ser variado respecto a la solicitud inicial. Pese a que, según la norma originaria, la petición debía consignar «el total de empleadores que ha tenido durante su vida laboral, acredite o no la información que consigna, no pudiendo con posterioridad a la presentación de la solicitud, completar o modificar la referida información»⁽⁶⁵⁾, a través de un precedente vinculante se señaló que una interpretación conforme a la cláusula de la tutela procesal efectiva (numeral 3 del artículo 39 de la Constitución; artículo 4 del Código Procesal Constitucional) debía permitir la revisión de la información señalada, pues «es excesivo e irrazonable que la persona se vea impedida de variar los datos estipulados en su solicitud, cuando es la misma ONP la que está en mejor capacidad de conocer qué empleador realizó aportes o no»⁽⁶⁶⁾. De esta forma se consolida un correcto traslado entre sistemas pensionarios.

4.4. El caso de las pensiones «privadas»

Un caso particular relacionado con el SPRP se puede encontrar en lo que se llegó a denominar la «cédula viva garcilasina». Al

TC llegó una demanda relacionada con el ex profesor de una universidad privada que exigía que no se cierre un supuesto régimen pensionario creado en el seno de dicha institución, similar al de la del Decreto Legislativo 20530, porque él como uno de sus beneficiarios, se vería seriamente afectado con esta decisión. Ante tal pretensión, el órgano supremo de control constitucional entró a analizar si este régimen era compatible con el derecho fundamental a la pensión.

Dicha «cédula viva» fue aprobada en una asamblea universitaria pero luego fue desactivada en vista que los fondos que se invertía en ella eran demasiado altos, lo cual originó en que se vuelva insostenible. A entender del TC, si bien la entidad reconoció un derecho al demandante, este no está en relación directa con la pensión: «Tal como se puede ver con su formulación nada tiene que ver una procura existencial a favor de sus beneficiarios. La cédula viva garcilasina se configuró como un pago adicional que la Asamblea Universitaria acordó a favor de sus profesores, pero por más *nomen iuris* que posea este pago, no podrá considerarse una pensión, por no cumplir un fin social específico»⁽⁶⁷⁾.

Aun cuando no hizo mención alguna el TC acerca del Principio de Sostenibilidad Económica para resolver el caso, se puede señalar que aparte de que el derecho invocado no podía ser considerado como pensión, es económicamente inviable que se pueda tutelar una reclamación como esta, porque acarrearía una carga innecesaria para la entidad privada.

(64) Fundamento 34.e. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1776-2004-AA/TC.

(65) Resolución Jefatural 029-98-Jefatura/ONP.

(66) Fundamento 6 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 9381-2005-PA/TC.

(67) Fundamento 14 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 7321-2006-PA/TC.

Víctorhugo Montoya Chávez

4.5. La pensión de los convivientes

Por último, se va a examinar un tema que ha empezado a causar polémica en el mundo jurídico, y está relacionado con el contenido esencial del derecho, específicamente dentro del tema de las pensiones para los convivientes. Últimamente, el TC ha emitido una sentencia según la cual la situación de un concubinato -unión de hecho, *more uxorio* o extramatrimonial- se asimila a la del matrimonio, en cuestión del otorgamiento de la pensión de viudez. Se analizó específicamente si la pareja de hecho superviviente tendría derechos, pese a la omisión expresa de la normatividad previsional. Al respecto, se puede decir que sin mucha fundamentación ya el TC había admitido esta posibilidad⁽⁶⁸⁾, pero es recién en el presente año cuando el TC expresa razones para aceptar esta posibilidad⁽⁶⁹⁾: (i) Debe darse una tutela especial a la familia, por ser un instituto básico de la sociedad y del Estado (artículo 4 de la Constitución), tomándose en cuenta un concepto amplio de la misma⁽⁷⁰⁾, incluyendo inclusive la criticada «familia reconstituida»⁽⁷¹⁾; (ii) La unión extramatrimonial es una figura constitucional (artículo 5 de la Constitución), entendida como una relación monogámica heterosexual estable, pública y notoria, que incluye el régimen de sociedad de gananciales, en cuanto sea aplicable; (iii) si bien la norma previsional solo habla del cónyuge (artículo 53 Decreto Legislativo 19990), no excluye explícitamente a la pareja conviviente, lo cual se explica porque la unión de hecho recién fue reconocida constitucionalmente después de la Constitución de 1979, es decir, con posterioridad a la dación de los decretos legislativos que desarrollan los regímenes previsionales del SPUP; (iv) el reconocimiento del principio-derecho de igualdad (numeral 2 del artículo 2 de la Constitución); y, (v) también se prevé pensión de los convivientes en el SPRP (artículo 117 del Decreto Supremo 004-98-EF).

Lo anecdótico de este caso es que unos meses antes, el TC había dictado una sentencia en otro sentido⁽⁷²⁾, en la

que se negaba la posibilidad de las parejas de hecho supervivientes a solicitar pensión de viudez. Si bien parte de aceptar la validez del reconocimiento constitucional de este tipo de unión (artículo 5 de la Constitución), no puede aceptarse este tipo de pensión derivada en virtud de que existe una clara vocación del constituyente de impulsar, fomentar y resguardar el matrimonio (solo pensión para cónyuge)⁽⁷³⁾, en tanto se presenta como un «instituto jurídico constitucionalmente garantizado»: «la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo»⁽⁷⁴⁾. En tal lógica, debe entenderse el matrimonio en toda su extensión y haciendo una interpretación completa de la norma constitucional (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional); cuando se contrae matrimonio se somete al recaudo de que el hombre y la mujer tengan la voluntad de hacerlo y asumir las consecuencias de su acto⁽⁷⁵⁾.

En conclusión, hacer equivaler el matrimonio con la unión de hecho no es correcto, como se ha tratado de argumentar

(68) Fundamento 3 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 09708-2006-PA/TC.

(69) Fundamento 5 y siguientes de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 6572-2006-PA/TC.

(70) Observación General 19 de la Comisión de Derechos Humanos.

(71) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 9332-2006-PA/TC.

(72) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3605-2005-PA/TC.

(73) Fundamento 16 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC y otros.

(74) Fundamento 13 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC.

(75) Véase, artículo 326 del Código Civil peruano; artículo 17.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

en la última sentencia emitida. Es cierto que existen ciertas consecuencias semejantes, pero el nivel de configuración legal asignado a los legisladores será el que guíe tal contexto. La premisa que se parte en la última sentencia emitida es completamente errada: trata de enfocar el problema central como si fuera de familia, cuando el punto central es el matrimonio. Aparte de cuestiones sustantivas, también existen otras procedimentales: no se sabe cuál será el medio probatorio a solicitarse -¿será acaso una declaración judicial?--; no refleja los principios genéricos de la seguridad social; ni se ha establecido cuál es el mecanismo que tendrá que utilizar la administración para poder otorgar la pensión. De otro lado, y aquí lo importante es contrastarlo con la sostenibilidad financiera, ¿el TC tomó en cuenta en este caso tal principio? ¿Se ha dado cuenta que, pese a lo frágil del SPUP, está creando mayor carga a lo que es el Fondo Consolidado de Reserva Previsional? Este principio pensionario que tan bien fue utilizado en otros casos, como ya se ha estado viendo, fue en cierta medida obviado para resolver esta cuestión. Se prevé que el costo para el Estado de esta decisión jurisdiccional será muy elevado. No se nota a lo largo de la sentencia un estudio de las posibles secuelas o efectos económicos de esta decisión.

5. Consideraciones finales

Tal como se ha podido observar, el apreciable desarrollo del derecho a la pensión en las resoluciones del TC, puede

ser analizado desde el punto de vista del Principio de Sostenibilidad Financiera, el cual, en determinadas oportunidades, ha sido puesto en relieve por parte del TC a la hora de resolver. Su importancia es mayor si se distingue que en el ámbito pensionario el ahorro público y el equilibrio pensionario son elementos conducentes a desplegar y expandir la justicia en la Norma Fundamental (Primera Disposición Final y Transitoria). La pregunta que ha subyacente a tales decisiones es palmaria: ¿es válido proteger el derecho de unos pocos para desatender el bienestar de la población? La respuesta claramente es compleja, por responder a la clásica pugna entre el bien particular y el bien común.

No hay que olvidar, pues, que la sostenibilidad financiera tiene como sustento, «interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común»⁽⁷⁶⁾. A raíz de ello, se ha tratado de realizar un análisis de algunas sentencias emitidas bajo los nuevos criterios pensionarios, siempre tratando de hacer un corte transversal con relación al equilibrio presupuestal como uno de los principios que lo sostiene, y así el TC ha podido conjugar convenientemente pensión, en tanto derecho fundamental y social, y sostenibilidad financiera, en tanto preocupación estatal de equilibrio económico, por más que en algunos aun no lo invoca y en otros simplemente se olvida de su existencia.

De lo revisado, entonces, se puede colegir que, más allá que las administraciones públicas o privadas puedan -mejor dicho, deban- respetar plenamente los derechos de los pensionistas, cuando estos recurran a un órgano de justicia constitucional deben estar conscientes que uno de los principios que regirá la salvaguardia de su derecho será el de sostenibilidad financiera. No es posible invocar una tutela subjetiva, si la objetiva se ve seriamente perjudicada. Un control constitucional de este tipo solo estará logrando tutelar efectivamente el contenido completo, oportuno y estructurado de la Norma Fundamental.

(76) Fundamento 7.d. de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC.