

Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

JAVIER NEVES MUJICA

Profesor principal de la Facultad de Derecho de
la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

1. LOS ANTECEDENTES

A inicios de la década de los noventa, la previsión social estaba a cargo del Estado. Se encontraba estructurada en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones. En el ámbito de las pensiones, existía un régimen general denominado Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990 del 24/7/73), que era gestionado por una entidad autónoma y descentralizada, llamada Instituto Peruano de Seguridad Social, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los trabajadores dependientes y aportación de éstos y de sus empleadores. La tasa era del 9% de la remuneración para cada régimen y se cubría en 2/3 por el empleador y 1/3 por el trabajador. Los fondos eran declarados como intangibles por el ordenamiento.

Existía, sin embargo, un importante régimen especial. Este era el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley 20530 del 26/2/74). Este sistema fue concebido como cerrado, en favor de los trabajadores públicos que ingresaron hasta el 11 de julio de 1962. No obstante, fue varias veces reabierto por leyes e interpretaciones administrativas y jurisdiccionales, dadas

las ventajas que ofrecía con respecto al Sistema Nacional de Pensiones, sobre todo en términos de -por una parte- la obtención de la cesantía considerando solo el tiempo de servicios, de 15 años para los hombres y 12,5 para las mujeres (en cuyo cómputo se agregaba, además, desde el inicio de la relación laboral con el Estado, los años de formación profesional) y -por la otra- de nivelación de las pensiones con las remuneraciones, al alcanzar los 20 años de servicios. Se permitió así la incorporación, entre otros, de los diplomáticos (Ley 24029 del 12/12/78); los trabajadores públicos que a la fecha de dación del Decreto Ley 20530, contaran con 7 ó más años de servicios (Ley 24366 del 21/11/85) o se encontraban prestando servicios en condición de nombrados o contratados (Ley 25066 del 23/7/89); los trabajadores del Banco de la Nación (Ley 25146 del 19/12/89); los profesores del Estado (Ley 25212 del 20/5/90); los trabajadores del Complejo Petrolero y Similares asimilados a Petroperú (Ley 25219 del 24/5/90); los de las empresas estatales (Ley 25273 del 4/6/90); y, finalmente, los jueces (Decreto Legislativo 767 del 29/11/91).

2. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS

Una severa crisis afectaba a la previsión social hacia fines de la década de los ochenta. Frente a ella, habían surgido dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de su superación, así como de los medios para lograrla: para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, otra voluntad política del gobierno, etc.; para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y sólo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990.

En este punto, el debate se centraba en determinar el grado de participación que debía corresponder al sector privado. El dilema consistía en si se debía mantener las entidades públicas, a cargo de prestaciones básicas, con afiliación y aportación obligatoria de los trabajadores dependientes, aunque la tasa de la contribución se rebajara y reservar la presencia privada para la cobertura adicional; o si se debía permitir que los trabajadores eligieran entre la afiliación y aportación exclusiva a una entidad pública o a una privada, las que competirían por la prestación del mejor servicio. En otras palabras, un esquema complementario o alternativo, respectivamente. La fórmula adoptada fue la última en materia de pensiones, a partir de la creación del Sistema Privado de Pensiones en 1992 (Decreto Ley 25897 del 7/12/92).

Los principales cambios que afectaron al régimen general pensionario (Decreto Ley 19990) y al especial (Decreto Ley 20530), los resumimos a continuación. En el Sistema Nacional de Pensiones se elevó el número de años de aportación ne-

cesarios para percibir una pensión de jubilación de 15 y 13, para hombres y mujeres, respectivamente, a 20 para todos; se modificó la base de cálculo de la remuneración de referencia, que era el promedio de las últimas 12 remuneraciones y pasó a ser el promedio de las últimas 36, 48 ó 60, según el tiempo de aportación; y se fijó la pensión máxima en 600 soles mensuales, que actualmente asciende a 857,36 soles mensuales (por Decreto Ley 25967). Asimismo, se aumentó la edad para la jubilación de 60 y 55 años para hombres y mujeres, respectivamente, a 65 para todos y se atribuyó a los trabajadores el íntegro del aporte, el que se incrementó en dos tramos, primero de 9 a 11% de la remuneración y luego a 13% (por Ley 26504 del 17/7/95).

En el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado, se atacó primero las incorporaciones o reincorporaciones que se habían producido con infracción del ordenamiento, declarándose su nulidad de pleno derecho (Decreto Legislativo 763 del 15/11/91). Este mandato, tras ser derogado, fue luego restituido, en idas y venidas frecuentes en este campo. Después se precisó que la nivelación de las pensiones, que se había establecido por la Constitución de 1979, debía efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público (Decreto Legislativo 817 del 23/4/96 y Ley 26835 del 4/6/97). Más adelante, se fijó un tope para estas pensiones por las Leyes de Presupuesto desde 1991 a 1994, el que luego se equiparó al sueldo de un congresista (Decreto Legislativo 817) y recientemente se les ha señalado como máximo una unidad impositiva tributaria (Ley 28047 del 30/7/03). En seguida se modificó algunas reglas referidas a pensiones de jubilación y de sobrevivientes, en dirección restrictiva (Ley 27617 del 28/12/01). También se ha elevado los aportes por tramos, de 6 a 13% de la remuneración (desde agosto del 2003), a 20% (desde agosto del 2006) y a 27% (desde agosto del 2009) (Ley 28047) y se ha establecido una contribución solidaria por el monto que exceda de 14 unidades impositivas tributarias anuales, con la tasa del impuesto a la renta (Ley 28046 del 30/7/03).

La gestión unitaria de los sistemas de salud y de pensiones, que estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, se desdobló en dos entidades, una ocupada de la salud, llamada Seguro Social de Salud (ESSALUD) y la otra de las pensiones, denominada Oficina de Normalización Previsional (ONP) (creada por el Decreto Ley 25967). Se perdió, además de la unidad, la autonomía, ya que la primera pasó a depender del -entonces llamado- Ministerio de Trabajo y Promoción Social y la segunda, del Ministerio de Economía y Finanzas. Esta Oficina de Normalización Previsional centralizó la administración de las pensiones del Estado, hasta que esa situación fue declarada inconstitucional por nuestro Tribunal Cons-

tucional. Tras ello, la Oficina de Normalización Previsional atiende las pensiones del régimen del Decreto Ley 19990, mientras las del régimen del Decreto Ley 20530 corresponden a la entidad en que se generaron.

Ante el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, se planteó una demanda por inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuesto de 1991, por el establecimiento de topes a las pensiones. Este organismo jurisdiccional, la declaró infundada en diciembre de 1991.

Contra el Decreto Ley 25967 y el Decreto Legislativo 817 se interpusieron sendas acciones de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional las declaró fundadas en parte, en sentencias expedidas y publicadas en abril de 1997. El fundamento central de ambos fallos está en que al conllevar las reformas una disminución de beneficios y pretender aplicarse inmediatamente a las relaciones existentes, lesionan los derechos adquiridos en materia pensionaria, consagrados por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

También fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional la Ley 26835 y la Ley 27617. En sus pronunciamientos emitidos en junio de 2001 y marzo de 2003 (ésta complementada por sentencia expedida en junio de 2003), dicho organismo estima -en todo y en parte, respectivamente- las demandas. El criterio es el mismo que se tuvo al resolver los casos anteriores.

3. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA PENSIONARIA

Dado que el sustento principal de las resoluciones del Tribunal Constitucional para objetar la constitucionalidad de ciertos aspectos de las reformas legislativas implementadas desde inicios de los años noventa, reside en el respeto por los derechos adquiridos, resulta indispensable pasar revista a la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo.

3.1. La regla de la irretroactividad de las normas

Es propio de todo Estado de derecho establecer como regla la irretroactividad de las normas, aunque comúnmente se admita como excepción su retroactividad. El fundamento de la primera se encuentra en la seguridad jurídica, que impide alterar en el futuro las bases sobre las que se configuraron las relaciones jurídicas en el pasado; y de la segunda, en la protección de los sujetos que están en situación de desventaja, en ciertas áreas jurídicas regidas por los intereses públicos o sociales. De esto último fluye que la retroactividad sólo cabe cuando es benigna para el su-

jeto tutelado por determinada área del derecho. Además, por su mismo carácter de excepción, tiene que declararse expresamente.

La Constitución de 1979 y la de 1993, así como el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, coinciden en proclamar la regla y aceptar excepciones, pero difieren en la extensión de éstas: materia penal, laboral y tributaria, en la primera norma; sólo penal en la segunda; y penal y laboral en el Proyecto.

Sin embargo, en doctrina no hay una única lectura de los conceptos de irretroactividad y de retroactividad, más allá de entender que la primera situación es la ordinaria y la segunda la extraordinaria. Las interpretaciones de esos términos son básicamente dos y vienen formuladas por las teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos.

Según la teoría de los derechos adquiridos, la irretroactividad consiste en continuar aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de la sucesión normativa. En cambio, la retroactividad supone que tales derechos se rigen inmediatamente por la nueva norma, desde su entrada en vigor.

Por tanto, si la antigua norma otorgaba una pensión de 800 soles y la nueva eleva el monto a 1000 -en una sucesión de mejora-, el pensionista se quedaría con 800; pero si ocurriera lo contrario -en una sucesión de disminución- el monto que debería percibir el pensionista no sería de 800 sino de 1000. La manera de evitar la afectación del pensionista en el primer supuesto, sería que la nueva norma se declare reactiva, para que se incremente inmediatamente su pensión de 800 a 1000 soles, pero ello no cabría en nuestro esquema constitucional en esta materia.

La teoría de los hechos cumplidos plantea que estamos ante una situación de irretroactividad cuando la nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que aquélla entre en vigencia. La situación es de retroactividad, si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior.

Manteniendo el ejemplo anterior, tendríamos que si se aumentara las pensiones de 800 a 1000 soles -en una sucesión de mejora-, el pensionista percibiría el nuevo monto mayor; y si se rebajara el monto -en una sucesión de disminución- también la pensión decrecería de inmediato, fijándose en 800 y ya no en 1000 soles. Sólo en el primer caso la nueva norma podría declararse reactiva, ya que sería benigna, aunque ello no podría ocurrir en nuestro ordenamiento.

Como puede verse, si el ordenamiento sobre derechos humanos siguiera una tendencia progresiva, que es la más acorde con su naturaleza, la teoría de los hechos cumplidos sería más ventajosa que la de los derechos adquiridos. La primera le permitiría a los destinatarios adaptarse a la innovación de mejora, mientras la segunda los llevaría a conservar el beneficio menor. En cambio, es supuestos excepcionales en los que dicho ordenamiento asume una tendencia regresiva, sucedería lo contrario. En virtud de la primera teoría su beneficio disminuiría de inmediato, en tanto según la última, retendrían la ventaja alcanzada.

En definitiva, el escenario en que se mueve la teoría de los derechos adquiridos está en los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha en que se produce la sucesión normativa: si se rigen por la antigua norma, habrá irretroactividad; y si se rigen por la nueva, habrá retroactividad. En cambio, el de la teoría de los hechos cumplidos está en la aplicación de la nueva norma: si recae sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, habrá irretroactividad; y si recae sobre los hechos ya cumplidos, habrá retroactividad.

La clave, pues, para cada teoría está en cuándo se adquiere un derecho y cuándo se cumple un hecho. Respecto del momento en que se adquiere un derecho, hay tres posiciones doctrinarias: para la primera, basta que la relación jurídica se haya constituido cuando estaba vigente la norma antigua; para la segunda, es necesario que se haya producido el supuesto de hecho previsto por esa norma; y para la tercera, se requiere incluso que se haya comenzado a disfrutar del beneficio, antes de su supresión. La más razonable nos parece la intermedia. Sobre la oportunidad de cumplimiento del hecho, habría que distinguir los hechos que se cumplen una única vez, como la edad de acceso a la jubilación, de los que lo hacen periódicamente, como la percepción de una pensión. En este último caso, el cumplimiento ocurre el día en que debe efectuarse el pago.

La Constitución de 1979 no optó por ninguna de estas teorías. Ese papel lo cumplió más bien el Código Civil, que en el artículo III de su Título Preliminar, acogió la teoría de los hechos cumplidos: la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por tratarse de una ley, aunque esta blesca criterios de interpretación y aplicación válidos para todo el sistema jurídico, otras normas con tal rango podían asumir la teoría contraria, como de hecho ocurrió en esos años en diversos campos, entre ellos el pensionario.

Con la Constitución actual parece ocurrir lo mismo. Sin embargo, dado que adopta figuras mixtas para el ámbito pensionario -en la Primera Disposición Final y Transitoria- que combinan ambas teorías, podría sostenerse por argumento a contrario que

acoge para el resto del ordenamiento la teoría de los hechos cumplidos. Decimos que la mencionada disposición recoge una figura mixta, porque nos queda claro que si se produce una sucesión de mejora, la nueva norma debe regir de inmediato; pero si la sucesión es de disminución, debe seguir rigiendo la antigua. Mantener la vigencia de la norma antigua aun cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad, sería condenarlos a una desventaja, lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto.

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución circunscribe la protección de los derechos adquiridos a los regímenes obligatorios y a los trabajadores públicos. De modo que no están comprendidos en ella, por una parte, los sistemas pensionarios voluntarios, establecidos como suplemento o complemento a los legales; y, por la otra, los trabajadores privados. Esta última exclusión resulta manifestamente discriminatoria, puesto que dichos regímenes obligatorios abarcan tanto a trabajadores de la actividad privada como del sector público.

3.2. Los mandatos del Decreto Ley 25967 y la Ley 27617

A modo de ejemplo de las reformas producidas, vamos a poner los casos del Decreto Ley 25967 y la Ley 27617. El primero modificó algunos de los principales requisitos para percibir una pensión de jubilación previstos por el Decreto Ley 19990, como el número de años de aportación necesarios, que fueron elevados a 20, indistintamente para hombres y mujeres, de 15 y 13, para unos y otras, respectivamente. Esta disposición fue complementada con la de aumento de la edad de jubilación (por la Ley 26504), a 65 años, de los originales 60 y 55, exigidos a hombres y mujeres, respectivamente. Los cambios dispuestos por el Decreto Ley 25967, aunque no así los introducidos por la Ley 26504, debían aplicarse inmediatamente, incluyendo a los trabajadores que habían alcanzado el requisito previsto por la norma antigua, tanto en el supuesto de que continuaran laborando, como en el de que hubieran cesado e iniciado el trámite para obtener la pensión. De este modo, si conforme al ordenamiento anterior un hombre ya podía acogerse a la jubilación con 60 años de edad y 18 de aportación, pero había optado por mantener su vínculo laboral, tras la expedición del Decreto Ley 25967, tendría que esperar hasta llegar a los 20 años de aportación. La figura era más perjudicial incluso, para aquel que hubiera cesado en su empleo y solicitado el otorgamiento de una pensión, ya que se quedaría sin trabajo y sin pensión. Este debe ser el caso de muchas personas, dado que la administración de la seguridad social tenía paralizada por varios meses la concesión de pensiones, en anticipación de la dación del Decreto Ley 25967.

No hay duda de que el ánimo de evitar la repetición de atropellos de tal magnitud, fue uno de los factores que llevó al constituyente a incorporar el texto de la

Primera Disposición Final y Transitoria en la Constitución de 1993, que garantiza los derechos adquiridos.

La Ley 27617 se dirigió fundamentalmente a revisar las condiciones para el otorgamiento de las pensiones de sobrevivencia reguladas por el Decreto Ley 20530. En casi todos los casos, los cambios tendían a la rebaja de beneficios y pretendían también regir inmediatamente para los familiares a cargo de los titulares que no hubieran fallecido a la fecha de entrada en vigencia de la nueva norma: Aquí la controversia se centra, entonces, dado que ya estaba vigente la Constitución actual, en determinar si los cambios pueden afectar a sobrevivientes potenciales o no. En otras palabras, saber si las pensiones de viudez, de orfandad o de ascendientes que se produzcan después de la dación de dicha ley, deben regirse por la norma antigua o la nueva. Volveremos sobre este asunto más adelante.

3.3. Los derechos adquiridos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En los procesos por inconstitucionalidad del Decreto Ley 25967, Decreto Legislativo 817, Ley 26835 y Ley 27617, el Tribunal Constitucional ha consolidado algunos criterios que nos interesa resaltar a continuación.

En primer lugar, sostiene el Tribunal Constitucional 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, de un lado, señala 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 109, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967). Del otro, afirma que hay derechos adquiridos en materia pensionaria: "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). Asimismo, al aludir a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, asevera: "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 Legisla-

tivo 817). Las materias no pensionarias no disfrutan de esta protección: así, dado que "la bonificación [del FONAHPU] no forma parte de la pensión... no constituye un derecho adquirido" (Fundamentos 5, 6.1 y 6.2 de la sentencia sobre la Ley 27617).

Sobre el argumento utilizado para sustentar la adopción de la teoría de los hechos cumplidos por la Constitución, creemos que el Tribunal Constitucional confunde la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo con la de sus efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En cualquier sistema jurídico ajustado a los principios propios de todo Estado de derecho, las normas entran en vigencia con posterioridad a su publicación. Pero de allí no se deduce, en nuestro concepto, la adopción de ninguna teoría; para ello hace falta indagar si se acepta que la nueva norma opere sólo para las futuras relaciones o también para los derechos ya adquiridos o los hechos no cumplidos de las existentes. La pregunta central, pues, es si al entrar en vigencia la nueva norma -que no interese cuándo sea, pero deberá ocurrir con posterioridad a su publicación- afectará o no las relaciones y situaciones existentes.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional establece dos precisiones importantes: qué es un derecho adquirido y cuándo se produce la adquisición de un derecho. Respecto de lo primero, sostiene que tales derechos son "los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas" (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967), o "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos" (Fundamento 15 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817).

Respecto de lo segundo, para el Tribunal Constitucional hace falta distinguir entre las pensiones originarias y las derivadas. Las primeras son las que genera el titular en su provecho, como las de jubilación, cesantía e invalidez, y las últimas son las que suscita en beneficio de los familiares a su cargo, como las de sobrevivientes.

El derecho a obtener una pensión originaria se adquiere cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma. De este modo, la antigua norma "se aplicará sólo a los trabajadores que, aun cuando se encuentren laborando, reúnan los requisitos señalados por el Decreto Ley 19990 para obtener la pensión de jubilación" (Fundamento 11 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967). O, más específicamente todavía, cuando dice que "es necesario determinar desde qué momento se adquiere el derecho a la pensión nivelable" y concluye que sucede

"desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos [los de la norma antigua], aun cuando el administrado continúe laborando efectivamente" (Fundamento 19 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817).

Desde este ángulo, el Tribunal Constitucional considera compatibles con la Constitución todas las modificaciones legislativas que operen hacia el futuro, afectando derechos no adquiridos; e incompatibles las que tienen aplicación inmediata sobre derechos ya adquiridos. Así, por ejemplo: "El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del Decreto Ley 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del Decreto Ley 19990" (Fundamento 12 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967). O, en el mismo sentido: "el Decreto Legislativo 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuren a partir de su entrada en vigencia" (Fundamento 13 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817).

En igual dirección, cuando se autoriza la modificación por decreto supremo de los criterios para determinar la remuneración de referencia y los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación, sostiene el Tribunal Constitucional que "es claro que cualquier modificación que se haga de las reglas o criterios para fijar tanto la remuneración de referencia como los porcentajes aplicables para la determinación de la jubilación vinculada al Decreto Ley 19990, únicamente puede operar para quienes aún no tienen un derecho adquirido" (Fundamento 2.2 de la sentencia sobre la Ley 27617).

En definitiva, pues, el Tribunal Constitucional ha mantenido en sus fallos una línea de pensamiento en el sentido de que el derecho a una pensión originaria se adquiere cuando se cumple los requisitos previstos por la norma antigua, aunque no se haya ejercido todavía. Adopta, por tanto, la tesis intermedia que describimos antes y que nos resulta equilibrada.

El único caso que conocemos, en el que se cambia la oportunidad en que se adquiere el derecho, es el de un diplomático (Domingo Nieto Heredia contra el Ministerio de Relaciones Exteriores), resuelto en vía de acción de amparo, en octubre de 2001. Aquí, el diplomático ingresó al servicio en enero de 1971, siendo que estaba vigente desde abril de 1929 una ley (modificada en agosto de 1970), conforme a la cual el pase a retiro por límite de edad se producía a los 60 años. Esa ley fue modificada en diciembre de 1996 por otra (a su vez sustituida en junio de 1997), que rebajó dicha edad a 55 años. Antes de alcanzar esta última edad, el diplomático interpuso la acción de amparo por amenaza de violación de sus dere-

chos adquiridos. El Tribunal Constitucional afirmó: "Los derechos laborales que se adquieren bajo el amparo de una determinada normatividad y, específicamente, aquellos que establecen plazos, no pueden ser -a posteriori- desnaturalizados de modo restrictivo por nuevas leyes, ya que tal hipótesis resulta contraria tanto al principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos... como al principio de irretroactividad de las normas jurídicas..." (Fundamento 3 de la sentencia).

Como puede verse, el Tribunal Constitucional acoge en este caso la tesis de que el derecho se adquiere cuando se constituye la relación jurídica bajo la vigencia de la norma antigua, que corresponde a la primera de las expuestas antes. El apartamiento de la ruta trazada, lamentablemente no se justifica de forma explícita, aunque podría hallar apoyo en la particularidad de las circunstancias. En efecto, si se mantuviera la tesis de que la adquisición del derecho se verifica cuando se cumple los requisitos previstos por la norma antigua, los diplomáticos no llegarían nunca a adquirirla, ya que la nueva edad de pase a retiro es menor que la anterior. Lo que sí nos parece errada es la referencia al principio de irrenunciabilidad de derechos, puesto que éste opera cuando el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandona voluntariamente, que no es el caso, en el que más bien ocurre una privación por ley, derivada de una sucesión de disminución.

Un escenario similar se presenta en el caso del cese por edad de los magistrados del Poder Judicial, que el Poder Ejecutivo propuso adelantar. En comunicado de la Corte Suprema, publicado en el diario "El Comercio" el 5 de setiembre de 2003, se sostiene que "los derechos adquiridos por los magistrados de ninguna manera pueden resultar desnaturalizados restrictivamente por nuevas disposiciones legales, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos... y el de irretroactividad de la ley... perteneciendo cualquier modificación al ámbito de la reforma constitucional" (Punto 3).

Regresando a la cuestión del momento de adquisición de un derecho, centrémosnos en el caso de las pensiones derivadas. En este supuesto sostiene el Tribunal Constitucional que no existe en rigor derecho adquirido ni expectativa, ya que no hay requisito alguno para el disfrute de la pensión de sobrevivencia. El fallecimiento del titular es sólo una condición (Fundamento 16 de la sentencia sobre la Ley 27617). De este modo, el familiar tendrá derecho a conservar la situación prevista por la norma vigente cuando el titular adquirió su derecho, aunque éste no haya fallecido aún. Así, se dice "que tal pensión se encuentra ligada a la que en su oportunidad adquirió el titular" (Fundamento 10 de la sentencia complementaria sobre la Ley 27617). De allí se concluye que las modificaciones de disminu-

ción de derechos "sólo pueden ser aplicables a futuro, a los sobrevivientes de quienes al momento de la dación de la norma modificatoria, aún no habían con-cretado su derecho previsional" (Fundamentos 17, 18 y 20 de la sentencia sobre la Ley 27617).

Si bien en el plano conceptual la posición del Tribunal Constitucional acerca de la adquisición del derecho a las pensiones derivadas, luce sostenible, en el plano aplicado conduce a situaciones absurdas. Así, cuando el titular cumple los requisitos para percibir una pensión de jubilación o cesantía, genera automáticamente beneficios de sobrevivencia en una persona con la que podría no haber contraído todavía matrimonio o que podría no haber sido siquiera concebida. Nos parece, por ello, que el criterio para determinar el momento de adquisición del derecho a una pensión derivada, debería ser el de la producción de la contingencia, esto es, el fallecimiento del titular.

Un asunto sobre el que no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, ha sido el del alcance subjetivo de la tutela conferida por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución: si sólo incluye a los trabajadores del sector público, como literalmente aparece en el texto, o si comprende también a los trabajadores de la actividad privada, como tendría que ser para no incurrir en segregaciones injustificadas.

3.4 La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Dado que los organismos internacionales pueden conocer las reclamaciones interpuestas contra las decisiones jurisdiccionales o administrativas adoptadas por los organismos nacionales, según lo prevé nuestra propia Constitución -en su artículo 205º-, y que ha llegado a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, primero, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego, un caso sobre pensiones proveniente de nuestro país, conocido como "Caso cinco pensionistas versus Perú", que constituye un evidente precedente para futuros cuestionamientos, es indispensable revisar la posición del último de los mencionados organismos, expresada en su sentencia del 28 de febrero de 2003.

Antes de reseñar los criterios manejados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver el caso, vamos a resumir los hechos, a partir del texto de la propia sentencia.

Los pensionistas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros y cesaron después de haber prestado más de veinte años de servicios a la administración

pública. Conforme a la ley orgánica de dicha entidad, debieron elegir entre continuar sujetos al régimen laboral y pensionario del sector público o acogerse al de la actividad privada. Decidieron lo último y se les reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable. Las nivelaciones se efectuaron de manera sucesiva y periódica hasta abril de 1992, en que a cuatro de los reclamantes se les redujo el monto de su pensión y al quinto se le suspendió. Luego, en octubre de ese año y por mandato del Decreto Ley 25792, se dispuso la homologación de las pensiones con las que el Ministerio de Economía y Finanzas pagaba a sus trabajadores. Los reclamantes interpusieron sendas acciones de amparo y obtuvieron fallos favorables de la Corte Suprema, expedidos en 1994. La entidad denunciada incumplió las sentencias, por lo que hubo nuevos reclamos, que generaron unas resoluciones expedidas en 1995 por aquélla ordenando ejecutar el mandato judicial, lo que también se incumplió. Las acciones de cumplimiento planteadas por los reclamantes, también fueron declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional. En enero de 2002, el Congreso derogó por la Ley 27650 el precepto del Decreto Ley 25792 que mandaba efectuar la homologación mencionada. Finalmente, la entidad resolvió dar cumplimiento a sus resoluciones.

La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue interpuesta en febrero de 1998 y en diciembre de 2001 ésta decidió someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se le pedía determinar si el Estado peruano había violado los artículos 21º (propiedad privada), 25º (protección judicial) y 26º (desarrollo progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó el reclamo respecto de los dos primeros derechos y lo desestimó en cuanto al tercero. Nos interesa resaltar el fallo en lo relativo al derecho de propiedad, porque esta materia se relaciona directamente con los derechos adquiridos. Debe tenerse en cuenta que en este caso no se ha considerado el derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque a la fecha de la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos éste no se encontraba aún vigente, por carecer del número mínimo de ratificaciones. Entró en vigor recién el 16 de noviembre de 1999.

Para resolver la controversia se debe determinar "si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué significa esto" y "qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se pueden poner límites a éste" (Punto 95). "En lo que se refiere a si el derecho a la pensión

es un derecho adquirido o no, esta controversia ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú y por el Tribunal Constitucional peruano" (Punto 96). Añade la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "el artículo 21º de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto Ley 20530, en el sentido 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" (Punto 102). Asimismo, que "desde el momento en que... [los reclamantes] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto Ley 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 rígeran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas" (Punto 103).

Sobre la cuestión de los parámetros para cuantificar el derecho a la pensión y los límites que se puede imponer a ésta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos "observa que, si bien cuando los trabajadores de la SBS pasaron al régimen de la actividad privada (1981) la pensión nivelada podía haberse fijado de conformidad con el salario que percibía un funcionario sujeto al régimen público de similar nivel o categoría al de las presuntas víctimas, esto no fue interpretado así por las autoridades del Estado" (Punto 115). Al reconocerles primero y negárselos después, el derecho a la nivelación de su pensión con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, se les "afectó patrimonialmente, violando el artículo 21º de la Convención" (Punto 115).

Interpretando el texto del artículo 21º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 5º de su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se señala: "Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido... 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" (Punto 116).

De la síntesis ofrecida sobre la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fluye que el derecho a la pensión es un derecho adquirido, porque así lo concibe la Constitución peruana y, en tanto se incorpora al patrimonio de los pensionistas, está cubierto por el derecho de propiedad consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No queda claro el momento desde el que dicho organismo jurisdiccional entiende que se adquirió el derecho a la

pensión: el de la inscripción en el régimen del Decreto Ley 20530 o el del cese en el trabajo; pero sí que tal adquisición no abarca sólo la obtención de la pensión sino los términos en que ella se otorgaba conforme a la norma antigua. No obstante, se admite que mediante ley en sentido estricto y por fines públicos o sociales, se pueda limitar el monto de las pensiones, dándose a entender que las restricciones pueden comprender a las pensiones existentes y no sólo a las futuras.

4. LOS CAMBIOS MÁS RECIENTES

4.1. El giro en el Tribunal Constitucional y en el Congreso

En los últimos años ha habido en nuestro país un intenso debate sobre el futuro de los sistemas de pensiones. Restaurado el ordenamiento constitucional, se formó una Comisión Especial encargada de elaborar un Informe sobre los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado. Asimismo, fue designada otra Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, que tuvo entre sus preocupaciones principales el tema previsional. Ambos informes se presentaron el 15 de julio de 2001.

Más recientemente, en ámbitos políticos y periodísticos, se ha centrado la atención en los sistemas de pensiones, tanto los públicos como el privado. En este marco, se ha propuesto al Congreso que se corrija las principales distorsiones legislativas que afectan a dichos sistemas. Las demandas, sin embargo, han sido escuchadas sólo en lo que respecta a los sistemas públicos. En este sector, se ha ejercido también fuertes presiones sobre el Tribunal Constitucional, para que rectifique algunas de sus posiciones referidas en especial al régimen del Decreto Ley 20530.

Como resultado de este proceso, el Tribunal Constitucional se ha rectificado en algunas líneas centrales de sus planteamientos y el Congreso ha dictado las Leyes 28046 y 28047. Lo primero ha ocurrido con ocasión de la expedición de una sentencia recaída en un proceso de amparo (Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsional), dictada el 18 de junio de 2003, aunque en otra, expedida el 27 del mismo mes y año, en el proceso por inconstitucionalidad contra la Ley 27617, vuelve a enfatizar los derechos adquiridos.

En la primera sentencia mencionada, dice el Tribunal Constitucional que el "Decreto Ley 20530... es un régimen de pensiones de carácter cerrado" (Fundamento 3), desde "el 12 de julio de 1962" (Fundamento 7), pese a lo cual "en diversas ocasiones fue abierto por ley" (Fundamento 3). A partir de esta concepción, "ha

resuelto apartarse del criterio adoptado" en un pronunciamiento emitido apenas quince días antes, en el que se concedió erróneamente el derecho de incorporarse a dicho régimen (Fundamento 11). Asimismo, se retracta en el cómputo de los cuatro años de formación profesional, que en fallos anteriores había admitido que se hiciera con anterioridad a alcanzar los 15 años de servicios para los hombres y los 12,5 para las mujeres y ahora sostiene que el abono de ese período "se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente aportados al Estado" (Fundamento 10); y con respecto a la nivelación, cuestión en la que fija su posición en el sentido que "debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la administración pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese" y, más explícitamente aun, que "la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada... no procede" (Fundamentos 15 y 16). Termina la resolución con un inusual planteamiento: "considera este Colegiado que... debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga" (Fundamento 20).

En la segunda sentencia, el Tribunal Constitucional efectúa una larga reflexión sobre la incidencia económica de sus pronunciamientos en materia pensionaria, que parece ser la razón por la que se expidió ese fallo complementario sobre la inconstitucionalidad de la Ley 27617, tres meses y medio después de haber resuelto el proceso de inconstitucionalidad contra dicha ley. Esta sentencia precisa que "el 'reajuste' de las pensiones no puede entenderse como una autorización para disminuir a quienes ya tienen el derecho adquirido, sino de 'incrementarlas', por interpretación de la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución concordante con la Undécima, referida a "la aplicación progresiva de aquellas disposiciones constitucionales -como la Segunda- que requieren nuevos o 'mayores gastos'". Agrega que la progresividad "no puede nunca interpretarse como sinónimo de 'regresividad', y ni siquiera como mantenimiento del statu quo" (Fundamento 14 de la sentencia complementaria sobre la Ley 27617).

Esta idea se refuerza cuando le recuerda al Congreso "que los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes 19990 y 20530 no fueron creados, con los alcances que tienen, por este Tribunal, ni tampoco le corresponde realizar los ajustes necesarios", los que parecen requerir una reforma de la Constitución, que es atribución de aquél efectuar: "siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido" (Fundamento 14 de la sentencia complementaria sobre la Ley 27617).

En el punto siguiente, nos vamos a ocupar de las innovaciones introducidas por las Leyes 28046 y 28047, respecto de las reglas establecidas por las normas que las precedieron.

4.2. La viabilidad de los cambios efectuados por el Congreso en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Nos interesa en este punto, analizar a qué trabajadores o pensionistas podrá aplicárseles las modificaciones efectuadas en el ordenamiento pensionario en los últimos años, en el entendido de que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantengan su criterio de que el derecho se adquiere en los términos y condiciones existentes cuando se produjo el supuesto de hecho, como lo sostienen ambos organismos jurisdiccionales en el Fundamento 17 de la sentencia sobre la Ley 27617 y el Punto 103 de la sentencia del "Caso cinco pensionistas versus Perú", respectivamente. Lo cierto es que si se garantizara sólo el derecho a una pensión, pero no con las características en que ésta se otorgaba conforme a la legislación entonces vigente (aportes, topes, etc.), se favorecería la desnaturalización del derecho adquirido.

Para estos efectos, vamos a centrarnos en tres temas referidos al régimen del Decreto Ley 20530, que se han regulado con el propósito de reducir los extremos en los montos de las pensiones y el déficit de los fondos. Se trata de los topes, los aportes y la contribución solidaria.

Los topes a las pensiones estuvieron previstos en el esquema original del Decreto Ley 20530, cuyo artículo 57° remitía para su fijación a las leyes de presupuesto. El Tribunal Constitucional, sin embargo, consideró que la Octava Disposición General de la Constitución de 1979, que introdujo la nivelación, derogó el citado precepto del decreto ley (Fundamento 18 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817). No obstante, los topes han existido, dispuestos por sucesivas normas con rango legal. Cuando la Ley de Presupuesto de 1991 impuso topes, el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales desestimó la demanda de inconstitucionalidad contra ella, sobre la base de que "no sería legal ni justo, que el beneficiario de una pensión cualquiera sea la causa de su determinación, llegara a alcanzar un nivel igual o superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la institución o empresa". Aquí podríamos identificar tres tramos: primero, el de la Leyes de Presupuesto de 1991 a 1994; segundo, el del Decreto Legislativo 817, de abril de 1996, equivalente al sueldo de un congresista; y tercero, el de la Ley 28047, de julio de 2003, ascendente a una uni-

dad impositiva tributaria. Esto significa que según el período en que se adquirió el derecho, no en el que se hizo efectivo, habrá topes distintos para las pensiones. El actual monto máximo, por tanto, sólo vale para los trabajadores que cumplan los requisitos para obtener una pensión a partir de la vigencia de la última ley mencionada.

Los aportes se han elevado recientemente. En este caso, tendríamos que diferenciar cuatro tramos: uno, hasta antes de la Ley 28047, en que era del 6% de la remuneración; dos, desde agosto del 2003, en que asciende a 13%; tres, a partir de agosto de 2006, que se eleva a 20%; y cuatro, de agosto de 2009 en adelante, que se fija en 27% (todo ello por mandato de la Ley 28047). Pues bien, al igual que lo planteado para los topes, aquí el trabajador congelaría el monto del aporte vigente en la fecha en que adquiere el derecho a la pensión. De este modo, si la jubilación se materializara en el tramo siguiente, en el que el aporte ya es mayor, seguiría abonando en ese lapso el monto anterior.

Finalmente, la Ley 28046, también de julio de 2003, ha creado una contribución solidaria para quienes perciben pensiones más altas. Esta contribución grava el exceso de catorce unidades impositivas tributarias anuales y tiene como tasa la vigente para el impuesto a la renta. Aunque la ley no indica la categoría a la que se adscribe esta figura, asumimos que es la quinta, en cuyo caso dicha tasa sería de 15% hasta 27 unidades impositivas tributarias, 21% por el exceso hasta 54 y 30% por el exceso de 54. En la misma línea de lo sostenido antes, debemos distinguir dos tramos: primero, hasta la entrada en vigencia de la Ley 28046; y segundo, desde dicha vigencia en adelante. Esto significaría que la contribución sólo podría gravar a las personas cuyos derechos pensionarios se adquirieran a partir de la aplicación de la Ley 28046. Sin embargo, si fuera así la contribución no tendría a quién aplicarse, ya que siendo -por mandato de la Ley 28047- el nuevo tope equivalente a una unidad impositiva tributaria por mes, ninguna pensión podría llegar y menos superar las catorce unidades impositivas tributarias por año. Es claro que la intención del legislador es, por tanto, la de gravar a las pensiones existentes; pero, en tal supuesto, también lo es que dicha afectación sería inconstitucional, conforme a la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional. Tengamos en cuenta que las pensiones han estado excluidas de toda carga tributaria (primero exoneradas del pago y, luego, desde el 1/1/01, inafectas, en lo que corresponde al impuesto a la renta), por lo que ahora no podría imponerseles una, al menos a las existentes.

5. LA NECESARIA REFORMA DE LOS SISTEMAS

Nos parece que resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país. Para ello, debe resolverse en el ámbito político (el Poder Ejecutivo y el Congreso), primero la cuestión de qué hacer con los sistemas públicos, para luego, abordar la relación que debería existir entre el sistema público y el privado.

En nuestro concepto, el Estado tiene el deber de reconstruir el sistema público de pensiones. El fracaso de dichos sistemas tiene, sin duda, en el Estado a su principal responsable, que fue quien se apropió de los inmensos fondos, no brindó las contribuciones de los trabajadores a su cargo, ni fiscalizó eficazmente las de los demás empleadores, imprimió una pésima gestión administrativa y financiera, etc. Además, la protección de las necesidades de la población, ante la ocurrencia de contingencias biológicas y profesionales, mediante prestaciones idóneas, es una actividad de la que un Estado moderno no puede estar ausente. Los instrumentos internacionales de derechos humanos le exigen atenderla.

Por cierto que no se trata de mantener los sistemas públicos actuales, que parecen encaminados a su extinción. Tendría que irse en dirección a un nuevo sistema público, que reemplace los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530, que deberían derogarse. En este nuevo sistema, la jubilación tendría que alcanzarse por edad y no por tiempo de servicios y no podría reconocerse una cédula viva. Ya que estos factores conducen a la inviabilidad financiera de cualquier sistema. De este modo, se podría recuperar la transparencia remunerativa en la administración pública, acabando con los incrementos pensionables y no pensionables, que intentan evitar sus repercusiones pensionarias. Además, debería estar a cargo, en forma centralizada, de una sola entidad, que sea reconocida como un organismo autónomo. Se superaría así la actual dispersión de entidades pagadoras, que afecta al régimen del Decreto Ley 20530. Para implementar esta medida y dado que el Tribunal Constitucional ha considerado -desde nuestro punto de vista sin sustento- que la centralización es inconstitucional (Fundamento 20 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817), haría falta introducirla explícitamente en el texto de la Constitución.

Asimismo, en el diseño del nuevo régimen deben tomarse en cuenta los planteamientos formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo respecto del actual Sistema Nacional de Pensiones, derivados de los compromisos asumidos por el Perú al ratificar el Convenio Internacional del Trabajo 102. Estos son, fun-

damentalmente: uno, que "una prestación reducida debería garantizarse a todo afiliado que haya cumplido un período de calificación o de empleo de 15 años" (artículo 29º, párrafo 2, a); dos, "aumentar el monto de las prestaciones pagadas por el Sistema Nacional de Pensiones, a los efectos de alcanzar el nivel prescrito por el Convenio" (artículos 65º y 66º); y, tres, preverse cómo "los representantes de las personas protegidas participan en la gestión del sistema de pensión administrado por la Oficina de Normalización Previsional y en particular si están representadas en los órganos de esta Oficina" (artículo 72º, párrafo 1) (Informe III parte I A, Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión, 2003)..

Tendría que haber una regulación pormenorizada de la transición entre los actuales sistemas y el propuesto. Si en éste se impusiera topes, aportes o contribuciones solidarias, incluso a las pensiones existentes, no podría afectarse a las que han sido reconocidas judicialmente, porque se vulneraría -además de los derechos adquiridos- la autoridad de la cosa juzgada.

La relación de ese nuevo sistema público con el sistema privado, pensamos que podría ser de dos tipos. El primero, complementario. De este modo, todos los trabajadores estarían afiliados y aportarían una tasa al sistema público, que les garantizaría una pensión básica. Se manejaría con la modalidad de reparto. Adicionalmente, habría inscripción y contribución al sistema privado, conducido con la modalidad de capitalización individual, que brindaría pensiones suplementarias. El segundo tipo de relación, sería el alternativo. En este caso, tendríamos dos sistemas de capitalización individual, uno del Estado y otro privado, en competencia por ofrecer el mejor servicio, fundada en reglas equitativas. En cualquiera de las opciones, el sistema privado debería ser sometido también a una revisión, para prevenir o reparar las infracciones en que incurrir.

Pensamos que el primer planteamiento requeriría una reforma de la Constitución, pero el segundo no. El actual artículo 11º de la Constitución, conforme al cual las entidades que brindan pensiones pueden ser públicas, privadas o mixtas, admitiría sin obstáculos una relación complementaria o alternativa entre dichas entidades gestoras. En cambio, la creación de un sistema público, que fusione a los de los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530, con aplicación inmediata de nuevas reglas para las pensiones existentes, que podrían afectar derechos adquiridos, salvo que provinieran de mandato jurisdiccional firme, supondría la necesaria modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria.

El sentido de la mencionada disposición, debería ser -en nuestro concepto- el de recoger el criterio sobre vigencia de las normas en el tiempo sentado en el

artículo III del Título Preliminar del Código Civil: las nuevas normas se aplican inmediatamente a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes a su fecha de entrada en vigencia. Debería dejarse a salvo la materia penal, cuando favorece al reo. Por coherencia, pensamos que debería suprimirse también el primer párrafo del artículo 62º de la Constitución, porque no hay fundamento sólido para eliminar los derechos adquiridos de origen normativo y dejar subsistentes los de origen contractual. En ambos casos, el interés público o social debe primar sobre el individual.

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 orientan cualquier restricción sobre los derechos fundamentales de la persona. En efecto, de suscitarse un conflicto entre bienes públicos y derechos fundamentales, los organismos jurisdiccionales tendrán que apreciar si la limitación ejercida sobre éstos es un medio idóneo para lograr el fin perseguido, si entre los medios eficaces es el menos oneroso para el derecho de las personas y si la medida ofrece más ventajas que desventajas. De otro modo, aun con la Constitución modificada, nuestro Tribunal Constitucional podría -y debería- calificarla de inválida, 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 la declararían fundada.