



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02851-2006-PA/TC  
LIMA  
JACINTO ANTONIO ESPINO PISCONTE

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de mayo de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jacinto Antonio Espino Pisconte contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 94, su fecha 8 de setiembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 30 de diciembre de 2003 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando que se actualice y nivele su pensión de jubilación en un monto equivalente a tres remuneraciones mínimas vitales, tal como lo estipula la Ley N.º 23908, con la indexación trimestral, devengados e intereses correspondientes.

La emplazada contesta la demanda alegando que el artículo 79º del Decreto Ley N.º 19990 dispone que los reajustes de las pensiones serán fijados previo estudio actuarial y teniendo en cuenta las variaciones del costo de vida.

El Cuarto Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 26 de mayo de 2004, declara fundada la demanda considerando que la contingencia se produjo antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 817.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda estimando que el demandante debe acudir al proceso contencioso administrativo.

#### FUNDAMENTOS

1. En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5º, inciso 1) y 38º



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

del Código Procesal Constitucional, este Tribunal concluye que en el presente caso, aun cuando se cuestiona la suma específica de la pensión que percibe el demandante, procede efectuar su verificación, toda vez que se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital (S/. 415.00).

### **Delimitación del petitorio**

2. El demandante solicita que se le incremente el monto de su pensión de jubilación como consecuencia de la aplicación de los beneficios establecidos en la Ley 23908.

### **Análisis de la controversia**

3. En la STC 5189-2005-PA, del 13 de setiembre de 2006, este Tribunal, atendiendo a su función ordenadora y pacificadora, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acordó precisar los criterios adoptados en la STC 198-2003-AC para la aplicación de la Ley N.º 23908 durante su periodo de vigencia, y dispuso la observancia obligatoria de los fundamentos jurídicos 5 y del 7 al 21.
4. En el presente caso, de la Resolución N.º 0098-92 se evidencia que al demandante se le otorgó una pensión de jubilación a partir del 25 de julio de 1989, por la cantidad de I/. 65,480.40 intis mensuales. Al respecto, se debe precisar que a la fecha de inicio de dicha pensión se encontraba vigente el Decreto Supremo N.º 022-89-TR, que estableció en I/. 20,000.00 intis el sueldo mínimo vital, por lo que, en aplicación de la Ley N.º 23908, la pensión mínima vital se encontraba establecida en I/. 60,000.00 intis. Por consiguiente, como el monto de la pensión supera el mínimo, el beneficio dispuesto en la Ley N.º 23908 no resulta aplicable al caso concreto.
5. No obstante conviene precisar que conforme a lo dispuesto por las Leyes N.ºs 27617 y 27655 la pensión mínima establecida para el Sistema Nacional de Pensiones está determinada por el número de años de aportaciones acreditados por el pensionista; en el presente caso, el recurrente acredita 19 años de aportaciones. En ese sentido, y en concordancia con las disposiciones legales, mediante la Resolución Jefatural N.º 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03-01-2002), se dispuso incrementar los montos mínimos mensuales de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N.ºs 19990, estableciéndose en S/. 346.00 el monto mínimo de las pensiones con 10 años y menos de 20 años de aportación.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02851-2006-PA/TC  
LIMA  
JACINTO ANTONIO ESPINO PISCONTE

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
VERGARA GOTELLI**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira  
SECRETARIO RELATOR (r)



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02851-2006-PA/TC  
LIMA  
JACINTO ANTONIO ESPINO PISCONTE

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Si bien concuerdo con el fallo del presente caso que declara infundada la demanda de amparo de autos, no comparto que el mismo (o los fallos estimatorios, desestimatorios e improcedentes en otros casos referidos a la materia pensionaria) se funde en las razones desarrolladas en la sentencia recaída en el Exp. N.º 1417-2005-PA/TC (Caso Anicama), publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005, que constituyen precedente vinculante.

En efecto, al cabo de un año y meses de aplicación del mencionado precedente a cientos de casos, relativos al derecho fundamental a la pensión, he procedido a evaluar mi posición sobre los fundamentos de dicha sentencia y si bien en un principio la suscribí, hoy, después de una meditada reflexión, procedo a apartarme de los fundamentos de tal precedente, principalmente por dos razones: de un lado, no comparto el planteamiento que sostiene la supuesta eficacia diferida de los derechos económicos y sociales y por otro lado, cuestiono la llamada tesis de los “derechos fundamentales de configuración legal”, para configurar el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

- 1) Con relación a la supuesta “distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales” (fundamentos 13 a 19 del caso Anicama), se parte de distinguir los derechos en aquellos que son de preceptividad inmediata o autoaplicativos de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos, señalándose que a estos últimos pertenecen los derechos económicos y sociales.

Hoy tal postura se encuentra en franca retirada. Así, baste citar el punto 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, en el ámbito de Naciones Unidas, que dice: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.”

Persistir en una tesis como la esgrimida en el precedente, es no reconocer los cambios sociales operados en el mundo de cara al siglo XXI. Los derechos económicos, sociales o culturales son tan eficaces como los derechos individuales. Los Derechos

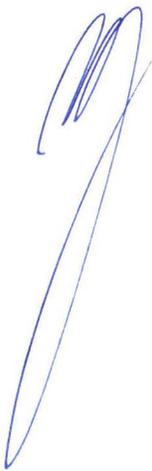


## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Humanos son como se dice en la Declaración citada indivisibles e interdependientes. El ser humano necesita de todos ellos para poder realizarse como persona.

En la tesis del precedente del caso Anicama, por ejemplo, el derecho al voto sería un típico derecho de preceptividad inmediata. Sin embargo, el ejercicio de tal derecho también requiere de todo un aparato burocrático, de toda una infraestructura y de un amplio financiamiento para poder ser ejercitado adecuadamente; y ello no es un problema de eficacia, sino de cobertura y titularidad. Cada cierto tiempo los ciudadanos mayores de 18 años votamos y elegimos a nuestras autoridades políticas porque el Estado y la sociedad han destinado los recursos necesarios para ello. En ese sentido, el derecho es eficaz.

En el caso del derecho a la educación y del derecho a la salud, el Estado (a través de su acción de gobierno) y la sociedad (a través del pago de sus impuestos) hacen los más grandes esfuerzos para que todos disfruten de tales derechos (cobertura y titularidad). Una vez que son titulares del derecho, este se torna eficaz porque tienen derecho a la prestación, independientemente de que se trate de un derecho económico, social o de libertad (Casos Azanca Alhelí Meza García, Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, y Pablo Miguel Fabián Martínez, Exp. N.º 2002-2006-PC/TC).



Lo mismo se puede decir del derecho a la pensión. Lo que ocurre es que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos de la materia han reconocido su carácter universal y progresivo (artículo 10.º de la Constitución) debido a que la cobertura y titularidad de tal derecho es más compleja (principalmente por los aportes para financiar la pensión). Sin embargo, cuando la cobertura y la titularidad existe (y se ha podido asegurar la financiación para todos o para un determinado número de personas) el derecho es eficaz. Eso es lo que pasa con casi todos los casos que llegan al Tribunal Constitucional en materia de pensiones, las personas son titulares del derecho a la pensión porque han aportado a alguno de los regímenes pensionarios vigentes en el Perú y cumplen con la edad para recibir su pensión o han alcanzado la contingencia. Es decir, para todas las personas que han recurrido a la vía del amparo el derecho a la pensión es eficaz.

Ahora bien, ¿qué ocurre con las personas que no han aportado nunca?, desde una perspectiva jurídica y judicial no serán titulares de tal derecho y por ello, tal supuesto no será protegido por el amparo, no obstante que el Estado podrá buscar fórmulas de cobertura y protección. Una cosa es la cobertura, - es decir, su universalización, la posibilidad de que todos sean titulares del derecho - y otra la eficacia. Es por ello que en los casos de amparo en materia de pensiones en que se ha estimado la demanda el derecho a la pensión ha sido plenamente eficaz, porque el demandante era titular del



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

derecho a la pensión. Por tanto, sostener que el derecho a la pensión, al ser un derecho social, es de eficacia diferida es cuando menos discutible.

- 2) De otro lado, el precedente se adscribe a la tesis “de los derechos fundamentales de configuración legal” (fundamentos 11 y 12). Los derechos fundamentales, o como el fundamento 4 de la misma sentencia los llama: derechos constitucionales, son los que están reconocidos en la Constitución. Son instituciones jurídicas. Dichas instituciones parten de la conexión entre el ordenamiento jurídico y los hechos sociales. La realidad social, económica y política, imperante en una época determinada, será la que condicione los elementos configuradores, o las particularidades y características de la institución jurídica o derecho constitucional de que se trate, el cual será objeto de análisis e interpretación.

Así el derecho a la seguridad social (pensión y salud) ha tenido una larga evolución que se expresa, después de la segunda guerra mundial, en su reconocimiento en muchas Constituciones del Mundo y sobre todo en diversas declaraciones y tratados de derechos humanos <sup>1</sup>.

Conforme al principio de supremacía de la Constitución y a su carácter normativo, es a partir del derecho reconocido en ella desde donde se debe realizar el análisis e interpretación. En ese sentido, debido a la característica abierta de las disposiciones constitucionales –incluidos muchos de los derechos– es que la interpretación en función del caso concreto es fundamental.

Tal interpretación deberá efectuarse conforme a las reglas de interpretación constitucional generalmente aceptadas (entre otras las mencionadas en la sentencia

<sup>1</sup> Así para el caso del derecho a la seguridad social algunas declaraciones y tratados de derechos humanos dicen:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Artículo XVI: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Protocolo de San Salvador (1988), Artículo 9: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

recaída en el Exp. N.º 5854-2004-PA/TC, fundamento 12), pero sobre todo a partir de la regla de interpretación constitucional de los derechos y libertades reconocida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que obliga a interpretar tales derechos y libertades conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos que ha suscrito el Perú, y, conforme a la jurisprudencia que hayan dictado los órganos de garantía de tales tratados (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

De ahí que para la configuración del contenido de cualquier derecho constitucional tengan primacía la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de sus órganos de garantía.

La ley sola, como se desprende de la sentencia, no puede configurar el contenido de un derecho fundamental o constitucional, porque precisamente esa ley es la que será sometida al juicio de constitucionalidad, considerando el carácter objetivo y subjetivo de los derechos constitucionales. Lo que hace la ley es regular el ejercicio o imponer límites al ejercicio de un derecho constitucional, pero no puede “configurar su contenido”, sino, ¿que diferencia habría entre un derecho constitucional y un derecho de orden legal?

Por ello, discrepo de la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a los que se refieren los tres últimos párrafos del fundamento 27 ya que insisten en la tesis de la configuración legal de los derechos fundamentales. Igualmente, considero innecesaria y más bien discutible la cita del fundamento 20, los fundamentos 21 y 22 eran suficientes.

En el mismo sentido, los fundamentos 33 a 35 se refieren “al derecho fundamental a la pensión como derecho fundamental de configuración legal”. Al respecto, en el fundamento 34 se señala: “Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia.” (subrayado agregado)

Las leyes deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución, y no la Constitución de conformidad con la ley. De modo que ese contenido “directamente protegido” o “constitucionalmente protegido”, debe ser determinado a partir de la Constitución y de los tratados de derechos humanos, como hemos señalado líneas arriba.

Por ejemplo, en el caso del derecho fundamental a la pensión será el Convenio N.º 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre seguridad social (norma



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

mínima)<sup>2</sup>, la norma pertinente para perfilar el contenido constitucionalmente protegido de tal derecho. Así, formarán parte de tal contenido el requisito de la edad (artículo 26.º del Convenio) y los años de aportación (artículo 29.º del Convenio)<sup>3</sup>.

En efecto, desde la perspectiva institucional de los derechos fundamentales el contenido de los derechos hace referencia al objeto o a los bienes jurídicos subyacentes a tal institución, especialmente para poder determinar las potestades de acción que el derecho otorgará a sus titulares a los efectos de que puedan ejercerlo dentro de los límites constitucionalmente admitidos.<sup>4</sup>

Por tanto, la ley no es indispensable o vital para la determinación del contenido de un derecho fundamental, pero los tratados de derechos humanos, entre los cuales se encuentran los de la OIT, sí. La ley será útil para determinar el cauce y ejercicio del derecho a fin de lograr su mayor efectividad y optimización.

El fundamento 37 referido a la “determinación del contenido del derecho fundamental a la pensión” otorga especial relevancia a la ley para configurar el contenido constitucional del derecho a la pensión, método interpretativo con el que discrepo.

Por ello los literales a) y b) del fundamento 37 no deberían señalar que el contenido se constituye por las “disposiciones legales” referidos al acceso y a los requisitos para la obtención del derecho a la pensión. Sencillamente, la edad, los años de aportes, así como el acceso, el cumplimiento de las contingencias, la denegación de la pensión cuando se tenga derecho a ella y la privación arbitraria de la pensión formarán parte del contenido constitucionalmente protegido, entre otros caracteres, que podrán configurarse según los casos.

Respecto del literal c) del fundamento 37 relativo a que el mínimo vital formaría parte del contenido constitucional, estimo que si bien me parecen loables las razones para comprender tal supuesto, en rigor no existe una razón jurídica para cuantificar la competencia del amparo para conocer solo de casos en los que se encuentre comprometido un monto inferior al mínimo; ¿por qué aquellos casos cuyo monto pensionario supere en un sol al mínimo deberán ir a la vía ordinaria?. La protección de los derechos fundamentales no puede estar sujeta a cuantías.

<sup>2</sup> Convenio celebrado en 1952 y ratificado por el Perú en 1961.

<sup>3</sup> Cabe precisar que en el marco de la OIT también existe el Convenio N.º 128, sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes celebrado en 1967, pero que no ha sido ratificado por el Perú. Cuando se ratifique sus normas también servirían para perfilar el contenido del derecho a la pensión.

<sup>4</sup> FREIXES SAN JUAN, Teresa. La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. En: Administración Pública y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998. p. 156.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con relación al literal g) del fundamento 37 relativo al tema de los reajustes pensionarios estimo que su inclusión dentro del contenido del derecho a la pensión dependerá de los casos que se presenten, no siendo lo más adecuado un rechazo de plano.

El contenido de los derechos fundamentales debe definirse en relación con los intereses sociales protegidos en el momento en que se proceda a su juridificación, entendiendo, eso sí, que tales intereses pueden evolucionar y originar variaciones en el régimen jurídico de la institución mientras los cambios no alteren su propia naturaleza.<sup>5</sup> Es decir, el contenido de un derecho constitucional hace avanzar y evolucionar el sistema legal porque su interpretación es más amplia que la legal; no al revés.

El fundamento 37 del precedente en el fondo no hace otra que cosa que encasillar los casos a determinados supuestos, que por lo demás obedecen a un régimen legal pensionario preconstitucional, sujeto a cambios, impidiendo ver las especificidades de cada caso y el particular drama que ellos encierran. En suma “petrifica” el contenido constitucional del derecho a la pensión en función de la ley convirtiéndonos en “prisioneros” de ella.

Por todas estas consideraciones emito este fundamento de voto en el presente caso, pero que se refiere en rigor al precedente vinculante del caso Anicama que fundamenta nuestra decisión. Estimo que tal precedente debe ser revisado en su totalidad y en tanto ello no ocurra me veo obligado a seguirlo en virtud de su carácter vinculante, y como muestra de respeto a las decisiones del supremo intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional del Perú.

Sr.

**GONZALES OJEDA**

**Lo que certifico:**

**Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra**  
SECRETARIO RELATOR (f)

---

<sup>5</sup> Ibid.