



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

El caso Anicama. Dieciséis años después

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional

Nadia Elena Cisneros Ponce

**Asesor(es):
Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto**

Piura, mayo de 2022

Aprobación

La tesis titulada “El caso Anicama. Dieciséis años después”, presentada por la licenciada Nadia Elena Cisneros Ponce en cumplimiento para optar el Grado de Master en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, fue aprobada por el director Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto



Firmado digitalmente por:
HAKANSSON NIETO Carlos
Guillermo FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 10/03/2022 12:04:18-0500

Director de tesis



Dedicatoria

A Dios quien ha guiado mis pasos y me da la fortaleza para seguir adelante

A mi padre Adán Cisneros por el ejemplo de vida y de trabajo

A mi madre Lourdes Ponce por ser mi mejor amiga y sus sabios consejos

A mis hermanos Yuri, Sheila y Niels por su apoyo incondicional

A mis abuelos Eulalia y Alejandro que son mi inspiración

A mi Director de tesis Dr. Carlos Hakansson por su compromiso y apoyo



Agradecimiento

Agradezco a la Universidad de Piura por formarme, a los docentes que brindaron sus conocimientos y apoyo en la Facultad de Derecho.

Agradezco a mi asesor de tesis por su disposición y haber compartido sus conocimientos en la elaboración de la tesis.

Agradezco a mis padres por mostrarme el camino y haberme formado con buenos valores.



Resumen

El Proceso de Amparo, es una herramienta para la protección de los Derechos Fundamentales y para esta investigación resulta relevante ya que el caso que la inspiró fue la sentencia emitida en el Expediente 1417-2005-AA/TC, más conocido como caso Anicama, que tuvo y tiene gran relevancia constitucional. Este caso, centrado básicamente en el derecho fundamental a la pensión, siendo precedente vinculante, marcó un antes y un después en la procedibilidad de las demandas de amparo cuya pretensión versara sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión.

Teniendo en cuenta que el TC no ha dejado de resolver de manera posterior a dicho precedente vinculante, en lo que en materia de pensiones se refiere, en esta investigación se consideró conveniente revisar los pronunciamientos más relevantes que sobre la protección del derecho fundamental a la pensión han recaído desde aquel entonces hasta la actualidad.

En ese sentido, se creyó conveniente dividir la investigación en cuatro capítulos, presentando en un primer capítulo un resumen del caso Anicama, que contiene las posiciones de las partes, así como el pronunciamiento realizado por el TC. El segundo capítulo abordó el tema de los derechos fundamentales y su contenido esencial, así como la eficacia que estos proyectan y el derecho de la pensión. En un tercer capítulo se trató la vía de amparo como necesaria para brindar contenido al derecho a la pensión y la producción de una norma constitucional adscripta. Por último, el cuarto capítulo abordó por un lado, los precedentes vinculantes más relevantes que en materia de pensiones se han suscitado de manera posterior al caso Anicama, teniendo en cuenta que se dispuso que los criterios fijados por el TC en materia pensionaria serán de observancia obligatoria y por otro lado, se pretende conocer la situación actual del caso Anicama teniendo en cuenta que, a partir de dicho pronunciamiento, el TC, se siguió proyectando en materia pensionaria, en asuntos ya tratados por aquel precedente vinculante, tras dieciséis años de su dación.

La investigación realizada fue de tipo cualitativo, descriptivo y analítica, que implicó el estudio del caso Anicama en su exposición original, con el propósito de apreciar la evolución que ha tenido dicho precedente y cuál es su estado actual, por lo que el objetivo de esta investigación fue constatar si se han producido o no cambios de criterio del TC a partir de lo establecido en los precedentes vinculantes posteriores.

Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo 1 Resumen al contenido y alcances del caso Anicama contra la ONP.....	15
1.1 Las posiciones de las partes: lo sostenido por el Sr. Anicama Hernández y la ONP	15
1.2 Las sentencias de primera y segunda instancia.....	17
1.3 La respuesta del TC en aquella oportunidad.....	18
Capítulo 2 El contenido constitucional de los derechos fundamentales y el derecho a la pensión	23
2.1 El contenido constitucional de los derechos fundamentales.....	23
2.1.1 Derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales.....	23
2.1.2 El caso español y el caso peruano.....	25
2.1.3 El contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales	27
2.1.4 La eficacia distinta de los derechos fundamentales	33
2.2 El derecho a la pensión	35
2.2.1 Definición del derecho a la pensión.....	35
2.2.2 El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión y su contenido constitucionalmente protegido	37
Capítulo 3 La vía de amparo como necesaria para brindar contenido al derecho a la pensión y la producción de una norma constitucional adscripta	41
3.1 La proyección de la Constitución a través de los derechos fundamentales	41
3.1.1 El contenido dogmático	41
3.1.2 El contenido orgánico	42
3.1.3 La Constitución como suprema norma de las fuentes del ordenamiento jurídico	43
3.2 El amparo como vía necesaria para dar contenido al derecho a la petición	45
3.2.1 La apreciación de los padres del CPCo.....	46
3.2.2 El contenido de los derechos en la jurisprudencia constitucional.....	46
3.3 La producción de una norma constitucional adscripta.....	48
3.3.1 Las normas constitucionales estatuidas.....	49
3.3.2 Las normas constitucionales adscriptas	49

3.3.3	¿Son válidas jurídicamente y vinculantes, estas normas directamente estatuidas y las normas adscriptas formalmente constitucionales, pero materialmente inconstitucionales?	50
Capítulo 4 El Estado de la cuestión del caso Anicama.....		53
4.1	Después del caso Anicama. Cómo viene resolviendo el TC en materia pensionaria	53
4.1.1	Reconocimientos de aportes. El caso Alejandro Tarazona Valverde	53
4.1.2	El acceso al mínimo legal, la Ley N° 23908. Caso Jacinto Gabriel Angulo	56
4.1.3	El derecho a la pensión y el bono de reconocimiento. Caso Vasi Zevallos.....	57
4.1.4	Causal de desafiliación de las AFP. Caso Santiago Terrones Cubas.....	58
4.1.5	Pensión vitalicia y pensión por invalidez, enfermedad profesional. Caso Onofre Vilcarima Palomino	58
4.1.6	Arbitraje y derecho a la pensión	63
4.1.7	Reglas de procedencia del amparo en los casos de pensiones, devengados e intereses.....	64
4.1.8	Amparo y pensión vitalicia del SCTR y pensión de invalidez	65
4.1.9	Los intereses por el pago de pensiones no son capitalizables.....	66
4.1.10	La Sentencia 25/2020, recaída en el Expediente N° 00617-2017-PA/TC	67
4.2	El Estado de la cuestión del caso Anicama. Su estado actual.....	68
4.2.1	Por establecer reglas para acreditar el período de aportaciones el TC desnaturaliza la vía del amparo	68
4.2.2	Un fallo extra petita en el pago de los intereses generados por pago tardío de pensiones	71
4.2.3	El cambio de criterio en el acceso a la pensión de viudez del varón	72
4.2.4	La mal utilizada técnica del precedente vinculante	74
Conclusiones		79
Lista de referencias		81
Lista de sentencias		85

Introducción

Teniendo como premisa la protección a la persona humana y el reconocimiento del Derecho Universal de toda persona a la seguridad social, es que la Constitución establece una serie de garantías constitucionales, destinadas a la protección de los derechos fundamentales de la persona y la propia defensa de la Constitución; así, el proceso de Amparo, se constituye en una herramienta para la protección de los Derechos Fundamentales y para esta investigación resulta relevante ya que el caso que inspiró esta investigación fue la sentencia emitida en un proceso de amparo signado con número de Expediente 1417-2005-AA/TC, más conocido como el caso Anicama, caso de gran relevancia constitucional centrado básicamente en el derecho fundamental a la pensión, que siendo precedente vinculante, marcó un antes y un después en la procedibilidad de las demandas de amparo cuya pretensión verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión.

Como el TC no ha dejado de resolver de manera posterior a dicho precedente vinculante, en lo que en materia de pensiones se refiere es que en esta investigación se consideró conveniente revisar varios de sus pronunciamientos más relevantes que sobre la protección del derecho fundamental a la pensión han recaído desde aquel entonces hasta la actualidad, con el propósito de apreciar la evolución que ha tenido dicho precedente y cuál es su estado actual, por lo que esta investigación se abocará a constatar si se han producido o no cambios de criterio del TC a partir de lo establecido en dicho precedente sobre la protección del Derecho fundamental a la pensión y teniendo en cuenta que es un precedente vinculante, y son varios los precedentes vinculantes que alrededor de la protección del Derecho fundamental a la pensión se han dictado, es importante saber cómo ha aplicado esta técnica del precedente vinculante, ya que configuran reglas jurídicas que una vez formuladas pasan a formar parte del derecho nacional.

En ese sentido, se creyó conveniente un primer capítulo titulado resumen al contenido y alcances del caso Anicama contra la ONP, que contiene las posiciones de las partes, así como el pronunciamiento realizado por el TC mediante el cual estableció el precedente vinculante para recordar a grandes rasgos qué era lo solicitado por el Sr. Anicama y qué sostuvo el TC en aquel entonces.

El segundo capítulo dedicado al contenido constitucional de los derechos fundamentales y el derecho a la pensión, abordará el tema de los derechos fundamentales y su contenido esencial, así como la eficacia que estos proyectan y lo relativo al derecho de la pensión, teniendo en cuenta que en el caso Anicama se dio por excelencia la definición de lo

que es un derecho fundamental a partir del sentido de juridicidad y el componente de moralidad que ostentan, y se delimitó el contenido del derecho fundamental a la pensión.

Un tercer capítulo titulado la vía de amparo como necesaria para brindar contenido al derecho a la pensión y la producción de una norma constitucional adscripta, tratará la proyección de la constitución a través de los derechos fundamentales, analizando el tema del contenido que posee la constitución y el significado de validez que otorga a las normas el ajuste a los derechos fundamentales. Asimismo, se abordará el tema del amparo como vía necesaria para dar el contenido al derecho a la pensión y la producción de una norma constitucional adscripta, en atención a que el proceso de amparo en el que tuvo lugar el caso Anicama sirvió para delimitar el derecho a la pensión y conforme han pasado los años la naturaleza prevalente de los derechos en litigio lo exigen como vía necesaria para proteger ese contenido esencial o constitucional del derecho fundamental, de manera urgente porque grave es la agresión que está llamado a enfrentar.

Por último, el cuarto capítulo titulado la evolución del precedente vinculante y la actual solución del TC, abordará por un lado, los precedentes vinculantes más relevantes que en materia de pensiones se han suscitado de manera posterior al caso Anicama, teniendo en cuenta que en este caso se dispuso que los criterios fijados por el TC en materia pensionaria serán de observancia obligatoria por lo tanto vinculantes y por otro lado, se pretende conocer la situación actual del caso Anicama teniendo en cuenta que, a partir de dicho pronunciamiento, el TC, se siguió proyectando en materia pensionaria, en asuntos ya tratados por aquel precedente vinculante, tras dieciséis años de su dación.

Capítulo 1

Resumen al contenido y alcances del caso Anicama contra la ONP

1.1 Las posiciones de las partes: lo sostenido por el Sr. Anicama Hernández y la ONP

Cuando se presenta una situación insatisfecha o un interés resulta lesionado, el ordenamiento jurídico ha establecido como una alternativa de solución el que se pueda acudir a la vía judicial y esta opción fue utilizada por el Sr. Manuel Anicama Hernández quien interpuso demanda de amparo¹, el 6 de mayo de 2003, contra la ONP con la finalidad que se declare inaplicable la Resolución Administrativa N° 0000041215-2002-ONP-DC/DL 19990 del 2 de agosto de 2002 y se deje sin efecto la misma, pues le denegó su derecho a una pensión de jubilación² por reducción de personal bajo el régimen legal del Decreto Ley 19990 y Decreto Ley 25967³, vulnerando con ello, su derecho a la seguridad social, por lo que solicitó se le otorgue una pensión de jubilación y sus respectivos devengados desde la fecha de iniciado los trámites de jubilación⁴.

Como fundamento de su pretensión, el Sr. Anicama Hernández sostuvo:

- a) Que, su derecho a percibir pensión de jubilación por reducción de personal, fue solicitado por él a la demandada el 25 de julio de 2002, en virtud de haber cumplido con los requisitos de tener 55 años de edad y 20 años de aportaciones realizadas al Seguro Social, encontrándose dentro de los alcances del Decreto Ley 19990 y Decreto Ley 25967 pero, la División de Calificación, le denegó a pesar de haber acreditado su derecho.
- b) La denegación de su solicitud porque las aportaciones⁵ efectuadas durante los años de 1964 y 1965, pierden validez no tiene asidero porque el TC en casos idénticos sentó

¹ En esta sentencia, el contenido del derecho fundamental a la pensión fue delimitado por el TC, quien adicionó para efectos de la procedibilidad para la tutela de este derecho a través del proceso de amparo, una serie de reglas.

² Cabe señalar que en la vía contencioso administrativa (Ley N° 27584), se están tramitando los procesos previsionales cuando en la demanda, una afectación al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, no se acredite.

³ Esta norma modificó al SNP creando la ONP para que reemplace al IPSS en la administración del SNP. A ella le debemos el fijar en 20 años de aportes como mínimo para acceder a una pensión jubilatoria, derogando las modalidades de régimen especial y pensión reducida, así como el establecer un tope de la pensión de jubilación en S/. 600 nuevos soles, dejando de lado el uso de fórmulas que la vinculaban a conceptos laborales. Fue además sometida esta norma a un proceso de inconstitucionalidad, en el cual se determinó que estas disposiciones nuevas no se aplicarían a los asegurados que el 18 de diciembre de 1992 (un día antes de la entrada en vigencia de la citada norma) ya contaban con la edad y los años de aportaciones establecidos en el Decreto Ley N° 19990, aunque siguieran trabajando con posterioridad a esa fecha.

⁴ El TC, ha establecido que la deuda pensionaria es el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente a la fecha de su cancelación porque lo contrario iría en menoscabo a la dignidad del adulto mayor, constituyendo una manifestación material del derecho a la pensión (STC Exp. N° 00962-2015-PA).

⁵ Las aportaciones son un porcentaje de la remuneración asegurable que percibe el trabajador y cuya importancia es vital ya que es uno de los elementos básicos para acceder a alguna de las prestaciones del SNP, siendo la fuente principal del funcionamiento de este sistema.

jurisprudencia de observancia obligatoria en la que sostiene que dichos años de aportación no pierden validez alguna por disposición expresa del artículo 57° del D.S. N° 011-74-TR.

- c) Que, todos sus aportes de los años 1964 a 1965, están acreditados con la Constancia de Orcinea expedido por ESSALUD; la Resolución Sub-Directoral N° 018-92-1SD-NEC de fecha 21 de febrero de 1992, Resolución Directoral N° 046-92-DR-LIM del Ministerio de Trabajo y Promoción Social y Acta de Extra proceso, sobre reducción de personal.
- d) Concluye que ONP sólo se ha limitado a verificar los aportes de los años 1964 y 1965 omitiendo considerar los demás años de aportación que se encuentran debidamente acreditados.

Continuando el trámite, una vez notificada ONP absuelve el traslado y el 16 de junio de 2003, se apersonó a la instancia y contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, en base a los siguientes fundamentos:

- a) Que, al haberse realizado la verificación y fiscalización de la documentación presentada por éste, se verificó que no contaba con las aportaciones que señala haber realizado al SNP.
- b) Además, no es posible que en un proceso constitucional se ventile su pretensión debido a que no cuenta con una estación probatoria, donde se pueda verificar que realmente el demandante sólo ha realizado las aportaciones que señala la resolución que le otorgó pensión haciéndose necesario que ventile su pretensión en la vía ordinaria, donde exista estación probatoria. En efecto, el proceso de amparo no tiene por objeto declarar o constituir derechos, sino restituir los mismos cuando hayan sido vulnerados, por lo que el amparo no es la vía idónea para el otorgamiento de un derecho como la pensión de jubilación.
- c) Así mismo dedujo las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa ya que no se han interpuesto los recursos impugnativos que procedían contra la Resolución N° 41215-2002-ONP/DC/DL 19990 que no otorgó la Pensión de Jubilación al demandante, dentro del plazo establecido por la norma administrativa y, la excepción de caducidad ya que la demanda es extemporánea al haber sido interpuesta luego de más de 09 meses de emitida la Resolución que resolvió no otorgar pensión al demandante, habiendo transcurrido en exceso el plazo de 60 días establecido en el artículo 37° de la Ley 23506⁶.

⁶ Esta norma ya fue derogada por el actual CPCo, en el que se encuentra regulada la acción de amparo.

d) Que, respecto a los reintegros y devengados, éstos constituyen pretensiones accesorias al otorgamiento de la pensión solicitada por el demandante, por lo que al no corresponder otorgarle ésta, mal podría ordenarse el pago de pensiones ni de intereses legales⁷, por lo que este extremo también deberá ser declarado infundado.

1.2 Las sentencias de primera y segunda instancia

El 8 de enero de 2003, recayó la sentencia de primera instancia en el caso Anicama, la cual fue emitida por el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, por la cual se declaró FUNDADA en parte la demanda, en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución N° 41215-2002-ONP/DC/DL de fecha 02 de agosto de 2002, ordenando a la ONP emitir nueva resolución considerando como válidos los aportes que efectuó durante los años 1964 y 1965, pronunciándose sobre los aportes de los años 1973 a 1992.

La decisión se basó en el hecho de establecer que cuando estamos frente a derechos pensionarios no opera la exigencia de agotar la vía administrativa así como en que, el artículo 57° del D.S.011-74-TR de fecha 03 de agosto de 1974 dispone que no pierden validez las aportaciones a menos que se hubiere expedido resolución consentida o ejecutoriada anterior al 01 de mayo de 1973, declarando su caducidad; lo cual en el caso de autos no ha acreditado la demandada, convirtiendo de esta manera en ineficaz la resolución que las ha considerado inválidas.

Así mismo, se estableció que la resolución que desconoce esos aportes, vulnera el derecho del demandante a la seguridad social, consagrado como derecho fundamental.

Por otro lado, sostiene que no es amparable la demanda en cuando se pide que la demandada reconozca también las aportaciones de los años 1973 a 1992, porque su pronunciamiento respecto a ellos ha sido inhibitorio al considerar que aún se hubieren acreditado, la caducidad de las aportaciones anteriores, determinaría de todos modos la denegación de la pensión porque el demandante no cumpliría los años de aportación necesarios. Consecuentemente, sólo cabe disponer que la demandada al expedir nueva resolución se pronuncie en forma expresa sobre las aportaciones de tales años.

En segunda instancia, la Corte Superior de Justicia de Lima a través de su Cuarta Sala Civil, el 6 de octubre de 2004, expidió sentencia en la cual revocó la apelada y la reformó, estableciendo la improcedencia de la demanda, ya que, no existe resolución consentida o

⁷ Cabe señalar que según la STC Exp. N° 00962-2015-PA, la ONP no puede negarse al pago de intereses generados por pago tardío de pensiones, al ser interés moratorio en relación a la vulneración del derecho fundamental a la pensión y, al ser la ONP quien califica y otorgar el pago de pensiones del SNP, además de ser la responsable de la lesión del derecho fundamental a la pensión. De igual manera, indicó que el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria, que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación, está comprendido en el derecho a la pensión.

ejecutoriada que declare la caducidad de las aportaciones realizadas por el recurrente, durante los años 1964 y 1965 y que haya sido dictada con fecha anterior al 1 de mayo de 1973, por lo que dichas aportaciones son válidas.

Esta decisión se fundó además en el hecho de sostener que las aportaciones realizadas desde 1973 a 1992, si bien en autos se han adjuntado, entre otros documentos, las resoluciones, Certificado de Trabajo, no es menos cierto que a fin de determinar fehacientemente el número de años en que el actor habría prestado servicios “que generan la obligación de abonar aportaciones”, resulta necesario que este extremo de las alegaciones postuladas por el accionante, sean materia de debate y probanza en la vía judicial ordinaria que permite la respectiva estación probatoria de la que carece el proceso de amparo⁸, según lo prescrito en el artículo 13° de la Ley N° 25398.

Así mismo, se fundamentó en el hecho que no resulta evidente que el actor reúna el íntegro de años de aportación requeridos para el otorgamiento de una pensión de jubilación adelantada por reducción personal a pesar de que las aportaciones de los años 1964 y 1965 no han perdido validez.

1.3 La respuesta del TC en aquella oportunidad

A decir de Figueroa Gutarra (2020), la sentencia dada por el TC en este caso que iniciara el Sr. Anicama Hernández, constituye precedente vinculante y en ella se define al derecho fundamental. Ésta fue dictada el 8 de julio de 2005, en sesión de Pleno Jurisdiccional por el TC.

En esta decisión el TC reconoce que el derecho a la pensión tiene una condición de derecho fundamental y legal y por esta consideración resolvió declarar FUNDADA la demanda, por lo que declaró la NULIDAD de la Resolución N° 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990 que denegó el derecho a la pensión del Sr. Anicama Hernández. Asimismo, ordenó que ONP cumpla con reconocer al demandante, la pensión de jubilación adelantada⁹ por reducción de personal, y establece se abone las pensiones devengadas, reintegros e intereses legales.

⁸ Este artículo estableció que no existe etapa probatoria en las acciones de garantía, lo que no impide que el juez considere necesario realizar la presentación de prueba instrumental o la actuación de las diligencias, pero sin dilatar los términos, sin requerirse notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias.

⁹ Este precedente para Figueroa Gutarra (2020), recoge la tesis de Peces Barba quien sostuvo que los derechos fundamentales tienen un sentido de juridicidad y un componente de moralidad. El mandato de juridicidad sostiene que el Estado debe reconocer el derecho a la pensión, pero ¿qué pasa cuando este desconoce ese derecho y asume una conducta arbitraria, desproporcionada y no da una respuesta satisfactoria a una pretensión de la persona? Es ahí donde el mandato de moralidad comienza a ser distinguido como un derecho a la dignidad.

Esta decisión, recordemos determinó el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, ubicando pretensiones que por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho merecen protección vía el amparo siempre que suficientemente acreditada esté la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate, porque en el amparo sólo se restablece su ejercicio al ser un presupuesto procesal. De esta manera, el TC determinó que se encuentra en el contenido esencial directamente protegido del derecho fundamental a la pensión:

- a) Aquellas disposiciones legales referidas a los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social y que son indispensables en la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y con las que empieza el período de aportaciones al SNP. Por tal motivo, por vía del amparo serán objeto de protección, los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.
- b) Las disposiciones legales que establecen los requisitos (edad requerida y determinados años de aportación) con la finalidad de obtener un derecho a la pensión, reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, o de una pensión de invalidez.
- c) Aquellas pretensiones que preserven el derecho concreto a un `mínimo vital'¹⁰, podrán ser ventiladas en sede constitucional. Por ello, quien sea titular de una prestación de ese tipo¹¹, a la vía judicial ordinaria deberá acudir a efectos de resolver los cuestionamientos existentes relacionados a la suma específica de la prestación que le corresponde.
- d) Las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, en los supuestos en los que el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia sea denegado, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla son susceptibles de protección a través del amparo.
- e) Las afectaciones al derecho a la igualdad, que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley).
- f) Las controversias sobre las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, así como las pretensiones relacionadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación en materia pensionaria, de la teoría de los derechos adquiridos, no se ventilarán en la vía de amparo porque mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la CP han sido proscritas constitucionalmente, respectivamente.

¹⁰ Aquella porción de ingresos indispensable e insustituible destinada a atender las necesidades básicas y permitir la subsistencia de la persona y de su familia en dignidad, es considerada como mínimo vital.

¹¹ Cabe hacer referencia que, a la fecha del dictado de la sentencia del caso Anicama, el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, ascendía a S/. 415,00.

En esta sentencia el TC sostuvo que la vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo¹², teniendo en cuenta que la Administración Pública es la encargada de efectuar el otorgamiento de las pensiones específicas una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley (fundamento 51).

Bermudez Tapia (2012) sostuvo que “se podría considerar que el incumplimiento de obligaciones legales o administrativas, son materia que en principio también pudo verse a través de un proceso de cumplimiento. En ese sentido, existiría la incógnita respecto de si toda la materia previsional, que del contenido del derecho fundamental a la pensión no forma parte, tendría que resolverse en la vía contencioso administrativa. Ello significaría, por otro lado, la exclusión de temas previsionales (no integrantes del contenido esencial del derecho a la pensión) para ser esclarecidos en el proceso de cumplimiento” (p. L4).

Cabe señalar que conforme el caso Maximiliano Villanueva Valverde (sentencia del 29 de diciembre de 2005 recaída en Exp. N° 0168-2005-PC TC), ha establecido un conjunto de requisitos comunes a toda norma legal y acto administrativo para que sean exigibles a través de un proceso de cumplimiento por lo que las demandas de cumplimiento que versen sobre materia pensionaria, deberán verificar los requisitos de procedibilidad que en dicha sentencia se establecieron, por el contrario las demandas de cumplimiento que no estén acorde con los requisitos comunes exigidos, deberán seguir las reglas procesales que en el caso Anicama Hernández se establecieron, es decir, dilucidarse en la vía del proceso contencioso administrativo¹³ (Fundamento N° 28).

Continuando con el caso Anicama Hernández, el TC declaró que constituyen precedente vinculante inmediato los criterios relativo a la procedencia de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, de ahí que toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite debe ser declarada improcedente si su pretensión no versa sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión¹⁴ y, que las reglas procesales previstas en los fundamentos 54 a 58 de aplicación a las demandas de amparo se encuentren en trámite, resultan vinculantes no solo a los Jueces

¹² Es necesario recordar que antes de la dación de esta sentencia se había producido en el Perú una ordinización del amparo, puesto que su utilización paso de ser sumaria a ordinaria ya que se incoaba contra actos, omisiones, normas de distinto tipo, entre otros por lo que se convirtió el caso de Manuel Anicama en esa oportunidad que el TC necesitaba para reorientar el uso del Amparo y evitar el uso excesivo que a este proceso se le estaba dando, optando el TC por su restricción.

¹³ Fundamento 28 de la sentencia del caso Maximiliano Villanueva Valverde

¹⁴ El CPCo peruano sigue el camino de un amparo residual y excepcional

que conocen los procesos de amparo sino a los que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas¹⁵.

Además, el TC consideró respecto del caso concreto:

- a) Que, pretende, la demandante, el reconocimiento de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal en el presente caso el demandante, ya que le fue denegada porque ONP fue del criterio que no reunía el mínimo de aportaciones necesarias para obtenerlo.
- b) Que, las leyes¹⁶ que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada establecen que, los trabajadores afectados¹⁷, en los casos de reducción o despido total del personal, tienen derecho a pensión de jubilación.
- c) Que para la calificación de las pensiones se debe tener en cuenta que:
 - i. Los períodos de aportación no pierden su validez¹⁸, excepto en los casos de caducidad de las aportaciones declaradas por resoluciones consentidas o ejecutoriadas con fecha anterior al 01 de mayo de 1973¹⁹.
 - ii. Los empleadores están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios, conforme los artículos 11° y 70°²⁰ del D.L.19990.
 - iii. Si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas²¹, la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo.
 - iv. El demandante con los documentos que acompañó para acreditar la titularidad del derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que lo configuran el derecho, cumplió con acreditar los años de aportaciones²².

¹⁵ El TC determina como vía judicial idónea la contenciosa administrativa para conocer de aquellas pretensiones que no serían pertinentes a ser vistas en la vía constitucional, sin otorgar mayor motivación del por qué lo hace, obligando a la redistribución del despacho judicial en pos de adecuar el trámite a la demanda que les aparece y, que probablemente juegue en contra del justiciable quien busca la tutela judicial de su derecho de manera célere. Pero lo que no se puede negar es que se redujeron las demandas de amparo en materia previsional.

¹⁶ Segundo párrafo del artículo 44° del D.L.19990, el artículo 1° D.L. 25967 y el artículo 17° de la Ley N° 24514

¹⁷ Estos trabajadores afectados debían de: i) acreditar como mínimo 20 años de aportaciones; ii) el empleador para despedir a su personal luego de seguir el procedimiento previsto en la Ley N° 24514, sustitutoria del Decreto Ley N° 18471 debía de estar autorizado por el Ministerio de Trabajo y, iii) tener según sean hombres o mujeres respectivamente, cuando menos 55 o 50 años de edad.

¹⁸ A tenor del artículo 57° del D.S. 011-74-TR, Reglamento del D.L.19990

¹⁹ La Ley N° 28407, vigente desde el 03 de diciembre de 2004, consideró este criterio y declaró expedito el derecho de cualquier aportante para solicitar la revisión de cualquier resolución que se hubiera expedido contraviniendo el Reglamento del D.L. 19990 en sus artículos 56° y 57°.

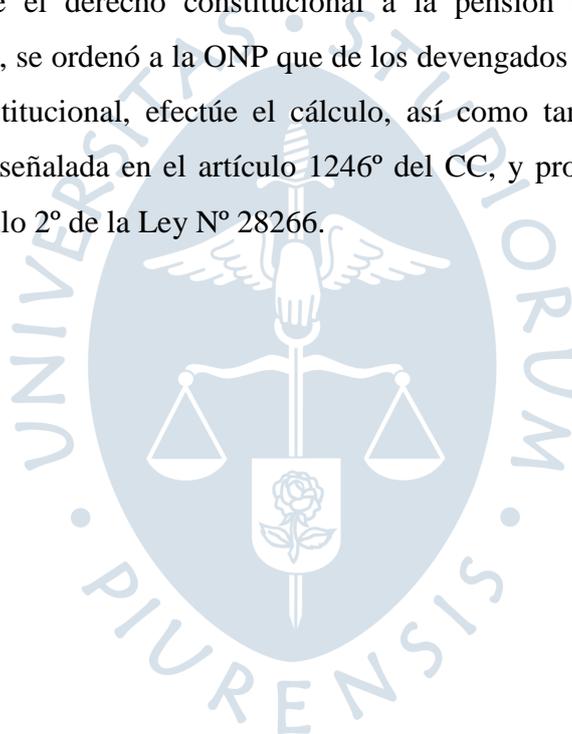
²⁰ Dicha norma ha sido modificada por la Ley N° 28991, que exige el pago de las aportaciones para acreditar años laborados de manera válida.

²¹ El inciso d), artículo 7° de la Resolución Suprema N° 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la ONP, dispone que la emplazada debe “Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios que sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley”.

Determinando además que aun cuando en el proceso de amparo no hay etapa probatoria, el demandante presentó medios probatorios que no requieren actuación²³, que demostraron:

- a) el cumplimiento del requisito de edad para obtener la pensión solicitada;
- b) que por causal de reducción de personal fue cesado en el empleo; y,
- c) que acredita por lo menos 20 años de aportaciones al SNP, teniendo en cuenta su tiempo de servicios, contando con la corroboración previa de la autoridad de trabajo y las aportaciones hechas durante el período que fueron invalidadas indebidamente.

Entonces al constatar que, para la percepción de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal reclamada, los requisitos legales exigidos estaban cumplidos, y consiguientemente, que el derecho constitucional a la pensión que le asiste de manera arbitraria se desconoció, se ordenó a la ONP que de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, efectúe el cálculo, así como también el de los intereses legales²⁴ según la tasa señalada en el artículo 1246° del CC, y proceda a su pago, según lo establecido por el artículo 2° de la Ley N° 28266.



²² Cabe señalar que, mediante una sentencia posterior, dictada en el Expediente N° 4762-2007-PA/TC, se fijó una serie de reglas para habilitar el reconocimiento de aportes en la sede constitucional del amparo, a pesar de que esta sería una vía sumaria, carente de una estación probatoria, al ratificar una validez relativa a los certificados de trabajo, pese a la modificación del artículo 54 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990 (fundamento 26).

²³ Ratificando con ello el carácter sumario del proceso de amparo que reforzaría la opción restrictiva que había tomado en lo referente a esta sede procesal.

²⁴ En relación a los intereses, el TC no tuvo una postura uniforme como se verá más adelante en el Capítulo Tercero.

Capítulo 2

El contenido constitucional de los derechos fundamentales y el derecho a la pensión

2.1 El contenido constitucional de los derechos fundamentales

2.1.1 *Derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales*

Nogueira (2005) utiliza los términos humanos y fundamentales²⁵ como sinónimos y sostiene que los derechos humanos o fundamentales son el conjunto de facultades e instituciones que compendian las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas como expresiones de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, que constituyen límites a la soberanía al emanar de la dignidad de la persona humana o siendo concebidos como atributos esenciales del ser humanos por los tratados ratificados por el Estado e incorporados al derecho interno, que deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas no solo por el ordenamiento jurídico de cada país sino también a nivel internacional.

Por su parte Castillo Córdova (2003), señala que, derechos humanos y fundamentales son expresiones distintas según se esté aludiendo a la norma internacional o al ordenamiento nacional de un caso concreto respectivamente y si de hacer un estudio de las tres expresiones, recomienda que se debe iniciar dicho estudio con los derechos humanos y derechos fundamentales para finalizar con los derechos constitucionales.

La expresión derechos humanos, sostiene García Toma (2018), se refiere a los derechos del hombre que están presentes tanto en las declaraciones y pactos internacionales lo que no sucede con la expresión derechos fundamentales²⁶, que son también los derechos del hombre pero los que el ordenamiento jurídico interno recoge y que gozan de una tutela jurídica reforzada, usualmente establecidos en la Constitución de cada país.

Desde el punto de vista doctrinal y normativo el término derechos fundamentales es utilizado para designar los derechos positivizados a nivel interno, mientras que la fórmula derechos humanos denominaría usualmente los derechos naturales que en las declaraciones y convenciones internacionales²⁷ estarían positivados. Así, por ejemplo, la expresión Derechos Fundamentales en la primera parte de la Constitución alemana; en la Sección 1° del Capítulo

²⁵ Cabe señalar que el término derechos fundamentales aparece en Francia hacia el año 1770, en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 pero, es en Alemania tras la constitución de Weimar de 1919 donde se constituye en fundamento del sistema de las relaciones entre el individuo y el Estado (Pérez Luño, 2007, pág. 29)

²⁶ Conforme sostiene GARCÍA TOMA, los derechos fundamentales son aquellos identitarios de la humanidad de la persona, que se encuentran adscritos a un continuo desenvolvimiento social, cultural, político y jurídico de lo que constituye el modo de ser cabalmente hombres.

²⁷ Su reconocimiento en el marco de las normas del derecho internacional deja constancia de su validez plenaria más allá de las fronteras estatales.

II del Título I de la Constitución española se puede leer en la normativa interna al igual que sucede en el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Perú mientras que, es empleada en los textos internacionales la expresión Derechos Humanos, como sucede en la Declaración Universal de Derechos Humanos; o en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como máximos tribunales internacionales.

Un segundo plano de diferenciación, establece que los derechos humanos no tienen capacidad de vincular u obligar jurídicamente son criterios morales, sin ninguna connotación jurídica pero, serán verdaderos derechos cuando se incorporen a un concreto ordenamiento jurídico, general y principalmente en la Constitución, pasando a ser verdaderos derechos subjetivos, que ante cualquier Tribunal pueden ser invocados y exigidos jurídicamente.

Estos derechos subjetivos se denominarán derechos fundamentales son derechos que se definen en función al concreto ordenamiento jurídico que los ha recogido, a diferencia de los derechos humanos que podían ser invocados universalmente (Effio Arroyo, 2015)²⁸. Cabe señalar que no todos los ordenamientos jurídicos recogen los mismos derechos fundamentales, y si es que existe coincidencia, el significado y alcance jurídico constitucional no necesariamente puede ser el mismo.

Así mismo, a los derechos de la persona por ser persona, también se les llama derechos constitucionales, calificándolos en función a la norma que lo contiene y que serán el conjunto de facultades o atribuciones de la persona que la norma constitucional recoge y garantiza y cuyo empleo y significado es mucho más sencillo y pacífico que las otras expresiones aludidas.

Hablar de derechos constitucionales sitúa el debate dentro de un concreto ordenamiento jurídico constitucional, estrictamente en el ámbito del debate jurídico y al igual puede suceder con la expresión derechos fundamentales, aunque no siempre pero dependerá de la decisión del poder constituyente que puede establecer que no todos los derechos constitucionales sean derechos fundamentales. Es decir, sólo algunos derechos reconocidos a las personas son calificados de fundamentales, al interior de una Constitución, apareciendo divididos los derechos en constitucionales fundamentales y constitucionales no fundamentales.

²⁸ Estos derechos son los enunciados que concretizan la dignidad humana y se encuentran garantizados por la Constitución y el ordenamiento interno de un Estado.

2.1.2 *El caso español y el caso peruano*

En el ordenamiento español no significará lo mismo utilizar la expresión derechos fundamentales y constitucionales cuando se quiera hacer referencia a algún derecho de la persona ya que distingue a los derechos fundamentales de los restantes derechos constitucionales. El Título I de la CE, por ejemplo, denominado “De los derechos y deberes fundamentales”, el Capítulo II de este título lleva por rótulo “Derechos y libertades” el que a su vez se divide en dos secciones: La sección 1ra se titula “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (artículos 15° a 29°); mientras que la Sección 2da, lleva por título “De los Derechos y deberes de los ciudadanos” (artículo 30° a 38°).

Más allá del hecho que los consagrados en la Sección 1ra y 2da sean derechos fundamentales, lo cierto es que no todos los derechos son fundamentales en el ordenamiento constitucional español. Más aun cuando tal fundamentalidad tiene por consecuencia la especial protección que la misma norma constitucional les prevé (Pérez Luño, 2006)²⁹.

En efecto, la CE en su artículo 51 reconoce niveles diferentes de protección de los derechos, lo que lleva a afirmar que hay grupos de derechos con grados de protección según la importancia que la norma constitucional española les haya previsto. En el inciso 1 del mencionado artículo 51, se recogen una garantía por la que se establece que estos derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del Título I, ya sea en la 1ra como en la 2da sección, vinculan a todos los poderes públicos; y una segunda es la llamada garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Sin embargo, se prevé el recurso de amparo como una protección adicional y especial exclusivamente destinada para los derechos reconocidos en la mencionada Sección 1ra. del inciso 2 del artículo constitucional indicado, el que se interpondrá ante los Tribunales ordinarios basados en los principios de preferencia y sumariedad, y ante el TC, para la protección de los derechos recogidos en esa sección y para el derecho a la igualdad (artículo 14°) y el derecho a la objeción de conciencia (artículo 30°).

Lo indicado en la norma constitucional española, hace que no sea indiferente hablar de derechos constitucionales y de derechos fundamentales, pues sólo para éstos se ha previsto una especial protección judicial (el proceso preferente y sumario) y una protección

²⁹ PÉREZ LUÑO sostiene que derechos fundamentales y humanos son dos nociones de derecho que no tienen el mismo significado pero que están interrelacionadas entre sí. “Los *derechos humanos* poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de derecho. Por tanto, los derechos fundamentales constituyen un sector, sin duda el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos”.

constitucional (el recurso de amparo). Esta especial protección para los demás derechos constitucionales como el derecho a contraer matrimonio (artículo 32.1), el derecho a la propiedad y a la herencia (artículo 33.1), sólo por citar algunos no se ha previsto ni tampoco para derechos como la salud (artículo 43.1), el derecho a la cultura (artículo 44°), entre otros, que son reconocidos como simples principios jurídicos que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (artículo 53.3).

En el caso peruano, aparecen empleadas las expresiones “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales” en la Constitución. Esta circunstancia de primera impresión haría pensar inicialmente en la posibilidad de expresiones que se refieren a objetos y realidades distintas y, en consecuencia, hay que distinguir los términos entre sí. Sin embargo, aluden a una misma realidad, las tres expresiones mencionadas, sin que exista nada jurídicamente relevante en su distinción, de manera que perfectamente se puede utilizar de modo indistinto uno u otro término.

Todos los derechos del texto constitucional peruano pueden ser denominados como derechos constitucionales a pesar que existan las expresiones derechos fundamentales y derechos constitucionales, porque a los derechos se les está calificando según el nombre de la norma que los contiene reconocidos: los derechos son derechos constitucionales porque están reconocidos en la Constitución.

Dicho esto, se debe advertir que el Capítulo I, del Título I de la CP, se denomina “Derechos Fundamentales de la Persona”, lo que indicaría que se recogen los derechos que no son meramente derechos constitucionales, sino que tendrían suerte de fundamentalidad como especial significación³⁰. No obstante, no significa que, en el ordenamiento constitucional peruano, esos derechos sean los únicos derechos de la persona válidos, a pesar del hecho que se hayan reunido en una lista como “Derechos Fundamentales de la Persona”.

La lista de derechos que se recoge no es una lista cerrada, si enunciativa y abierta de derechos constitucionales cuya vigencia no supone la exclusión de los derechos constitucionales recogidos fuera del artículo 2°, de ahí que estos sean válidos y eficaces al igual que los recogidos dentro del artículo 2³¹. Si no fuese así, sería posible que la vigencia y

³⁰ Tanto los derechos contenidos en este capítulo como aquellos reconocidos en el texto constitucional y aquellos otros que de la condición de persona humana deriven vinculan a los poderes del Estado, por lo que se espera de su parte la no injerencia en las esferas particulares, así como acciones que expresen su clara protección.

³¹ Frente a estos derechos el Estado tiene un deber de abstención, lo que no impide que el legislador los regule y que no es incompatible con el deber de protección que también el Estado ostenta por el que realizará acciones positivas para delimitar las esferas de los sujetos.

ejercicio de algún derecho fundamental pudiese suponer la exclusión al ejercicio de un supuesto derecho fundamental. Por lo tanto, el artículo 3° de la CP trae como consecuencias la equiparación de los derechos recogidos en la Constitución en el gran grupo de los derechos constitucionales.

Con lo que se lleva dicho, el uso de las expresiones derechos fundamentales y derechos constitucionales es indistinto. Ambas aluden a una misma realidad: los derechos de la persona en cuanto persona que la CP ha reconocidos. No se hace necesario el uso diferenciado de una u otra expresión. Los derechos recogidos en la CP son un único grupo y pueden correctamente ser denominados como derechos constitucionales.

A ese grupo de derechos igualmente puede ser denominado como derechos fundamentales. Por tanto, sin importar se les designe con la expresión fundamentales o humanos, todos los derechos recogidos en la CP tienen un mismo reconocimiento y un mismo nivel de protección constitucional.

2.1.3 El contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales

El CPCo introdujo una causal, totalmente nueva en la legislación peruana, de improcedencia de los procesos constitucionales, que se encuentra en su artículo 5.1³² y que establece que cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, no proceden los procesos constitucionales.

Martínez Pujalte (2000, p. 126) afirmaba que cuando el operador jurídico se enfrenta a un problema relacionado con un derecho fundamental, debe abordar la determinación del contenido esencial del derecho, como primer paso. Como se aprecia de lo indicado por el autor, lo común es hablar del contenido de un derecho fundamental empleando la expresión contenido esencial del derecho, que en palabras de Maldonado Muñoz (2020) sería que “si se asume que hay un contenido esencial, se entiende que existe otra parte no esencial: así, el derecho se movería entre lo esencial y lo no esencial, lo nuclear y lo accesorio, lo necesario y lo contingente” (p. 88) que debido a su no esencialidad, puede ser restringido, sacrificado o limitado. Sin embargo, nos encontramos que en el CPCo aparece como novedad: “contenido constitucional” de un derecho, que, siguiendo lo señalado por el último autor, llevaría a pensar en la existencia de un contenido constitucional no esencial del derecho fundamental

³² “[E]l artículo 5 inciso 1) del Código Procesal Constitucional constituye un presupuesto procesal de observancia obligatoria cuando se trata de identificar la materia que puede ser de conocimiento en procesos constitucionales como el amparo. En efecto, procesos como el amparo, por la propia naturaleza del objeto a proteger, solo tutelan pretensiones que están relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental susceptible de protección en un proceso constitucional” (Fundamento 3 de la STC Exp. N° 1318-2007-PA/TC).

pero, es contenido constitucional al fin y al cabo, lo que lleva a admitir restricciones y sacrificios de la Constitución en la medida que se permiten restricciones, sacrificios y limitaciones del contenido constitucional (no esencial) del derecho (Castillo Córdova, 2005)³³.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, en este apartado, se determina que los procesos constitucionales solo protegerán al contenido constitucionalmente protegido, de modo que si se quiere tener éxito en la demanda constitucional que se promueva, esta debe interponerse solo cuando los hechos y el petitorio estén referidos directamente al mencionado contenido constitucional del derecho. Por tanto, el justiciable tendrá el deber de argumentar la afectación al contenido constitucionalmente protegido de un derecho en su demanda, lo que constituye una carga, de conformidad con el artículo 38 del CPCo, ya que el amparo no procede en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo y tampoco cuando no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del derecho.

En ese sentido, los derechos frente a los cuales nos encontraremos deberán ser derechos reconocidos constitucionalmente, de manera expresa, o tácita (en relación a esta última característica, los derechos se llamarán implícitos o derechos innominados) sin embargo reconocidos también se encuentran derechos constitucionales que son considerados como contenido implícito de derechos constitucionales expresamente reconocidos, como sucede con un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139° de la CP³⁴, el derecho de acceso a la justicia.

Igualmente sucede con principios constitucionales reconocidos como *ne bis in idem* procesal que es contenido implícito de un derecho constitucional explícito, el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3, de la CP³⁵.

Ese contenido jurídico, será definido en función del texto constitucional y es limitado, ilimitable y delimitable (Serna Bermudez, 1994):

- a) Limitado, por el que se concibe a todo derecho fundamental con límites propios, inmanentes o internos, que definen el contenido esencial del derecho y que lo identifica como tal.
- b) Ilimitable, por el que esas fronteras inmanentes o internas no pueden ser desconocidas ni por el legislador ni por nadie ya que vinculan fuertemente al poder

³³ Es de la misma opinión SOSA SACIO (2005).

³⁴ Ver STC N° 3548-2003-AA/TC del 28 de junio de 2004.

³⁵ Ver STC N° 1670-2003-AA/TC. 26 de abril de 2004

quien no puede ni restringirlos, limitarlos o sacrificarlos en su contenido constitucional del derecho fundamental del que se trate.

- c) Delimitable significa que los poderes del Estado a través de sus actos propios van perfilando el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; sacando a la luz esos contornos o fronteras que los derechos fundamentales tienen.

Si bien el TC señaló que en su constitución del contenido esencial de un derecho fundamental tiene un núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que al ser afectado supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad por ello es indisponible para el legislador. En tal sentido, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada el contenido esencial de un derecho fundamental queda desatendido o se desprotege³⁶.

Debo remarcar que, el contenido de los derechos fundamentales es uno y no es contenido esencial y no esencial, pues todo él es esencial en la medida que brota de la naturaleza y esencia misma del derecho. En suma, ese contenido con el que cuenta, el que estará conformado por todas las facultades de acción que ese derecho depara a su titular (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales); y por las obligaciones de acción a las que el poder político con la finalidad de conseguir la vigencia plena y real del derecho mismo (dimensión objetiva de los derechos fundamentales) debe comprometerse (Castillo Córdova, 2005). Por eso como sostiene Prieto Sanchís (2007), no deben concebirse desde una perspectiva sólo defensiva o negativa como aquel núcleo de lo que el legislador “no puede hacer” porque también ofrecen una dimensión positiva o directiva de ciertas esferas de la acción política.

Este contenido son las distintas manifestaciones del bien humano protegido a través de ese derecho humano o fundamental, que nunca podrán dar cobertura a intereses o pretensiones que no configuren realmente un bien humano. Por lo que ejercer ese derecho significará ejercer su contenido constitucional, en la medida que dicho contenido lo permita. En ese sentido, afirmar que se realiza un acto en ejercicio de un derecho humano o fundamental, implica haber determinado que el contenido del derecho invocado permite o no la acción realizada, lo que haría que esa acción está permitida y garantizada constitucionalmente, pero

³⁶ Fundamento 2.2.4 de la STC en el Exp. N° 1042-2002-AA/TC.

en caso sea una acción extralimitada del contenido de un derecho fundamental, hará de dicho acto uno inconstitucional y por tanto proscrito (Castillo Córdova, 2009, pág. 66).

Los derechos fundamentales de la persona están encaminados a la protección unitaria e integral de la persona como ser que posee dignidad, que los justifica y explica y también sirve de fundamento. Por tanto, el artículo 3 de la Constitución establece que los derechos de la persona no se limitan a los expresamente regulados por el ordenamiento jurídico, sino que su protección llega a quienes no se encuentran en esta situación. Estos derechos se fundan en la dignidad del hombre (Fernández Sessarego, 2006) y significan un “reconocimiento y garantía de los bienes humanos³⁷ que se orientan a la satisfacción de una serie de necesidades, requerimientos y características propiamente humanas (Castillo Córdova, 2006, pág. 158).

- 1) El contenido constitucional de un derecho fundamental comienza a delimitarse por el texto de la norma constitucional, lo que implica que es necesario conocer lo que dispone la Constitución al respecto y para ello es necesario acudir a dicha norma no solo porque un derecho fundamental o una libertad pública en un estado democrático de derecho no pueden tener un carácter extralegal o inconstitucional, ni pueden proteger intereses externos o intereses frente al texto fundamental; pero también porque ayudará a identificar el ámbito de la realidad al que se alude y que es objeto de protección por la norma constitucional, lo que permitirá diferenciarlo de lo que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que específicamente quiere proteger.

En este orden de pensamiento, la constitución representa la fuente fundamental del derecho y determina el tratamiento jurídico de este sector de la realidad y determina el contenido de la protección que otorga el propio derecho, por lo que la exégesis a realizar se da en el marco de una interpretación uniforme, sistemática y finalista de la constitución, que delimita el derecho en sus límites internos, es decir, en los que dependen de su propia naturaleza. Un derecho en este sentido es limitado porque solo incluye el contenido del derecho garantizado constitucionalmente que toma en cuenta el contenido de los otros derechos y bienes garantizados constitucionalmente (Nogueria Alcalá, 2005).

Debe quedar claro, sin embargo, que el recurso al texto constitucional no solo significa detenerse en los dispositivos específicos que contienen el derecho, sino también recurrir a los demás dispositivos constitucionales relacionados de manera directa con dicho derecho que se

³⁷ Los bienes humanos son aquellos bienes que satisfacen las exigencias y necesidades de la naturaleza humana manifestadas en las cuatro dimensiones: la material, espiritual, individual y social (Castillo Córdova, 2009, p 36-37).

pretende determinar en aplicación del principio de unidad constitucional, pues este principio prohíbe una interpretación aislada de todo derecho fundamental y de la norma constitucional, que lo haga contradictorio o vacíe de contenido.

La Norma Fundamental tiene una sistemática interna que obliga a apreciarla como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme por ello su comprensión no puede ser hecha como un átomo desprovisto de interrelación, pues hacerlo nos llevaría a conclusiones incongruentes.

Así mismo, acudir al texto constitucional también significa acudir a la norma internacional vinculante para el Perú que sobre derechos humanos exista, así como a la jurisprudencia de los tribunales internacionales que han interpretado y aplicado esa norma internacional, según lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la CP, y el artículo V del CPCo. Al respecto Abad Yupanqui (2008, pp. 21-22)³⁸, sostuvo que es indispensable acudir a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee, así como los precedentes y la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional.

En esta hermenéutica para delimitar el contenido constitucional del derecho fundamental, cabe señalar que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene normas constitucionales directamente estatuidas y adscriptas, y en lo que a estas últimas se refiere, ellas tienen origen nacional como convencionales³⁹, y son formuladas en torno al bien humano que sustenta al derecho. Por tanto, la agresión dirigida a cualquiera de estas normas es la negación del bien humano, lo que conduce a la inconstitucionalidad (Castillo Córdova, 2018).

- 2) La finalidad que le dicta su naturaleza al derecho fundamental también ayuda a delimitarlo. Acudir a la naturaleza del derecho mismo, es acudir a aquello por lo cual el Derecho es lo que es y no otro distinto, pues su contenido brota de su esencia misma (Castillo Córdova, 2005)

Esta pauta hermenéutica exige que nos interese en la finalidad del Derecho mismo, que es igual que preguntarse por los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata, y sirve para determinar qué pretensiones o facultades se buscan dentro del contenido constitucional del Derecho y cuáles quedan sin cobertura constitucional. Por

³⁸ Así para el autor, una correcta interpretación del contenido de un derecho se presentó cuando el Tribunal declaró improcedente la demanda de amparo al considerar que “no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido al demandante, al no tener la licencia correspondiente de parte de la autoridad municipal.” (Exp. N° 3330-2004-AA/TC, F.J. 25)

³⁹ Normas convencionales directamente estatuidas y sus interpretaciones

tanto, se exige que la interpretación de un derecho humano o fundamental deba tomar en consideración la finalidad que se persigue con el reconocimiento jurídico de tal derecho (Torres del Moral, 2005).

A modo de complemento del cual se pueden sacar importantes consecuencias para el caso peruano, lo señalado por el TC español es pertinente. Dicho Tribunal hizo referencia a esta naturaleza jurídica o “modo de concebir o de configurar cada derecho”, y a la finalidad (intereses jurídicamente protegidos) cuando indicó la ruta para determinar el contenido de un derecho fundamental. En ese sentido, el primer paso era acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho y en virtud de ello, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Pues constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el Derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así⁴⁰.

El segundo camino a seguir consiste en tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del Derecho, que es esa parte del contenido absolutamente necesaria para que resulten real, concreta y efectivamente protegidos, los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, (Torres del Moral, 2005, p. 27).

León Bastos (León Bastos, 2010) sostuvo que de lo señalado por el Tribunal Español, se puede concluir, es necesario para hacer reconocible el derecho, el contenido esencial, porque en él están los elementos que lo individualizan, y es indispensable para los intereses jurídicamente protegidos por él. De este modo, cuando el derecho se hace impracticable, cuando se dificulta más allá de lo razonable o se le quita la protección que necesita, se rebasa o se desconoce el contenido esencial.

3) Las circunstancias del caso concreto son también un camino para delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental (Abad Yupanqui, 2008)⁴¹ ya que no puede ser formulado de manera abstracta y de una vez para siempre como

⁴⁰ Fundamento 8 de la STCE 11/1981 del 8 de octubre de 1981.

⁴¹ Cabe señalar que ABAD YUPANQUI, concuerda con la delimitación de los alcances de un derecho tomando en cuenta el caso concreto, pero para él no es necesario que lo haga acudiendo a la tesis del contenido esencial, debido a que sin ella se puede señalar los elementos del derecho como el subjetivo, el temporal, real, espacial y su eficacia inmediata.

quien encuentra una fórmula física o química. El Derecho porque su materia es la conducta humana no puede estar sujeto a los principios de la ciencia exacta, sencillamente porque no es posible encasillar en leyes físicas inmutables la conducta humana (Castillo Córdova, 2005).

2.1.4 La eficacia distinta de los derechos fundamentales

La Constitución es norma jurídica, y además fundamental cuya finalidad es limitar al poder político, por lo que la hace una regla general, de aplicabilidad inmediata, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales, pues lo contrario supondría dejar su efectividad en manos (el arbitrio) de aquel cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a los derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya sea del órgano Legislativo o de la Administración Pública.

Lo señalado en el párrafo anterior es cierto porque la norma es fundamentadora del ordenamiento jurídico, y como tal no depende su eficacia de ninguna otra. Es por eso de aplicación inmediata y en lo que a derechos constitucionales se refiere, ellas son normas limitantes del poder y, por tanto, exigen del Estado que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes que este presenta por ello, el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia⁴².

Las normas acerca del derecho a la vida (artículo 2.1), a la igualdad ante la ley (artículo 2.2), a la libertad de conciencia y religión (artículo 2.3), a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2.4) no requieren del desarrollo legislativo para ser plenamente vinculantes, o aplicadas por un tribunal frente a su eventual desconocimiento por parte del poder político o de los particulares, porque son normas que reconocen verdaderos y plenos derechos subjetivos ejercitables y exigibles directamente y si bien pueden ser objeto de desarrollo legislativo, sin embargo, su eficacia directa e inmediata no está condicionada a ese desarrollo. De ahí que no tiene problema alguno la regla general de directa aplicabilidad de las normas de los derechos constitucionales, puesto que de verificarse, por su propia naturaleza o contenido, basta sean

⁴² El TC en el fundamento 92 de la sentencia emitida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, estableció que el ejercicio de la función legislativa no puede suprimir o disminuir los derechos fundamentales pues su condición de poder constituido se encuentra vinculado por ellos.

recogidos en el texto constitucional para que, a partir de ahí y sin ninguna dificultad, puedan desplegar toda su virtualidad normativa.

Sin embargo, para cuando se trata de ciertos tipos de normas constitucionales que reconocen derechos y que presentan algunas particularidades que matizan la vigencia de la regla general de aplicación inmediata (normas constitucionales que recogen derechos y limitaciones sujetas a ley; normas constitucionales que recogen derechos cuyo ejercicio efectivo exige de una normativa adicional; y, normas constitucionales que recogen derechos cuyo ejercicio está supeditado a que el Estado cuente con recursos económicos suficientes⁴³), la directa aplicabilidad no es tan fácil de asumir.

1) Normas sobre derechos y limitaciones sujetas a ley, son dispositivos constitucionales que reconocen derechos y que a la vez prevén expresamente que su contenido tiene unos límites que deben ser explicitados por la ley⁴⁴. Todos los derechos cuentan con un contenido limitado, cuyas fronteras o contornos deben ser puestos a la luz –entre otros– por el legislador. Son límites entendidos como límites que brotan de la propia naturaleza y significado del derecho que se trate. El legislador, al momento de definir esos contornos jurídicos que trae cada derecho, debe respetar, el contenido esencial del derecho constitucional.

Este grupo de derechos es, el menos problemático para el cumplimiento total de la regla general, en tanto sólo una parte o ámbito del cumplimiento del derecho ha quedado supeditado a una regulación posterior, lo que no implica que desde un primer momento tales derechos no puedan ser invocados por sus titulares para exigir su cumplimiento, ya que se podrá hacer, e incluso hasta se podría rechazar cualquier intento de sujetar al titular del derecho a alguna excepción o limitación que sin desprenderse de la Constitución y debiendo haber sido formulada legislativamente, aun no se ha hecho, o si se ha hecho se ha formulado de modo que desnaturalizan el derecho constitucional mismo.

2) Normas sobre derechos que necesitan de desarrollo legislativo⁴⁵. Se trata de derechos que, necesitan de una legislación adicional, a pesar de ser reconocidos por la propia Constitución, para así lograr su real y plena efectividad. Se trata de una legislación

⁴³ Es necesario advertir que estos tres grupos de derechos pueden actuar de manera combinada, de modo que un mismo derecho puede estar ubicado en más de un grupo.

⁴⁴ Esas limitaciones son las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse el ejercicio del derecho, las mismas que deberán de respetar el contenido esencial del derecho.

⁴⁵ En este caso se está facultando al poder legislativo el regular el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas exigiendo claro está que cualquier regulación que se haga no produzca una injerencia estatal en la esfera individual y asegure que los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes.

posibilita que sus titulares lo puedan ejercitar de modo pleno, regulando el derecho constitucional (normas de desarrollo constitucional).

- 3) Normas sobre derechos que suponen prestaciones estatales. Este grupo, no son simples principios o declaraciones de buenas intenciones, sino que son derechos constitucionales plenamente identificados. Sin embargo, tienen la particularidad que la misma Constitución ha posibilitado que determinadas prestaciones no ingresen en el contenido constitucional del derecho, en algunos casos, al suponer que el ejercicio pleno del derecho la obligación estatal de otorgar una serie de prestaciones que demandan sumas importantes del tesoro público, y, por tanto, que no sean exigibles, sino hasta un momento en el futuro en el que se cuente con los recursos suficientes para que el poder político cumpla con otorgar las prestaciones correspondientes.

2.2 El derecho a la pensión

2.2.1 Definición del derecho a la pensión

Por pensión se debe concebir al pago de una suma de dinero vitalicia que tomará el lugar de las rentas percibidas por el asegurado como trabajador en actividad o el pensionista, ante la presencia de un estado de necesidad permitiéndole la satisfacción de sus requerimientos básicos mínimos de subsistencia, siempre que de manera previa haya cumplido los requisitos que la ley establece para su otorgamiento (Abanto Revilla, 2014).

Abanto Revilla (2014) sostiene que el tipo de prestación o pensión a la cual podría acceder el asegurado (trabajador en actividad), y tras el fallecimiento de éste (titular originario de jubilación, cesantía o invalidez) se determina en función a la contingencia padecida así también sucederá con las pensiones de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes). En ese orden de ideas, estas prestaciones encuentran como rasgo común al ser el pago de una suma dineraria, sin embargo, se distinguirán en los requisitos para acceder a ellas, el porcentaje, y los parámetros complementarios (pensión mínima y máxima, factor de reajuste, etc.), ya que estos dependen del acuerdo al régimen previsional del cual se trate.

El derecho a la pensión es un derecho fundamental que la Constitución reconoce en su artículo 10 y por el que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, con la finalidad de protegerlo frente a las contingencias que precise la ley y para elevar su calidad de vida (Salomé Resurrección, 2012). Así, el Estado garantiza, en ese marco del sistema de seguridad social, el libre acceso a la pensión, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento⁴⁶.

⁴⁶ Artículo 11

Ya el TC ha interpretado que la seguridad social es una garantía institucional que expresa, por excelencia, la función social del Estado y una de las concreciones del derecho a la vida, en su sentido material es el derecho a la pensión; que se funda en la protección de la dignidad de la persona humana, que la Constitución consagra en su artículo 1° y es asimismo, un derecho que tiene la naturaleza de derecho social de contenido económico que impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar prestaciones adecuadas a las personas, en función de criterios objetivos determinados legislativamente, erigiendo a la ley en una fuente vital para delimitar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho y dotarle de plena eficacia (Salomé Resurrección, 2012).

La seguridad social y el derecho a la pensión han sido precisados por el TC, quien sostiene que son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida en sus dos fases la formal o existencial y en su dimensión sustancial o material por lo que se garantiza una vida digna. Por tal razón, sólo si se sustente en el principio de dignidad de la persona humana será una pensión constitucionalmente protegida, infiriéndose con ello, la existencia de un derecho a la dignidad pensionaria⁴⁷.

Anacleto Guerrero (1998) define al derecho a la pensión como la retribución pecuniaria que se otorga en forma temporal y/o vitalicia a los trabajadores asegurados y extensivamente a la familia de estos (derechohabiente) por los servicios prestados y las aportaciones efectuadas⁴⁸. Pero eso es más que todo referido a la pensión de jubilación como el monto que percibe el jubilado por eso García Toma (2009), lo define de mejor manera como el atributo consistente en el otorgamiento de un subsidio periódico producto del hecho de haberse efectuado aportes contributivos. Estos aportes pueden provenir de sus empleadores o exclusivamente de los propios beneficiarios.

La pensión se desprende del derecho del trabajador jubilado a recibir una cantidad mensual que le permita una subsistencia digna, como esa contraprestación dineraria de la actividad laboral que desarrolló cuando estaba en condiciones de efectuarla por lo que constituye un débito de la comunidad por los servicios que se prestó, si pertenece al régimen de reconocimiento y otorgamiento basado en uno de naturaleza estatal que bajo el principio de

⁴⁷ STC Expediente N° 050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados.

⁴⁸ En el portal web del Estado Peruano se señala que el SNP (DL 19990) existe un Régimen General, a través del cual se otorgan pensiones de jubilación a aseguradas/os que realizaron un mínimo de 20 años de aportación (240 unidades de aporte) al SNP y cumplieron 65 años de edad, indicándose además que la pensión máxima es de S/ 893.00 soles y la mínima es de S/. 500.00 soles, ambos montos estarán sujetos al descuento del 4% de EsSalud

la solidaridad se organiza, o será su derecho a recibir lo que se ahorró, si se trata de un fondo privado de pensiones.

El Derecho a la pensión a decir de Mesía Ramírez (2004) forma parte del derecho de propiedad del jubilado y constituye un rol substitutivo de las remuneraciones en actividad, de ahí que entre las remuneraciones de quienes se encuentren laborando y de los haberes de quienes por razones de edad han pasado a formar parte de los trabajadores pasivos o inactividad, debe existir un cierto equilibrio (p. 303).

En ese sentido la protección que el proceso de amparo otorga se extiende si se trata de una AFP, frente a la negativa de esta administración privada, a otorgar la pensión que se merece y también cuando lo hace la entidad pública, pero también “este derecho debe garantizar, en la medida de lo posible, una situación patrimonial equivalente a la que le habría correspondido disfrutar si todavía formara parte de la población económicamente activa” (Mesía Ramírez, 2004, p. 303).

2.2.2 El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión y su contenido constitucionalmente protegido

El TC dictó una sentencia en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulados) sobre la inconstitucionalidad sobre las leyes 28389⁴⁹ y 28449⁵⁰ y en ella determinó el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. Así, el fundamento 107 de esta decisión, establece los elementos que constituyen el contenido esencial del derecho a la pensión que constituye el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión, sustentándolos en los principios de dignidad humana, igualdad, solidaridad, progresividad y equilibrio presupuestal:

- a) El derecho de acceso a una pensión: es el derecho que una persona tendrá, por cumplir los requisitos para aportar a un sistema de pensiones, ya que con ello forma parte de un régimen previsional, para efecto de gozar una pensión, lo que no se consigue de manera automática.
- b) El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella: Será el derecho que tiene una persona el que se materializa en el cobro de una prestación o es la garantía del goce futuro de la misma, a no serle calculado sin mediar suficiente sustento fáctico o jurídico.
- c) El derecho a una pensión mínima vital: este derecho es el complemento de la pensión máxima (tope), que según el TC formaría parte del contenido no esencial del derecho a la pensión, pero al fin y al cabo lo configura. Abanto (2014) sostiene que la pensión, está

⁴⁹ Ley que modificó diversos artículos de la Constitución como el 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, resaltando esta última porque cerraba de manera definitiva el Régimen pensionario de la 20530 y a partir de su entrada en vigencia no estaban ya permitidas nuevas incorporaciones.

⁵⁰ Esta Ley establecía nuevas reglas del Régimen de pensiones del Decreto Ley 20530.

sujeta a un sistema de reparto estructurado y posee como extremos un máximo y un mínimo siendo formulada sobre la base del principio de solidaridad (en que los mayores aportes de algunos proveerán las prestaciones de aquellos que aportaron menos), por lo tanto, podrían ser susceptibles de una determinación posterior en vía legislativa ambos elementos ya que forma parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión.

Así mismo, en el fundamento indicado, el TC señala que del derecho a la pensión, el reajuste y el tope pensionario sería un contenido no esencial, y las pensiones de sobrevivientes (viudez, orfandad y/o ascendientes) serían un contenido adicional integrado, que para su configuración legal si pueden ser materia de revisión.

Mediante la sentencia emitida en el Expediente 1417-2005-AA/TC, el TC indicó que el amparo es regulado como defensa del derecho a la pensión en el inciso 20 del artículo 37 del CPCo, lo que no significa que todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionados con el sistema previsional (público o privado) habilitan a un pronunciamiento sobre el fondo en este proceso, ya que sería inaceptable entenderlo de esta manera porque apuntaría a una virtual identidad entre el derecho legal y el derecho constitucional⁵¹.

Así en el fundamento 37 el TC estableció los requisitos que permitirían distinguir las pretensiones que merecen protección a través del proceso de amparo, por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión o estar directamente relacionadas a él. En ese sentido se determinó que forma parte del contenido esencial directamente protegido:

- a) Los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social cuando se trate de disposiciones legales que regulan los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social y que a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente resultan consustanciales, y que inician el período de aportaciones al SNP.
- b) Los supuestos en los que, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla, o de una pensión de invalidez, a pesar de presentarse la contingencia, en aquellas disposiciones legales referidas a los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión.

⁵¹ Fundamento 35

- c) Será procedente cuando sean pretensiones en las que encuentre comprometido el derecho al mínimo vital⁵², en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión, sino con su específico monto.
- d) Los supuestos en los que a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla, se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia.
- e) Aquellas pretensiones en las que se muestre una afectación al derecho a la igualdad en tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga siempre que el término de comparación propuesto resulte válido⁵³.

Así mismo, se encuentra establecido las pretensiones que no ingresan dentro del contenido constitucionalmente protegido, como:

- a) Las referidas a disposiciones legales sobre reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones.
- b) Las vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o las que corresponden a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria⁵⁴.

En virtud de este fallo el TC logró conseguir que el número de amparos en materia pensionaria descienda, pero incrementó los reclamos en esta materia, que se tramitan ante el Poder Judicial, en la vía contenciosa administrativa.

⁵² Entendiendo al mínimo vital por “aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana”. Estableciendo esto el TC por la estrecha relación con el derecho a una vida acorde al principio-derecho de dignidad.

⁵³ Afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias

⁵⁴ Están proscritas constitucionalmente, por la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la Constitución.

Capítulo 3

La vía de amparo como necesaria para brindar contenido al derecho a la pensión y la producción de una norma constitucional adscripta

3.1 La proyección de la Constitución a través de los derechos fundamentales

La Constitución en una comunidad política es una norma jurídica que constituye en cuanto a reconocimiento expreso o tácito de las exigencias de justicia que se formula en torno a la Persona, el primer nivel. Es derecho positivo no natural; la primera porque no deja de ser exigencias de justicia formulada considerando a la Persona y por ser de justicia son derechos y al margen de la voluntad estatal, han de ser tenidos como pre estatales y supra positivos por brotar de la Persona (Castillo Córdova, 2013a).

En ese entendido, la CP proporciona un contenido que debe ser considerado en nuestras actuaciones como particulares, pero también en las actuaciones del Poder Público. Este es un doble contenido. Uno, el dogmático, conformado por las disposiciones que reconocen y constitucionalizan a los derechos humanos, que pasan a llamarse derechos fundamentales⁵⁵ y el otro orgánico, en el que se encuentran las disposiciones a través de las cuales se crean distintos órganos públicos con sus respectivas competencias y procedimientos.

3.1.1 *El contenido dogmático*

Este contenido dogmático o material está conformado por los derechos fundamentales, valores y principios, que representan los “intereses materiales no disponibles” (Zagrebelky, 2007, pág. 94) y reúne una serie de exigencias de justicia en torno a la persona. Castillo Córdova (2018) sostiene que estas exigencias se construyen desde la persona en su ser y valor, así desde el ser, la persona es una realidad pluridimensional que tiende a la perfección sin perder su radical unidad y por ello, en ámbitos distintos experimenta una serie de necesidades o carencias esenciales que su naturaleza le marca y, desde la perspectiva del valor, señala que la persona vale como fin desde dos puntos de vista, una mirando hacia la causa del fin, por lo que la persona es un fin por ser lo que es de tal modo que ella tiene un valor en sí misma y, la otra mirando hacia la consecuencia, tiene valor de fin en sí misma, no vale en relación a nada distinto a esta. El valor de fin en sí misma, lo conforma su dignidad.

Bajo esa concepción, el que la persona sea un fin hace que por encima de ella no exista un interés superior que proteger, por lo que los intereses patrimoniales pasan a un segundo plano, más aún si no se fundan en la dignidad personal. La persona es una realidad que tiende

⁵⁵ Estos derechos se fundan en la persona, de ahí que ella siempre debe ser tratada como fin. Esto es un valor que informa todo el ordenamiento jurídico peruano por lo que cada una de las actuaciones de poderes públicos ni de privados que tengan incidencia en los derechos de las personas, no debe perderlo de vista.

a la perfección y ésta debe hacerse efectiva a través del goce de los bienes humanos esenciales (Hervada, 2011), estos son los derechos humanos, y que por naturaleza le vienen debidos, por lo que sólo ellos permiten su realización pues logra satisfacer sus necesidades y exigencias propias. Ello más los principios y valores que en torno a ellos existen, integran el contenido material de la Constitución que justifica su carácter normativo y que es reconocido por el constituyente más no creado por él.

Por ello se afirma que el cauce para que la eficacia social de esa moralidad sea real son el poder político y el Derecho, lo que hace razonable que solo pueden entenderse plenamente cuando la moralidad que representan está incorporada al derecho positivo, con el impulso último del hecho fundante básico que sostiene el ordenamiento, y que es el poder político, el Estado (Peces-Barba Martínez, 1993).

En ese sentido, el valor de la persona, que define su posición jurídica, que es el ser, el fin supremo del ordenamiento jurídico por lo que éste está a su servicio, tiene plena validez para los poderes públicos, por lo que estos tendrán un deber cuyo cumplimiento da legitimidad no solo a su existencia, sino también a su desenvolvimiento. Este deber es el de promover la plena realización de la persona, el que estaría reflejado en el artículo 44 de la CP que establece que todos los poderes públicos⁵⁶, tienen el deber de promover la plena vigencia de los derechos humanos.

3.1.2 El contenido orgánico

Es el contenido formal, de tipo organizativo y procedimental destinado a regular la existencia, organización y desenvolvimiento de los poderes públicos y que suele denominarse parte orgánica de la Constitución, de la que el Constituyente fue su creador⁵⁷. Siguiendo a Castillo Córdova (2018), resulta relevante la relación que este contenido tiene con el contenido material, por la cual aquel está subordinado al éste, que hace que “el poder existe, se organiza y desenvuelve para favorecer la plena realización de la Persona, es decir, para promover la plena vigencia de sus derechos humanos” (Castillo Córdova, 2018, p. 23), finalidad que genera el otorgamiento de competencias, la formulación de procedimientos y formalidades destinadas al desenvolvimiento de la persona, la legitimidad política y validez jurídica pero que también otorga un valor aunque no absoluto a los poderes públicos y sus decisiones.

⁵⁶ En esta parte dogmática se va a encontrar toda esa serie de principios que son pilares de la Constitución nacional y los derechos fundamentales que son inherentes a la persona, dentro de los que se puede destacar el artículo 2 del texto constitucional.

⁵⁷ En esta parte de la Constitución se encontrará todo lo relativo a los organismos del Estado, cómo es su conformación y atribuciones como los Poderes del Estado y los Organismos autónomos

Cabe señalar que el TC, sostuvo respecto de este contenido orgánico que todo precepto constitucional, en última instancia, incluso aquellos pertenecientes a la denominada «Constitución orgánica», como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución), se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales⁵⁸.

Por tanto, todas estas formas y procedimientos que la Constitución prevé al igual que la parte dogmática que ésta posee, debe ser respetada de manera efectiva. Por ello, las decisiones que los poderes públicos adopten en actuación de las competencias que les hayan sido asignadas y se ajusten a las exigencias de la justicia constitucional, deberán ser respetadas. Esto es muy importante en relación a la labor que tendrá el controlador de la constitucionalidad del actuar de estos poderes públicos pues se le exigirá el justificante de la declaración de invalidez que haga del acto que revisa por vulnerar el contenido constitucional de un derecho humano.

3.1.3 La Constitución como suprema norma de las fuentes del ordenamiento jurídico

La CP para el ordenamiento peruano constituye su fundamento y de acuerdo con lo señalado por Balaguer, dentro del ordenamiento es la fuente suprema, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad pero además, la fuente que determinará la legitimidad del resto de las normas del sistema jurídico ya que incorpora las normas fundacionales del ordenamiento mismo (Balaguer Callejón, 2003).

En efecto, es la formación primera y última la Constitución, de la cual se genera y en la cual se sostiene el orden jurídico como estructura jerárquicamente escalonada (Bidart Campos, 1987), esto condiciona la validez y eficacia formal y material de las otras normas del ordenamiento ya que el orden jurídico debe estar de acuerdo con la Constitución y no debe transgredirla. De esta manera si se produce la violación a partir de la ruptura de ese ligamen de subordinación, una anti-constitucionalidad o inconstitucionalidad se habrá generado (Bidart Campos, 1987, p. 38).

3.1.3.1 La supremacía constitucional. Esta supremacía normativa de la Constitución de 1993 tiene una vertiente objetiva por la que en la cúspide del ordenamiento jurídico la Constitución se encuentra presidiéndolo⁵⁹; y la vertiente subjetiva, por la que ningún acto de los poderes públicos o de la colectividad en general puede vulnerarla válidamente. Por estos dos aspectos la constitución ejerce un vínculo que exige no solo una

⁵⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 5854-2005-PA, del 8 de noviembre de 2005 en su Fundamento Jurídico 12

⁵⁹ Lo que nos hace recordar a la pirámide de Kelsen, por la que se nos enseña la jerarquía normativa, que tiene como la norma de normas a la Constitución.

legislación que no contradiga sus disposiciones, sino que la aplicación que de la legislación se haga debe armonizar con ella.

En este sentido, la Constitución, irradia el orden sub constitucional a través de los derechos fundamentales, lo que significa que estos derechos irradian todo el ordenamiento jurídico, de modo que la validez de las normas jurídicas quedará definida en la medida que se ajusten a ellos. Así, todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación deben interpretarse y aplicarse conforme a ellos.

3.1.3.2 Sobre el contenido constitucional de los derechos. Si todo derecho fundamental cuenta con un contenido, el que estará conformado por esa dimensión subjetiva integrada por todas las facultades de acción que de ese derecho ofrece a su titular y por esa dimensión objetiva, que comprende las obligaciones de acción a las que el poder político con la finalidad de conseguir la vigencia plena y real del derecho mismo debe comprometerse (Castillo Córdova, 2005), la irradiación de la constitución que a través de ellos se hace, se hará de una manera objetiva y de una subjetiva.

- a) De manera objetiva: se convierten en un mandato de optimización, por lo que respecto de los poderes públicos son un determinado contenido normativo que debe ser realizado, requiriendo de ellos actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades que conceden estos derechos. De lo que se desprende un deber positivo de todo poder público por el cual éste se compromete con la plena vigencia de los derechos fundamentales de manera seria y efectiva, para protegerlos y le obliga a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda resultar contrario al citado deber positivo.
- b) De manera subjetiva: A través de la eficacia horizontal, vinculando con ello a los particulares, lo que implica reconocerle al sujeto particular la facultad de que en caso suceda la vulneración de un derecho puede reclamar a ese otro particular.

En esa línea, es necesario un sistema de control de la constitucionalidad del derecho a través de un órgano autónomo que cumpla tal encargo a fin de cautelar que ningún acto de los particulares (eficacia horizontal⁶⁰) o de los poderes públicos (eficacia vertical) contravenga las disposiciones constitucionales. En el Perú, el TC y los jueces, tienen esta función, pero es el TC quien es concebido de la constitución, su supremo intérprete por lo tanto su máximo órgano de control, porque así lo dispone el artículo 201 de la carta magna que a la letra refiere que es el que ejerce el control de la constitucionalidad de los actos públicos (tanto normativos,

⁶⁰ DE VEGA GARCÍA (1996) sostiene que la protección de los derechos fundamentales no solo debe reducirse a las lesiones realizadas por los poderes públicos sino a las producidas por los particulares en las que operan posiciones de privilegio configurándose como auténticos poderes privados.

ejecutivos como judiciales) así como de los actos privados que en el fondo o en la forma, contravengan la Constitución. Por ello, él puede declarar inconstitucionales a las normas con rango de ley que contravengan la Constitución con efectos derogatorios.

3.2 El amparo como vía necesaria para dar contenido al derecho a la petición

Como ya se sostuvo anteriormente en el artículo 201 la constitución determina al TC como su supremo intérprete, el artículo 200.2 de la Carta Magna, dispone que procede en defensa de los derechos reconocidos por la Constitución, la acción de amparo como garantía constitucional pero no procederá en garantía de los derechos protegidos por el hábeas corpus y por el hábeas data.

Al respecto, Castillo Córdova (2010) sostiene que de dicha disposición constitucional es posible concluir las siguientes dos interpretaciones (N): N1: “El amparo protege todo el contenido de los derechos fundamentales no protegidos por el hábeas corpus ni por el hábeas data” y, N2: “El amparo protege sólo el contenido constitucional de los derechos fundamentales no protegidos por el hábeas corpus ni por el hábeas data”, de las cuales sólo N2 es la que armoniza con la esencia del proceso de amparo, resultando ser la interpretación constitucionalmente correcta.

En ese sentido, teniendo en cuenta que todo derecho fundamental tiene un contenido jurídico, que puede ser esencial o constitucional, que lo define, el amparo está llamado a protegerlo. Abad Yupanqui (2008, p. 22) sostuvo que resulta indispensable comprender que sólo protege los derechos que derivan de manera directa e inmediata de la Constitución el amparo, según el CPCo. Tales derechos en cada caso concreto, deben ser interpretados y delimitados de acuerdo con los tratados sobre derechos humanos y conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del TC. Así sucede en el ordenamiento jurídico peruano en que la acción de amparo ha sido concebida para proceder en defensa de aquellos derechos distintos a la libertad individual y conexos por lo que conforme al artículo 38 del CPCo se ha previsto que el amparo no procede respecto de Derechos no resguardados, por tanto, no procede en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo, que debe ser concordado con el Artículo 5 de este mismo código que prevé la no procedencia de los procesos constitucionales cuando no están referidos en forma

directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado⁶¹, los hechos y el petitorio de la demanda.

3.2.1 *La apreciación de los padres del CPCo*

Citando a los creadores del anteproyecto del código referido, ellos establecieron que se trata, pues, de circunscribir el amparo como un proceso excepcional distinto a los procesos judiciales ordinario o especial de otra índole y que como proceso constitucional está estrictamente referido a la protección de derechos constitucionales. Esta norma se basa en querer corregir una grave distorsión que sufrió el amparo en la que se inutilizó e instrumentalizó indebidamente. A menudo los litigantes hacen referencia en su demanda a un derecho recogido en la Constitución, que no tiene carácter estrictamente constitucional o que tampoco forma parte del contenido esencial del derecho protegido constitucionalmente sino a aspectos de regulación legal o de naturaleza secundaria, que no deben tutelarse por medio del amparo o que sólo indirecta y lejanamente se respaldan en la Constitución, pero solo para sustentar una pretensión (Abad Yupanqui & otros, 2004, pp. 66-67). Por tanto, la pertenencia al contenido constitucionalmente protegido que se extraiga de la pretensión demandada, hará que ésta pueda ser tramitada en la vía del amparo y surque el camino a la sentencia respectiva, de advertirse lo contrario, acarreará su improcedencia.

3.2.2 *El contenido de los derechos en la jurisprudencia constitucional*

El TC a través de su jurisprudencia destaca al menos tres supuestos de improcedencia de la demanda constitucional. El primero se refiere al contenido jurídico infraconstitucional de derechos fundamentales, que es contenido legal del derecho, pero en aspectos accidentales⁶², y que tendría relevancia constitucional al considerarlo con otro derecho fundamental o principio constitucional. El segundo supuesto de improcedencia está conformado por las pretensiones que suponen una actividad propia de la jurisdicción ordinaria como la nueva valoración de las pruebas en un proceso⁶³, o la determinación de la validez de un contrato pero cuando lesionan el contenido constitucional de algún derecho fundamental son relevantes constitucionalmente, estando claro está relacionadas con el contenido esencial

⁶¹ Esta es una causal que sólo corresponde a los procesos constitucionales de amparo, de hábeas corpus y de hábeas data y no incumbe al proceso de cumplimiento porque su procedencia se configura al margen de la afectación de un derecho constitucional.

⁶² El TC en el caso Anicama sostuvo que “las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión”.

⁶³ El TC en el Exp. N° 02713- 2007-HC/TC, determinó que la valoración de los medios probatorios en el marco de un proceso penal no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso y por ello la demanda debió declararse improcedente.

de un derecho fundamental, Mientras que el tercer supuesto contiene a los derechos de creación u origen legal, como los beneficios tributarios.

Sin dejar de tener en cuenta los casos de improcedencia, hay que remarcar que por la propia naturaleza de su objeto a proteger, el amparo tutela pretensiones que están relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental (Abad Yupanqui, 2004). En este orden de ideas se puede establecer que la naturaleza prevalente de los derechos en controversia, hace al amparo un proceso especial de trámite célere pues de manera urgente está llamado a enfrentar la grave agresión que haya sufrido el derecho fundamental.

3.2.2.1 El contenido de los derechos y su efecto vinculante. Todo el contenido constitucional del derecho fundamental vincula por lo que no puede ser limitado ni restringido, ni lesionado y debe ser protegido y asegurado por el amparo. Así, el amparo se emplea para asegurar la plena vigencia de todo el contenido constitucional de un derecho fundamental en el sistema constitucional peruano; o sencillamente se desnaturaliza al emplearlo para restringir o sacrificar parte del contenido constitucional (la parte no esencial) del derecho fundamental (Castillo Córdova, 2013a).

En ese sentido, como método de resolución de las cuestiones ius fundamentales se abre paso la doctrina de la delimitación del contenido constitucional. Así, el TC, tiene claramente establecido que la controversia que atañe a los derechos fundamentales, debe seguir un iter procedimental de tres pasos. Así, el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados deben ser identificados por el juez constitucional, quien luego identificará la verdadera pretensión del demandante para luego analizar si ésta forma parte del contenido constitucionalmente protegido de algunos de los derechos fundamentales que son objeto de tutela del proceso constitucional, la verdadera pretensión del demandante⁶⁴. Iter procesal que en todo proceso de amparo se hace, configurándolo como proceso especial para otorgar contenido al derecho fundamental y siendo el derecho a la pensión un derecho fundamental, la vía pertinente para su delimitación la constituye el amparo tal y como ya lo estableció el TC en el caso Anicama al señalar que las pretensiones tramitadas en el proceso de amparo, son las que deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional⁶⁵.

3.2.2.2 El contenido del derecho a la pensión. El contenido del derecho fundamental a la pensión, así como del derecho fundamental del que se trate no es estático

⁶⁴ Fundamento 16 de la STC emitida en el Expediente N° 06218-2007-PHC/TC, del 17 de enero de 2008.

⁶⁵ Fundamento 27 de la STC emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio del 2005

porque no tiene una fórmula fija para siempre, sino que es dinámico y dependiente del significado jurídico de los elementos de hecho que definen una concreta controversia iusfundamental, el método de resolución de controversias debe aplicarse en cada caso concreto que los jueces constitucionales conocen. Se debe recordar que en el texto constitucional no encontramos al derecho fundamental con sus contornos definidos, completamente acabado, de modo que es pertinente que el intérprete constitucional trabaje con reglas constitucionales precisas para resolver las controversias iusfundamentales, como las indicadas.

En ese orden de ideas, preguntarse si según las especificaciones del caso hay o no razones constitucionalmente correctas que justifiquen que determinada pretensión conforma el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental sería como cuestionarse por el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental, sin que esto niegue, la existencia de determinadas premisas generales que pueden ubicar aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho⁶⁶, porque la interpretación constitucional para que sea completa debe de tener en cuenta la circunstancias del caso concreto.

En este contexto, la delimitación del derecho fundamental, como ya se señaló anteriormente en abstracto no puede realizarse, sino a través de un caso concreto y conforme a él se responderá si una determinada pretensión forma o no parte del contenido esencial de un derecho fundamental. Por tanto, dadas dos pretensiones en conflicto no podrá ser que siendo contradictorias ambas ingresen en el contenido de un derecho fundamental, por lo que hay que determinar cuál de ellas dentro del contenido esencial del derecho fundamental invocado, ingresa.

3.3 La producción de una norma constitucional adscripta

Las normas constitucionales pueden ser o estatuidas directamente⁶⁷ o adscriptas, siendo las primeras las que desde la literalidad del texto de la disposición individualmente considerada se concluyen, sino también de aquellos otros textos que con ella se relacionan, son aquellas que en su mayoría poseen una estructura abierta e indeterminada⁶⁸ por lo que requieren de un desarrollo de su contenido. En lo que atañe a las segundas Alexy (1993, p. 70) sostiene que es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida es posible tener una correcta fundamentación

⁶⁶ Fundamento 27 de la STC emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio del 2005.

⁶⁷ Estas pueden ser iusfundamentales porque reconocen o regulan derechos fundamentales y las otras son orgánicas pues están destinadas para crear y regular los órganos constitucionales.

⁶⁸ Esta indeterminación suele presentarse más en las normas iusfundamentales que en las orgánicas.

iusfundamental, pero teniendo en cuenta esta definición, Castillo (2013) que estas segundas vale y son normas de derecho constitucional, si para una norma constitucional directamente estatuida ser adscripta, es posible dar una fundamentación constitucionalmente correcta. Esta es una definición de norma constitucional adscripta válida no solamente para normas constitucionales referidas a derechos fundamentales.

3.3.1 *Las normas constitucionales estatuidas*

Estas normas no son creadas por el TC, sino por el mismo Constituyente, y el TC lo que hace es mostrarla, sacarla a la luz (Hesse, 1992). Por tanto, éstas se concluyen de las disposiciones constitucionales sistemáticamente consideradas siendo decisiones del constituyente que de manera directa se extraen mientras que las normas constitucionales que son adscriptas se generan a raíz de la interpretación vinculante a la Constitución que haga el órgano encargado de hacerlo en un ordenamiento jurídico y que, en el caso del Perú, es el TC, por tanto, él se encarga de hacer las precisiones a las normas directamente estatuidas.

En ese sentido, las interpretaciones de las disposiciones constitucionales que haga el TC será una concreción de la norma constitucional directamente estatuida y por ella dicha concreción compartirá la misma naturaleza del objeto concretado, es decir, será una norma con valor constitucional, y por ello vinculará al igual que la constitución.

3.3.2 *Las normas constitucionales adscriptas*

En ese orden de ideas, estas normas constitucionales generadas por el TC que especifican la norma directamente estatuida, se adhieren a la norma constitucional directamente estatuida de la cual es una concreción y se puede concluir que la norma directamente estatuida desde ese momento tiene presencia a la vez que existe la concreción normativa formulada, por lo que del sistema jurídico pasan a formar parte y se integran en el nivel normativo constitucional.

La concreción hecha por el TC tiene dos modos de existir (Castillo Córdova, 2013a):

- a) De conformidad con el objeto concretado, formulada ajustándose a la norma constitucional directamente estatuida. En armonía con la norma constitucional directamente estatuida se formula, lo que significa que existen buenas razones para sostener y justificar la interpretación (concreción normativa) hecha por el TC.
- b) En contradicción al objeto concretado, es decir que la concreción formulada se opone a la norma constitucional directamente estatuida. Aquí, existe contradicción con el contenido jurídico de la norma directamente estatuida concretada, la interpretación que se recoge en la norma adscripta, por lo que no existen razones para ser sostenida.

Hay que tener que es una labor de reconocimiento de la exigencia de justicia la que tiene el Constituyente, que puede estar conforme o no con la exigencia de justicia. Así, en el primer caso serán mandatos justos y por ello desde el aspecto material que conforman normas constitucionales directamente estatuidas formal y materialmente, serán constitucionales. En el segundo caso son mandatos injustos y por ello son inconstitucionales materialmente ante normas directamente estatuidas constitucionales formalmente (se encuentran recogidas en la CP. Esto no solo se predica de las normas directamente estatuidas de la CP sino también de las normas constitucionales adscriptas, singularmente de las generadas por el TC (Castillo Córdoba, 2013b).

Por ello es que se puede afirmar que tanto las normas constitucionales directamente estatuidas como las adscriptas, pueden ser constitucionales materialmente o inconstitucionales⁶⁹. El intérprete constitucional vinculante, considera la norma constitucionalmente estatuida y a partir de ella hace una concreción normativa, que surge y desde el punto de vista formal, es una norma por la fuerza del órgano que la estatuye, que es el criterio empleado para definir su constitucionalidad, y si bien es formalmente constitucional, puede ser materialmente inconstitucional cuando a la norma constitucional directamente estatuida contradice (y que positiva una exigencia de justicia), a la cual se adscribe. En este caso, cuando el TC formula la norma, será necesariamente incorrecta, porque la trasgresión de la norma directamente estatuida está siendo justificada y por ello, razones incorrectas que sostienen una norma adscripta formalmente constitucional, hacen a la norma, materialmente inconstitucional, siendo esto una modalidad de norma constitucional inconstitucional.

3.3.3 ¿Son válidas jurídicamente y vinculantes, estas normas directamente estatuidas y las normas adscriptas formalmente constitucionales, pero materialmente inconstitucionales?

Si (directamente estatuida o adscripta) es manifiestamente inconstitucional, no ha de ser considerada como derecho, y, sin necesidad de pronunciamiento del órgano de control constitucional, no vinculará a nadie, ya que no existe fundamento a favor de su constitucionalidad, y el que se formule, será tan débil que fácilmente se derrotará. En la medida que la positivación de exigencias de justicia pre-estatales y supra positivos son la esencia de la Constitución, se podrá sostener que es una norma manifiestamente injusta la norma manifiestamente inconstitucional. Si por el contrario, la norma (directamente estatuida

⁶⁹ La norma adscripta formalmente constitucional es inconstitucional materialmente, si la concreción que significa la norma constitucional adscripta niega el objeto concretado, que significa la norma constitucional directamente estatuida.

o adscripta) formalmente constitucional es materialmente inconstitucional pero no de manera manifiesta, tal norma será válida y efectiva hasta que el órgano competente, el TC, se pronuncie y declare su inconstitucionalidad.

Los precedentes vinculantes son una forma en las cuales el TC muestra sus interpretaciones de la Constitución (Rioja Bermudez, 2017)⁷⁰, y son normas constitucionales adscriptas a alguna norma constitucional directamente estatuida y que presenta dos modos de existir como concreción normativa: una la ajustada a la norma y otra desajustada a la norma directamente estatuida que concretará. En el caso de la segunda, significará que la niega y por ello la contradice y será en consecuencia tenida como inconstitucional, desde un punto de vista material, no será eficaz y mejor hay que invalidarlos. Por ello, han de proceder las demandas constitucionales contra ellos, en defensa de los derechos fundamentales para pedir su inaplicación en el caso concreto. No obstante, lo deseable es su extirpación del ordenamiento jurídico, aunque lo deseable es que salgan del ordenamiento jurídico (Castillo Córdova, 2014).

En la sentencia emitida en el Expediente N° 3741-2004-PA/TC, el TC a través de un precedente vinculante, estableció una serie de normas constitucionales adscriptas. En esta decisión, el fundamento 50 señaló que el TC considera que, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso son una regla sustancial por la cual todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública está facultado, pero también tiene el deber de preferir la Constitución y por tanto inaplicar una disposición infraconstitucional que vulnere manifiestamente la CP, por la forma, o por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la CP. En consecuencia, los siguientes presupuestos se deben observar: Primero, que, dentro de un proceso administrativo, para resolver la controversia planteada, el examen de constitucionalidad será relevante y segundo, que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Sin embargo, mediante sentencia del Expediente N° 04293-2012-PA/TC dicho precedente fue dejado sin efecto, concluyendo que “(...) en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución [para

⁷⁰ En la sentencia expedida por el TC en el Exp. N° 0024-2003-AI/TC, esta entidad señaló que, es una regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto el precedente constitucional vinculante, en la que se establece una regla general que se constituye en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. En este sentido, lo que realmente vincula no es la decisión específica (fallo) para el caso concreto, sino el criterio (*ratio decidendi*) que sirvió de base para tomar la decisión. Por eso se hace referencia a la existencia de casos semejantes o iguales; ello implica que el juez de instancia inferior o el mismo Colegiado que dictó el precedente, se encuentra en la obligación de verificar la existencia de hechos o circunstancias iguales o similares, a fin de aplicar correcta y debidamente la parte resolutive o el fallo que constituye el precedente (Rioja Bermudez, 2017).

ejercer el control difuso de constitucionalidad] por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado”⁷¹.

La norma adscripta sería: N34: Está prohibido a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo. Por lo que la norma directamente estatuida sería: N138: Está ordenado a los jueces que, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, prefieran la primera. Igualmente, han de preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Está prohibido a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo (Castillo Córdova, 2014, p. 33).

Como se aprecia sobre lo mismo hay dos criterios distintos y eso reveló que el TC estableció una norma vía precedente vinculante, porque es la forma como él puede crear normas adscriptas atribuyendo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes⁷² y reglamentos inconstitucionales a determinados órganos de la Administración pública, pero por razones incorrectas, generando una norma materialmente inconstitucional. A pesar de ello, la técnica sirve para crear en un futuro normas que detallen un poco más el contenido del derecho a la pensión.

⁷¹ La sentencia indicada fue dictada el 18 de marzo de 2014. Fundamento 34.

⁷² El tema del control difuso sigue en discusión, teniendo en cuenta que el TC al momento de dictar la decisión que dejó sin efecto el precedente del Caso Salazar Yarlenque, fue dada de la misma manera que el anterior, sin mayor relación con el caso en el que se dictó y sin respetarse los lineamientos para su dictado.

Capítulo 4

El Estado de la cuestión del caso Anicama

4.1 Después del caso Anicama. Cómo viene resolviendo el TC en materia pensionaria

El fundamento 60 del fallo recaído en el Expediente N° 01417-2005-AA/TC (Caso Anicama), dispuso que los criterios que el TC había fijado en materia pensionaria serán de observancia obligatoria por lo tanto vinculantes para todo órgano jurisdiccional, incluidos los jueces ordinarios. En ese sentido, resultan siendo relevantes las decisiones que sobre esta materia haya expedido el TC.

Como el TC no ha dejado de resolver en materia pensionaria, para efecto de esta investigación se han escogido sus decisiones más relevantes en busca de la evolución del caso Anicama.

4.1.1 Reconocimientos de aportes. El caso Alejandro Tarazona Valverde⁷³

Relacionada a la sentencia emitida por el TC en el caso Anicama está el precedente vinculante del caso Alejandro Tarazona Valverde, ya que trata de reconocimiento de aportaciones pensionarios, señalando nuevas reglas aplicables a las demandas sobre dicha materia en el SNP y fijando condiciones documentales tanto para la justicia constitucional como por la ordinaria (laboral y contenciosa administrativa), pues se estableció en el fundamento 60 de la Sentencia del Caso Anicama, que las sentencias del TC tienen un carácter vinculante en materia de pensiones.

El 10 de octubre de 2008 mediante la página web del TC aparece la Sentencia N° 04762-2007 -PA/TC, la decisión del caso Tarazona Valverde, estableciendo reglas y los documentos que deben ser tomados en cuenta para dicho fin, por lo que resalta el fundamento 26, en éste se señaló que si en los procesos de amparo para resolver la controversia debe reconocerse periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas para que la demanda sea estimada:

- 1) El demandante puede acompañar a su demanda como medio de prueba: las boletas de pago de remuneraciones, el certificado de trabajo, los libros de planillas de remuneraciones, las constancias de aportaciones de ORCINEA⁷⁴, del IPSS o de EsSalud,

⁷³ En este caso se establecieron una serie de reglas para acreditar periodos de aportaciones en el proceso de amparo. Esta decisión habilita a la vía procesal constitucional del amparo como aquella adecuada para el reclamo de reconocimiento de aportaciones, siendo que antes había sido excluida como tal, al requerirse la actuación de pruebas para la determinación de la procedencia del derecho alegado, ya que el proceso de amparo carece de dicha etapa.

⁷⁴ La Sala Suprema ha aclarado que, si bien las constancias expedidas por ORCINEA pueden acreditar la relación laboral, también es cierto que no pueden acreditar la totalidad de aportes alegados, porque dichas constancias sólo expresan la fecha de inscripción del asegurado a alguna de las Cajas. Empero, ha de considerarse que, al ser acreditativas de relación laboral, dichas constancias pueden servir para la

la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, entre otros documentos, con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez y la razonabilidad de su petitorio, los que pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, a pedido del demandante o de oficio, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad⁷⁵.

- 2) Como carga procesal que tiene la ONP está el acompañar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste al momento de contestar la demanda de amparo, ella debe de adjuntarlo como medio probatorio, para poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones ha sido arbitraria o se encuentra justificada. Esto en razón que, la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, pues si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.
- 3) A los procesos de amparo en trámite la carga procesal aludida en el numeral anterior, es aplicable cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.
- 4) En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP tiene el deber de presentar el expediente administrativo y el juez siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, aplicará el principio

acreditación de años de aportes en conjunción con las declaraciones juradas de los asegurados en aplicación de las reglas contenidas en el Decreto Supremo N° 092-2012-EF.

⁷⁵ Revisado el Reglamento Unificado de las Normas Legales que Regulan el Sistema Nacional de Pensiones, Decreto Supremo N° 354-2020-EF, se aprecia que estos medios han sido recogidos en el artículo 37, referido a la acreditación de aportes obligatorios hasta el periodo junio de 1999 por los afiliados obligatorios:

1. Información con que cuenta la ONP: El medio probatorio idóneo es el que obra en los distintos archivos de la ONP. Estos pueden ser:
 - a. Certificados de trabajo.
 - b. Boletas de pago de remuneraciones.
 - c. Liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales.
 - d. Constancias de aportes de la Oficina de Registro y Cuenta Individual Nacional de Empleadores Asegurados (ORCINEA), del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) o de EsSalud.
 - e. Informe de verificación de libros de planillas del empleador, emitido por la ONP, debidamente validada.
 - f. Información que obtenga la ONP del proceso de verificación y fiscalización.
 - g. Información del Sistema de Cuenta Individual de Empleadores y Asegurados (SCIEA).
 - h. Informes emitidos por entidad pública que prueben adecuadamente los periodos de aportes efectuados.
 - i. Documentos que haya presentado su empleador y/o emitido por entidades públicas que prueben adecuadamente los periodos de aportes efectuados, en aplicación de lo establecido en el párrafo 49.4 del artículo 49 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

de prevalencia de la parte quejosa, o aplicará supletoriamente el artículo 282 del CPC⁷⁶, de no cumplir con dicha carga.

- 5) No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste a la ONP, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada, es decir, cuando han sido acreditados fehacientemente por el demandante periodos de aportaciones y se advierta que no han reconocidos bajo el argumento de que han perdido validez; o en caso que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas del IPSS, en esa zona aún no se empezaba a cotizar.
- 6) No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o su copia fedateada en caso de estar ante una demanda manifiestamente infundada, es decir cuando en dicha demanda se advierta que la solicitud del reconocimiento de años de aportaciones y no sustenta con prueba alguna; o también cuando al valorarse conjuntamente los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que el mínimo de años de aportaciones no está acreditado; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.

Como complemento de este fallo es su aclaratoria, que el 16 de octubre de 2008 fue publicada en la misma página web. En ella el TC precisó entre otros aspectos, la improcedencia de sustentar una demanda de reconocimiento sobre la base única de certificados de trabajo y la posibilidad de presentar los documentos en copias simples (siempre que sean avalados por otros, estos sí en originales o copias legalizadas).

Así mismo, precisa en el numeral 7, en su literal b) que el juez con la finalidad de generarse convicción suficiente sobre la veracidad de lo formulado en la demanda considerará oportuno que en aquellos casos en los que el demandante presenta tan solo un certificado de trabajo en original, copia legalizada o fedateada como único medio probatorio, deberá solicitar que en un plazo de 15 días hábiles presente documentación adicional que puede ser en original, copia legalizada, fedateada o simple a efectos de corroborar el periodo que se pretende demostrar con el certificado de trabajo.

⁷⁶ En cuanto a la presentación del expediente administrativo, es un exceso que se aplique el principio de prevalencia de la parte quejosa o el artículo 282 del CPC si la ONP no presenta dicho legajo al juez, teniendo en cuenta dicha entidad presenta una sobrecarga procesal y se dificulta el pronto encuentro de expediente, aunque en la actualidad están remitiendo en un soporte digital los expedientes, resulta una ardua tarea la digitalización de los expedientes administrativos.

Cabe añadir que el TC en la decisión recaída en el Expediente N° 02556-2012-PA/TC considera importante que el certificado haya sido emitido por un representante del ex empleador, en consonancia con que el certificado de trabajo acredita los aportes porque su expedición pueda ser atribuida al ex empleador⁷⁷. Pero, en la CAS N° 3369-2010-Arequipa, sostiene la Sala Suprema Transitoria que deben ser expedidos por el Gerente General de la empresa los certificados de trabajo, porque representa legalmente a la empresa, de ahí, que esta misma Sala requiera que las liquidaciones por tiempo de servicios estén suscritas por el ex empleador y no por un tercero, según consta en la CAS N° 2815-2010-Lima.

4.1.2 El acceso al mínimo legal, la Ley N° 23908. Caso Jacinto Gabriel Angulo

Este tema es abordado en la Sentencia emitida en el Expediente N° 5189-2005-PA/TC, del 6 de diciembre de 2005. La Ley 23908, ordenaba que no podían estar por debajo de una pensión mínima⁷⁸, las pensiones de jubilación e invalidez a cargo del SNP, o su sustitutorio el ingreso mínimo legal.

En la sentencia indicada, se establecen los siguientes precedentes vinculantes. Así en relación a la aplicación de la Ley N° 23908, el TC señaló lo siguiente:

- 1) La Ley N° 23908 modificó el Decreto Ley N° 19990, estableció que correspondía a todo pensionista del SNP el monto mínimo que sería la pensión mínima salvo las excepciones.
- 2) Se transformó la pensión mínima, en Ingreso Mínimo Legal, que, debe entenderse vigente hasta el 18 de diciembre de 1992.
- 3) Se determinó la pensión mínima del SNP⁷⁹, utilizando como referente de cálculo el sueldo mínimo legal, ya que era uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores.
- 4) El Decreto Ley N° 25967⁸⁰, modificó los requisitos del Decreto Ley N° 19990, sustituye por el nuevo sistema de cálculo a la pensión mínima, resultando, ya inaplicable la Ley N° 23908.
- 5) Con las limitaciones que estableció su artículo 3 para aquellos asegurados que querían cobrar la pensión mínima regulada por la Ley N° 23908, el punto de contingencia fue hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967).

⁷⁷ Fundamento 3.8, que resulta de mucha ayuda para aquel que quiere le reconozcan sus aportaciones. Sin embargo, somos de la opinión que para tener certeza de dicho dato es conveniente la información que se pueda extraer de SUNARP sobre dicha representación.

⁷⁸ Equivalente a tres sueldos mínimos vitales

⁷⁹ La pensión mínima nunca fue igual a tres veces la remuneración de un trabajador en actividad.

⁸⁰ Vigente desde el 19 de diciembre de 1992

- 6) Todo pensionista que hubiese alcanzado el punto de contingencia hasta antes de la derogatoria de la Ley N° 23908, tiene derecho al reajuste de su pensión en un monto mínimo equivalente a tres sueldos mínimos vitales o al Ingreso Mínimo Legal, en cada oportunidad en que estos se hubieran incrementado, no pudiendo percibir un monto inferior a tres veces el referente, en cada oportunidad de pago de la pensión, durante el referido periodo.
- 7) El Decreto Ley N° 25967 estará vigente hasta que el Decreto Legislativo N° 817 (vigente a partir del 24 de abril de 1996), establezca un sistema de montos mínimos determinados de las pensiones, atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.

En esta sentencia el TC acuerda precisar los criterios adoptados en la Sentencia N° 198-2003-AC para la aplicación de la Ley N° 23908⁸¹, durante su periodo de vigencia, y dispone su observancia obligatoria además precisó que el reajuste de las pensiones del SNP establecido en el artículo 4° de la Ley N° 23908, no se realiza de forma indexada o automática sino que se hace de forma periódica atendándose con arreglo a las previsiones presupuestarias⁸².

4.1.3 El derecho a la pensión y el bono de reconocimiento. Caso Vasi Zevallos

La demanda origina el expediente N° 9381-2005-PA/TC. El demandante en este caso solicita el recalcó del bono de reconocimiento y que se declare inaplicable la Resolución de ONP. El TC, concluye que en función de la información que ostenta, es obligación de la ONP, supervisar y efectuar correctamente el traslado de las aportaciones de los ciudadanos del SNP al privado o viceversa, porque tiene mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que le corresponde a cada persona, por lo que las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso son:

- a) Regla procesal: en virtud del artículo VII del CPC, el TC, puede establecer un precedente vinculante cuando bajo pretensos impedimentos para acceder a la solicitud de determinación del valor nominal del bono recurriendo, la ONP no puede rechazar el pedido en el procedimiento de evaluación de bono de reconocimiento,

⁸¹ La CAS. N° 6053-2010-Lima considera que la aplicación correcta de la Ley 23908 importa que se contraste o verifique si la pensión inicial que se otorgó al beneficiario es igual o mayor a la pensión mínima legal, pero además debe evaluar cuánto ha percibido el pensionista en cada oportunidad de pago, durante todo el período de vigencia de la ley citada, con la finalidad de determinar si la pensión otorgada ha resultado inferior al monto mínimo o no, teniendo en cuenta las sucesivas variaciones producidas tanto en el sueldo mínimo vital como en el ingreso mínimo legal, para proceder a reajustar únicamente las pensiones que hubiesen sido pagadas en un monto menor.

⁸² Fundamento 20

- b) Regla sustancial: A los administrados se les faculta para que se pueda reconocerles los meses de aporte al SNP, haciendo su trámite en la ONP, sin importar si ha estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento.

4.1.4 Causal de desafiliación de las AFP. Caso Santiago Terrones Cubas

En la sentencia recaída en el Expediente 7281-2006-PA/TC, del 30 de abril de 2007, el TC estableció que es un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP, la falta de información (o la entrega de información parcial). Esto se puede ver del fundamento relevante que es el número 27. En él, el TC estableció dos reglas:

- 1) Regla procesal: El TC, remarcó que a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, su facultad para establecer un precedente vinculante se entiende, precisando el extremo de su efecto normativo, en virtud del artículo 201 de la CP y del artículo VII del Título Preliminar del CPCo.
- 2) Regla sustancial: El TC establece que la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65 de la Constitución), que es una situación protegida por el Estado, constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante el TC.

El TC señaló que el procedimiento del Reglamento de la Ley 28991 es el que corresponde al trámite de desafiliación; pero será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52 de la Resolución 080-98-EF-SAFP⁸³, por el que, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante el TC a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación.

4.1.5 Pensión vitalicia y pensión por invalidez, enfermedad profesional. Caso Onofre Vilcarima Palomino

A los 18 días del mes de diciembre de 2007 se dictó la sentencia en el Expediente N° 6612-2005-PA/TC. Esta decisión, informa que el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, pidiendo por motivo de padecer de una enfermedad profesional, se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia.

⁸³ Establecido como regla sustantiva en el fundamento 37 de la citada sentencia

Es de señalar que la parte demandada, interpuso una excepción de convenio arbitral y el TC abordó inicialmente este tema, sosteniendo que no puede concluirse, bajo interpretación formalista de esta disposición, que la vía arbitral ya está predeterminada por ley en el presente caso viéndose inmersos el derecho fundamental a la pensión, a la vida y a la salud, por lo que, en relación con el convenio arbitral, una disposición legal en el sentido que establece el Decreto Supremo N.º 003-98-SA, no se condice ni con el carácter fundamental de los derechos reconocidos en la Constitución ni con la naturaleza de indisponible de los derechos fundamentales indicados⁸⁴.

En ese sentido, la adecuada protección de dichos derechos vía el proceso correspondiente debe ser determinada por un órgano jurisdiccional, más aún si establece que no pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes no tienen facultad de libre disposición⁸⁵, el artículo 1º de la propia Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572).

En esta sentencia, el TC, formuló 10 precedentes vinculantes a razón de la solución de este caso, que a continuación se detallan:

Precedente vinculante, relativo a la Prescripción de la pensión vitalicia el TC formula una regla procesal y una sustancial en su fundamento 19. En la primera establece:

- a) Regla procesal: El TC en aplicación del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del CPCo, tiene la facultad para establecer precedentes vinculantes a través de sus sentencias que logran la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

Mientras que, en la Regla sustancial, el TC establece que no existe plazo de prescripción, para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, ya que forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, el acceso a una pensión, y como todo derecho fundamental, tiene el carácter de imprescriptible.

Cabe advertir que la misma regla procesal, signada como 19 a) fue nuevamente repetido en los fundamentos 20 a), 21 a), 22 a), 23 a), 24 a), 25 a), 26 a), 27 a) y 28 a) por lo que sólo a continuación, las reglas sustanciales formuladas por el TC serán dadas a conocer.

Como precedente vinculante 2, relativo al Ámbito de protección del Decreto Supremo N° 002-72-TR y del Decreto Ley N° 18846 y, el TC establece que durante la vigencia del

⁸⁴ Fundamento 8

⁸⁵ Sentencias recaídas en los expedientes 7627-2005-PA, 7641-2005-PA, 10063-2006-PA entre otras son de la misma opinión respecto del convenio arbitral

Decreto Ley N° 18846 se ha laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, si el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero no fue menoscabado cuando era empleado. Asimismo debe señalarse que se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N° 19990⁸⁶, los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo.

El precedente vinculante 3 alude a la Entidad encargada de acreditar la enfermedad profesional, que sólo estará a cargo de la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS quienes realizarán un examen o dictamen médico, conforme lo señala el artículo 26° del Decreto Ley N° 19990 y en caso de comprobar la falsedad del certificado médico de invalidez o que éste contenga datos inexactos, serán responsables cada uno de los integrantes de las comisiones médicas de las entidades referidas, el médico que emitió el certificado y el propio solicitante, penal y administrativamente⁸⁷.

Como precedente vinculante 4 relativo a los supuestos de compatibilidad e incompatibilidad en la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración, el TC formuló como regla sustancial que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846:

- a) No es compatible que perciba pensión vitalicia y remuneración, un asegurado con gran incapacidad.
- b) No es compatible que perciba pensión vitalicia y remuneración, un asegurado con incapacidad permanente total.
- c) No es compatible que perciba pensión vitalicia y remuneración, un asegurado con incapacidad permanente parcial.

Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley N° 26790, las reglas son que:

- a) No es compatible que un asegurado con gran invalidez, perciba pensión de invalidez y remuneración
- b) No es compatible que un asegurado con invalidez permanente total, perciba pensión de invalidez y remuneración.
- c) No es compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial, perciba pensión de invalidez y remuneración

⁸⁶ Esta norma en su inciso d) del artículo 25 señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo N° 011-74-TR

⁸⁷ Fundamento 21

Se adiciona como regla sustancial que no puede percibir una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N° 19990 o a la Ley N° 26790, por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral, ningún asegurado que conforme al Decreto Ley N° 18846, perciba pensión vitalicia así como tampoco puede percibir una pensión de invalidez conforme al SPP⁸⁸, el asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790, por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Como quinto precedente vinculante, en relación al nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional, el TC estableció que, en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume, siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, pues por la exposición a polvos minerales esclerógenos son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas pero, no sucede lo mismo con la hipoacusia de origen ocupacional de la que es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad⁸⁹.

El sexto precedente vinculante aborda la relación entre la pensión mínima del Decreto Legislativo N° 817 y la pensión vitalicia por enfermedad profesional, sobre la cual el TC determinó que debido a que ambas prestaciones cubren riesgos y contingencias diferentes y sus fuentes de financiamiento son distintas e independientes⁹⁰, no son aplicables los montos de pensión mínima del Decreto Legislativo N° 817 a la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846.

Hay además un precedente vinculante 7 avocado a la excepción de convenio arbitral y al arbitraje en el SCTR. El TC determinó que si el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003- 98-SA se demanda mediante y la emplazada formula una excepción de arbitraje o convenio arbitral, bajo responsabilidad el Juez la desestimaré, porque la pretensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión y además tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado, ambos de carácter indisponible⁹¹.

⁸⁸ Se establece que la pensión de invalidez del SPP, en el artículo 115° del Decreto Supremo N° 004-98-EF, no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

⁸⁹ La probanza deberá tener en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido

⁹⁰ Fundamento 24

⁹¹ Fundamento 25

El precedente vinculante 8, acerca de la Responsabilidad del Estado en el SCTR y en relación a él el TC afirmó que los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente serán cubiertos supletoriamente por la ONP, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo⁹². Luego la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones⁹³.

Referido a la inversión de carga de la prueba es el precedente vinculante 9 por el que el TC estableció que, si se pretende conforme a la Ley N° 26790 el otorgamiento de una pensión de invalidez, en un proceso de amparo, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Así mismo, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro si el demandante es un extrabajador, porque de no presentarlo se presumirá que a la fecha de su cese, el demandante se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada y, para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante, las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR⁹⁴.

El último precedente vinculante es el 10. En él, el TC, estableció como criterio vinculante que los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud así como los del Ministerio de Salud o los de las EPS constituidas según Ley N° 26790, son la única prueba idónea para acreditar una enfermedad profesional, para tener derecho a una pensión vitalicia o a una pensión de invalidez⁹⁵, determinando reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo. En ese sentido:

- i. Los jueces deberán declararlas inadmisibles las demandas de amparo, otorgando al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que, presente, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, en calidad de pericia, bajo apercibimiento de archivo de la causa.
- ii. Los jueces deberán requerirle al demandante, que en el plazo máximo de 60 días hábiles, en los procesos de amparo que se encuentren en trámite, presente, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando haya

⁹² Artículo 88.º del Decreto Supremo N° 009-97-SA

⁹³ Fundamento 26

⁹⁴ Fundamento 27

⁹⁵ Fundamento 28.

adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, para que no exista contradicción entre los documentos presentados y acreditar la enfermedad profesional.

- iii. En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite los jueces sólo declararán improcedente la demanda, en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, ya que dichos documentos para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional no tienen eficacia probatoria.

Es una decisión que establece una serie de reglas sustantivas pero una regla procesal que se repite 10 veces, cuya formulación se considera inútil porque lo único que establece es la competencia del TC para dictar un precedente vinculante.

4.1.6 Arbitraje y derecho a la pensión

La sentencia emitida en el Expediente N° 61-2008-PA/TC de fecha 28 de enero de 2008 establece las reglas procesales que se limitan a reconocer la competencia del TC para dictar un precedente vinculante en el caso, por lo que el contenido deóntico relevante se desprende de las reglas sustanciales que fueron de aplicación para aquellos procesos que se van iniciar y para los que están en trámite pero, mas no para aquellos laudados.

En estos dos primeros precedentes lo que el TC hace es diferenciar los arbitrajes y en ese sentido, será un arbitraje obligatorio el regulado en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-98-SA⁹⁶ y si alguna excepción arbitraje o convenio arbitral lo usa como base, será desestimada mientras que será voluntario el del artículo 25 del mismo cuerpo legal⁹⁷, el cual en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros, para ser constitucional, deberán dejar constancia que informaron:

- a) Otorga ventajas el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
- b) Que se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el TC para la resolución de su controversia.
- c) Que puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial, el asegurado o beneficiario.
- d) Que caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje contra el laudo arbitral.

⁹⁶ Fundamento 12

⁹⁷ Fundamento 15

El TC en el fundamento 18 considera oportuno establecer como precedente vinculante la regla sustancial sobre el inicio de la contingencia en el SCTR, que será la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional porque la base del beneficio es el mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia.

4.1.7 Reglas de procedencia del amparo en los casos de pensiones, devengados e intereses

En la sentencia emitida en el Expediente N° 05430-2006-PA/TC para efectos de la procedencia del amparo en caso de pensiones, devengados e intereses se establecieron precisiones a precedentes vinculantes.

Así el TC indicó que podrá demandarse en la vía constitucional el pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses, siempre y cuando la pretensión principal esté vinculada directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión⁹⁸ y además determinó qué pretensiones no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión⁹⁹ a, diferencia de los otros supuestos del fundamento 37 del caso Anicama.

Se establecen 2 precedentes vinculantes, en cada uno de los cuales se establecen reglas sustanciales. Así en el precedente I, las reglas se refieren a la procedencia del amparo para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses:

- a) Dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, la pretensión debe ubicarse y para ello puede demandar el reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía¹⁰⁰ o pensión de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes)¹⁰¹ o aquellos que acrediten la afectación del derecho al mínimo vital o la necesidad de tutela urgente¹⁰², según el fundamento 37.c) del Caso Anicama o que el derecho a la igualdad¹⁰³ ha sido afectado, adicionándose el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y conforme el artículo 1246 del Código Civil, los intereses generados, quien se considere titular de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales.
- b) El juez constitucional si estima la pretensión, deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir más sus intereses, y por la naturaleza

⁹⁸ Fundamento 13

⁹⁹ Fundamento 15

¹⁰⁰ Regla 1

¹⁰¹ Regla 2

¹⁰² Regla 3

¹⁰³ Regla 4

restitutoria del amparo y en aplicación del principio *iuria novit curia*, aunque no hayan sido demandados, de oficio, ordenará el pago de dichos conceptos.

Además, se establecieron 2 reglas más dentro de este precedente 1 relativas al RAC. En ese sentido para el reconocimiento de devengados e intereses en caso que en sede judicial se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión acceso o reconocimiento, o tenga que ver con la afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido-delimitado por el TC en el fundamento 37 del Caso Anicama y no se hubiere ordenado el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil¹⁰⁴, con la finalidad de ordenar su pago, procede.

Como regla sustancial 6, para el reconocimiento de pensiones devengadas, reintegros e intereses cuando verifique que el demandante no es el titular del derecho o que la pretensión no está directamente vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, el RAC, será improcedente.

El precedente vinculante 2, afirma que el precedente 1 será de inmediatamente se aplicará desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano a todos los procesos de amparo en trámite pero que no estén en etapa de ejecución.

4.1.8 Amparo y pensión vitalicia del SCTR y pensión de invalidez

La decisión del TC emitida en el Expediente N° 06612-2005-PA/TC, reitera reglas generales que ya habían sido formuladas como precedentes vinculantes sobre arbitraje en el derecho a la pensión (10087-2005-PA/TC y 00061-2008-PA/TC) y pensión vitalicia y pensión de invalidez.

Ya no requerirá la percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece una enfermedad profesional irreversible originada en la actividad de riesgo que desarrollaba y de igual manera en el caso que luego del cese¹⁰⁵, se presenten secuelas del accidente de trabajo.

Así mismo, el TC declaró que cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad procederá el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 y no procederá reajuste

¹⁰⁴ Regla 5

¹⁰⁵ Fundamento 21

de la pensión de invalidez de la Ley N° 26790, cuando el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez, se incremente.

Estableció además como regla procesal que será improcedente la demanda de amparo si el demandante no presenta el certificado médico que acredite la incapacidad como requisito de procedencia de la demanda de amparo¹⁰⁶ dentro de los 60 días hábiles contados a partir de la fecha del requerimiento, así como también a partir del 19 de enero de 2008, serán improcedentes las demandas, si advierten que el demandante no ha adjuntado el dictamen o certificado médico respectivo¹⁰⁷, a su demanda pidiendo el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

Se establecen las medidas coercitivas por no aplicar los precedentes vinculantes del TC, En ese caso los demandantes pagarán costos y costas cuando interpongan demandas manifiestamente infundadas; se les impondrá a ONP y compañías de seguro las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del CPCo y se les impondrá el pago de una multa a los abogados, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias¹⁰⁸.

4.1.9 *Los intereses por el pago de pensiones no son capitalizables*

El caso Puluche. Cuando una persona solicita el otorgamiento de una pensión de invalidez, jubilación o sobrevivientes del SNP, creado por D. Ley N° 19990, suele transcurrir un lapso de tiempo desde que el pedido hasta el reconocimiento. Esto es lo que se aprecia en el caso Puluche, inmerso en La Sentencia del Expediente N° 02214-2014-PA/TC, expedido el 7 de mayo de 2015.

En ella la controversia tiene que ver con capitalización o no de los intereses legales en materia de pensiones. En este caso, considera razonable el TC que, si en deudas de naturaleza previsional deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del CC, también resulte de aplicación la limitación contenida en el artículo 1249 del CC, por el cual no es capitalizable¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Fundamento 46

¹⁰⁷ Tercera Regla, Fundamento 48

¹⁰⁸ Cuarta Regla, Fundamento 49

¹⁰⁹ Fundamentos 19 y 20

4.1.10 La Sentencia 25/2020, recaída en el Expediente N° 00617-2017-PA/TC

Dentro de la materia previsional, ingresa la sentencia del Expediente N° 00617-2017-PA/TC. En esta decisión, se aprecia que el recurrente interpone demanda de amparo contra la ONP con fecha 14 de abril de 2016, solicitando que la Resolución 16559-2016-ONP-DPR-GD-DL 19990, del 23 de marzo de 2016 sea declarada nula. Dicha decisión de ONP le denegó la pensión de viudez derivada de la pensión de jubilación del régimen del Decreto Ley 19990 que su causante percibía, la que debe otorgársele; al amparo del artículo 53¹¹⁰ del Decreto Ley 19990, incluyendo las pensiones devengadas e intereses legales.

El TC resolvió declarar fundada la demanda por haberse acreditado la afectación a los derechos a la igualdad¹¹¹ y a la pensión; y para ello inaplicó al caso, el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990 en cuanto exigir depender económicamente de su causante, al viudo advirtiendo que la ley ha establecido un tratamiento muy diferente entre el derecho a la pensión de viudez que corresponde a las viudas y el de los viudos¹¹²; declarando un estado de cosas inconstitucional porque existe un tratamiento legislativo desigual en razón de sexo en relación a los requisitos exigidos para el reconocimiento de una pensión de viudez.

El TC estableció que se ha identificado en el presente caso una diferenciación legislativa injustificada por razón de sexo, respecto a los requisitos y condiciones para obtener pensión de viudez, que ha sido repetida en la modificatoria vigente del artículo 53 del Decreto Ley 19990. Así mismo se verificó distintos regímenes previsionales en los que existen similares vicios por razón de sexo, lo que conllevó a declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a dicho tratamiento legislativo y en razón de ello el Poder Legislativo debe adoptar, para corregir dicho estado, las medidas necesarias en el plazo de 1 (un) año lo que implica que entre viudos y viudas debe restablecerse la igualdad, de modo tal que tengan derecho a la pensión de viudez en las mismas condiciones que las viudas, los viudos de las aseguradas. El TC, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto¹¹³, de no hacerlo en dicho plazo, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias.

¹¹⁰ Esta disposición precisa que tiene derecho a la pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de 60 años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de esta, lo que para el TC incurre en una diferenciación arbitraria.

¹¹¹ El TC aplicó el test de igualdad delineado en el Expediente 00045-2004-AI/TC, con el cual examinó la determinación del tratamiento legislativo diferente, esa “intensidad” de la intervención en la igualdad y finalidad del tratamiento diferente; la idoneidad y necesidad, así como la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Este último se hizo ya que la norma es lesiva de los derechos fundamentales al desconocer la supremacía de la Carta magna.

¹¹² Fundamento 15.

¹¹³ Fundamento 42

El tratamiento desigual reside en que la disposición legal que establece el requisito que los hombres, a diferencia de las mujeres, acrediten que hayan estado a cargo de su cónyuge o conviviente, lo que la convierte en una norma lesiva de derechos fundamentales ya que realiza en razón del sexo, un desproporcionado tratamiento diferenciado.

4.2 El Estado de la cuestión del caso Anicama. Su estado actual

La Dra. Marianella Ledesma Narváez, el 31 de julio de 2020, en conferencia de prensa dio a conocer que la ONP se allanó en 150 demandas que unos pensionistas interpusieron en su contra, informando que, en el 2014 hasta 2020, se han presentado 5,144 demandas reclamando el derecho a una pensión y espera que el nivel de desistimientos o allanamientos incremente y contribuir con el plan de descarga que el TC se ha propuesto, para llegar en el tema previsional a la carga cero. A pesar del escenario de pandemia por el virus COVID-19 y sus efectos en la economía de los grupos más vulnerables de la población, como los pensionistas, ha podido conseguir ese logro el tribunal constitucional.

La materia previsional ha sido un tema abordado con regularidad durante este estado de pandemia y emergencia. El Congreso de la República creó la Comisión Especial Multipartidaria encargada de evaluar, diseñar y proponer el proyecto para la reforma integral del sistema previsional peruano al declarar de necesidad pública e interés nacional la reforma de los SNP y SPP por lo que se han presentado una serie de proyectos de ley que tienen por objeto efectuar una reforma constitucional que rediseñe el sistema previsional, así como aquellas disposiciones normativas que han tenido el efecto de que los pensionistas del régimen privado puedan sacar un porcentaje de sus aportes para poder apoyarse en esta etapa de emergencia.

El caso Anicama es un representante relevante dentro de la materia previsional en el que se fijaron criterios jurisprudenciales con carácter vinculante y después de 16 años de su dictado se pretende conocer el estado actual de la cuestión teniendo en cuenta que, a partir de dicho pronunciamiento, el TC, se siguió proyectando en materia pensionaria, en asuntos que en el caso Anicama ya habían sido tratados o a partir de él surgieron otros pronunciamientos.

4.2.1 Por establecer reglas para acreditar el período de aportaciones el TC desnaturaliza la vía del amparo

Anteriormente se ha dado a conocer el caso Alejandro Tarazona Valverde (Sentencia N° 04762-2007-PA/TC), este caso significó un nuevo precedente vinculante que se dictó de

manera posterior al caso Anicama¹¹⁴ y que lo vincula a uno de los elementos que se deben tomar en consideración para el otorgamiento de una pensión por abordar el tema del reconocimiento de aportes.

En el caso Anicama en el fundamento 37 b) se establece qué forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, y dentro de dicho contenido está el supuesto de denegación de la pensión tras haber cumplido con los requisitos de años de aportación y edad de jubilación para ser protegido por la vía de amparo, y si bien se constataron en el caso Anicama los años de aportaciones del demandante, mediante la copia de la Resolución emitida por la ONP, el cuadro de resumen de aportaciones, la copia del certificado de trabajo, no hubo mayor pronunciamiento respecto de cómo se acreditan los aportes de los pensionistas.

Es necesario recalcar que, sumario por naturaleza, es el proceso constitucional de amparo, y en él resulta excepcional la actuación de medios de prueba¹¹⁵ de la afectación de un derecho, en este caso del derecho a la pensión, el TC no tuvo un criterio uniforme al respecto y pasaba de estimar unos reclamos a sancionar en otros su improcedencia, precisamente porque el amparo carece de etapa probatoria y era necesario evaluar los documentos presentados.

La oportunidad se le presenta al TC cuando le llega el caso del Sr. Tarazona Valverde. La Corte Suprema a través de su Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria por ejemplo, había considerado basta con probar la relación de trabajo para la acreditación de los aportes, en reiteradas veces como se deja ver en la Casación N° 1440-2010 Piura, coincidiendo con lo establecido en el caso Alejandro Tarazona Valverde, ya que considera idóneo y suficiente para demostrar dicha relación laboral al certificado de trabajo como medio probatorio pero, no es el único documento que debe ser tomado en cuenta para el reconocimiento de las aportaciones al SNP, según este nuevo precedente que nacería para complementar el caso Anicama.

El Decreto Ley N° 19990 es el eje central del SNP, en él se regula tres tipos de prestaciones: (i) la Pensión de jubilación, que se reconoce en favor del asegurado que cumple la edad avanzada (vejez) prevista por ley; (ii) la Pensión de invalidez, otorgada al asegurado

¹¹⁴ Cabe recordar que en el caso Anicama en el tema del reconocimiento de aportes no se profundizó a nivel del material probatorio que debía ser utilizado para su acreditación, lo que varió en el Caso Alejandro Tarazona Valverde.

¹¹⁵ Mediante la estación probatoria el material probatorio puede ser cuestionado, en el caso del reconocimiento de las aportaciones, el cuestionamiento le correspondería al Estado para ser contrastados por el juzgador. Por tanto, dicha pretensión debe ser discutida en una vía procedimental que le ofrezca una etapa de cuestionamiento, así como sucede con un procedimiento especial de nulidad de la Resolución Administrativa que le negó su pensión de jubilación a un ex trabajador.

con incapacidad física o mental declarada mediante certificado de una Comisión Médica del Estado; y, (iii) la Pensión de sobrevivientes, reconocida siempre que cumplan ciertos requisitos al fallecimiento del pensionista, a determinados familiares del pensionista o asegurado que fallece; comprende a la de viudez, orfandad y ascendientes.

Para tener acceso a cualquiera de dichas pensiones (invalidez, jubilación o sobrevivientes) será necesario la acreditación de una cantidad de años de aportaciones previstos de acuerdo a lo supuestos fijados por ley por parte del asegurado, que, conforme al artículo 7° del Decreto Ley N° 19990, equivalen a un porcentaje de la remuneración asegurable que percibe el trabajador, que representa no sólo uno de los elementos básicos para acceder a alguna de sus prestaciones, sino una de las fuentes principales de financiamiento del SNP¹¹⁶.

El caso Tarazona Valverde desarrolla entre los fundamentos del 6 al 12 la prueba en el proceso constitucional, y reconoce en el amparo la carencia de etapa probatoria pero a la vez establece aplicables a las demandas sobre reconocimiento de aportaciones del SNP las nuevas reglas, pero vulnera la naturaleza sumaria que tiene el amparo porque fuerza la actuación de documentos, así como la exhibición de expedientes administrativos, como comúnmente sucedería en la vía contencioso administrativa que sería la vía ordinaria para este efecto, ya que no le importó lo que él mismo refería, la existencia de adulteraciones y falsificaciones, eludiendo incluso los propios criterios que fijó en la sentencia del caso Anicama.

Por eso, Abanto Revilla sostuvo que los casos de falta de acreditación documentaria en la tramitación de la pretensión de reconocimiento judicial de las aportaciones deberían discutirse en la vía judicial que tenga etapa probatoria porque permitirá el cuestionamiento de las pruebas presentadas mediante tachas, situación que en el proceso de amparo es inviable como fuera reconocido por los primeros fallos del TC. Pero, sentencias que se emitieron con posterioridad (sin la calidad de precedentes, al ser suscritos solamente por tres de sus integrantes) estimaron demandas sustentadas en certificados de trabajo, lo que a la luz de los parámetros fijados por la STC N° 1417-2005-AA/TC (Caso Anicama) debieron ser reencausados por dicho organismo, pues se precisó específicamente lo dispuesto por el literal f) del fundamento 37, que la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse acreditada de forma suficientemente para que en el proceso de amparo exista un pronunciamiento. Sin embargo, el TC optó por habilitar la interposición de estas demandas en

¹¹⁶ El SNP funciona bajo el modelo de reparto, donde las aportaciones de los trabajadores en actividad (asegurados) servirán de base para el pago de los actuales pensionistas (lo que en la práctica se llama solidaridad intergeneracional)

la vía judicial del amparo en lugar de remitir de manera definitiva dichas pretensiones a la sede judicial ordinaria (contencioso administrativo), pese a reconocer la ausencia de una etapa probatoria de dicha sede (Abanto Revilla, 2009), postura que se comparte.

En este aspecto, hubiera sido pertinente que el TC justifique la aplicación de una excepción a dicha regla general en materia de las demandas relativas al reconocimiento de las aportaciones previsionales, máxime si posteriormente (fundamento 22) reconoce la existencia de procesos en los cuales se han presentado documentos falsificados.

4.2.2 Un fallo extra petita en el pago de los intereses generados por pago tardío de pensiones

En la vía constitucional, anteriormente el TC había sostenido que no procede se demande el pago de intereses sin distinción alguna de estos. Pero, el TC en la sentencia emitida en el Expediente N° 05430-2006-PA/TC, cambió de parecer y sostuvo que el pago de intereses generados por una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivencia de cualquier régimen previsional existente, siempre y cuando la pretensión principal esté vinculada de manera directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión¹¹⁷, procederá en la vía constitucional.

Así mismo, existía una discusión complementaria respecto a la fecha de inicio del cálculo del interés, que la sentencia del Expediente N° 05430-2006-PA/TC, zanjó. Esta discusión se planteó porque se entendía que debían calcularse a partir de la fecha de notificación de la demanda, por ser una obligación nacida de un mandato judicial, en aplicación del artículo 1334 del CC pero la sentencia indicada, sostuvo que desde la misma fecha de los devengados, los intereses se debían calcular, al ser un concepto accesorio pero desde la perspectiva procesal se le critica al TC, en tanto ordenaba, que los jueces en las demandas previsionales, deben disponer el pago de los devengados e intereses legales aunque dichos conceptos no hubieran sido incluidos en el petitorio, pues contravenía manifiestamente la prohibición del fallo *extra petita* (Abanto Revilla, 2021).

Sin embargo, en su portal web el 30 de octubre del presente mediante sentencia emitida en el Expediente N° 00962-2015-PA, una demanda de amparo que tenía como objeto el que se otorgue una pensión de jubilación adelantada según el artículo 44 del Decreto Ley 19990 fue declarada fundada, ordenándose el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales, por lo que determinó que no puede negarse la ONP a pagar los intereses

¹¹⁷ Como el acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido que fuera delimitado por el TC en el fundamento 37 del Caso Anicama

generados por pago tardío de pensiones, asignándole el tipo de interés moratorio¹¹⁸ en relación a la vulneración del derecho fundamental a la pensión, al sostener que el derecho a la pensión es de naturaleza alimentaria por lo que su falta de pago de la pensión implica una lesión continuada, que, genera una desazón en los últimos años de vida del aportante/cesante sin jubilación, dado que para la atención de sus necesidades básicas de alimentación, vestido y salud carece de solvencia económica. Entonces, la orden de reparación vía la imputación del pago de intereses moratorios, se sustenta en este hecho.

En ese sentido, la ONP no puede negarse a realizar el pago correspondiente, por lo que debe responder por el pago de los intereses generados por pago tardío (mora), como entidad pública legalmente competente para calificar y otorgar el pago de pensiones del SNP, ella es la responsable de la lesión del derecho fundamental a la pensión. Así mismo el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria fue también comprendido dentro del derecho a la pensión por el TC; situación que implica tener en cuenta el valor monetario vigente a la fecha de su cancelación¹¹⁹, para el pago de una mensualidad.

4.2.3 El cambio de criterio en el acceso a la pensión de viudez del varón

Prevé el derecho a la pensión de viudez el artículo 53¹²⁰ del Decreto Ley N° 19990 del SNP, y por él, tiene derecho el cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y a los viudos se les exige que cumplan requisitos adicionales como que haya sido dependiente de la viuda, entre otros¹²¹ pero si es otorgado a las viudas sólo por dicha condición.

¹¹⁸ Como el pago de pensiones no provienen de acreencias producto de un contrato suscrito a voluntad entre el Estado y el aportante (deudas civiles) ni de una relación laboral, será aquel determinado por el Banco Central de Reserva (BCR) a través de la tasa de interés efectiva, en atención a lo establecido en la Ley precitada 28266” (fundamento 34).

¹¹⁹ “(...) la deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad del adulto mayor, en su forma más básica como lo es la manutención propia. Más aún, si se considera que el derecho a la pensión comprende el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria; situación que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación. No un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. Lo contrario implica generar una política lesiva al principio-derecho de dignidad del adulto mayor, que se traduce en otorgar prestaciones carentes de solvencia en el mercado para la adquisición y pago de cuestiones elementales y básicas” (fundamento 35)

¹²⁰ “Artículo 53.- Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas”.

¹²¹ Que el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta.

El TC desestimaba demandas de amparo¹²² en lo que, a la pensión de viudez del varón se refiere, cuando los viudos solicitaban acceder a la pensión aplicando el artículo 53, contraria a que era contrario a los derechos fundamentales pero era la interpretación y construcción jurisprudencial que se hizo. Así en la sentencia recaída en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC, al evaluar las exigencias al cónyuge varón para el reconocimiento de su pensión de viudez, el TC sostuvo que para acceder a la pensión de viudez es una condición básica, exigirle la acreditación de la dependencia económica de la pensión de viudez de su fallecida cónyuge pues resulta razonable.

Pero, expidió la Sentencia 25/2020 publicándola en su web el 5 de agosto de 2020, la que recayó en el Exp. N° 00617-2017-PA/TC, en la que declaró fundada la demanda por haberse acreditado la afectación a los derechos a la igualdad y a la pensión; inaplicando el Decreto Ley N° 19990 en su artículo 53, porque exige al viudo depender económicamente de su causante; por lo que estableció un estado de cosas inconstitucional en relación a los requisitos exigidos porque el tratamiento legislativo era desigual en razón de sexo, experimentando con ello un cambio de criterio por parte del TC después de 16 años, sustentado en la vulneración del derecho a la igualdad, en el tema del acceso a la pensión del viudo.

Si bien no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión los supuestos de las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, si son susceptibles de protección a través del amparo cuando a pesar de cumplirse con los requisitos legales para obtenerla, se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, porque constituye un caso de acceso a la pensión por lo que se reafirma hasta el momento con este caso, que para que merezca tutela a través del amparo, para el TC, basta que se encuentre comprometido alguno de los componentes del derecho a la pensión.

De la Puente Parodi (2020) respecto del apartamiento del criterio sostiene que, merece una mirada crítica porque se aparta de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004- AI/TC y otros (acumulados), que, consideró constitucional el artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 y que fue adoptada por el TC en Pleno tras un proceso de inconstitucionalidad cuyos efectos son erga omnes y desde el día siguiente a su publicación tiene alcance normativo a diferencia de esta nueva que fue adoptada por una Sala del TC en un proceso de amparo, que sólo tiene efectos inter partes.

¹²² Este criterio se puede apreciar en las Sentencias del TC, emitidas en el Exp 00313-2010-PA/TC, Exp. 02380-2010-PA/TC y Exp. 04045-2016-PA/TC entre otras

En esa línea, como lo propone la sentencia no se trata de restablecer, la igualdad entre viudos y viudas sino de implementar un tratamiento pensionario igualitario entre hombres y mujeres que se encuentren en situaciones iguales o similares, y de ser el caso, para garantizar la igualdad de hecho para las mujeres, establecer medidas en materia de protección social (De la Puente Parodi, 2020), con lo que se está de acuerdo.

4.2.4 La mal utilizada técnica del precedente vinculante

El TC como ya se sostuvo, interpreta una disposición constitucional, lo hará de manera vinculante como supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad, por lo que dicha interpretación tendrá la naturaleza de una norma, concreción inmediata de la norma directamente estatuida en la Constitución, o lo que se conoce como norma constitucionalmente adscripta. El precedente vinculante¹²³ es uno de los modos en como el TC presenta sus interpretaciones siendo una auténtica norma, que resulta de la conjunción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (Tupayachi Sotomayor, 2009).

El recurrir a este modo, no implica hacerlo de cualquier manera sino que a decir de Espinoza Saldaña (2006) se deben respetar unas condiciones como la existencia de una relación entre el caso a resolver¹²⁴ y el precedente vinculante que se busca establecer, además de establecer una decisión jurisdiccional con vocación de cosa juzgada. para establecer un precedente vinculante (o para modificarle) es indispensable la acreditación de los pronunciamientos contradictorios –o, por lo menos, conflictivos– sobre un mismo tema; así mismo la interpretación errónea de una norma, con todas sus consecuencias; o verse sobre una norma con distintas interpretaciones posibles, pero sin acogida en sede jurisdiccional de alguna de dichas interpretaciones o encontrarse ante un vacío normativo. Pero cabe adicionarle, la “necesidad de modificar precedentes” en el caso de cambio de precedentes, que resulta ser un criterio peligrosamente impreciso (Espinoza Saldaña Barrera, 2006, p. 75).

Los fundamentos 5, 7 al 21 de la sentencia del Expediente N° 5189-2005-PA/TC, del 6 de diciembre de 2005, son precedente, en ellos existe una interpretación del TC sobre la aplicación de la Ley N° 23908 (fundamento 5) así como acerca de la pensión mínima según la Ley N° 23908 (fundamentos 8 al 19) y la prohibición de reajuste trimestral automático de acuerdo con la Ley N° 23908 (fundamentos 20 y 21). Acuerda los criterios de la STC 198-

¹²³ Esta es una de las técnicas que el TC utiliza para realizar sus interpretaciones. Como ejemplo de su utilización a parte de los referidos en el texto de esta investigación se tiene el caso Salazar Yarlénque, en el cual estableció el TC que la Administración a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados podrían aplicar el control difuso a pesar de que este control lo entendemos como un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho.

¹²⁴ Si bien se deben de cumplir determinadas condiciones, en el caso Salazar Yarlénque, el TC en dicho caso no cumplió con los requisitos para ser de carácter vinculante.

2003-AC para la aplicación de la Ley N° 23908, durante su periodo de vigencia, a pesar de establecer el precedente vinculante, en los fundamentos 7 y 8 y dispone su observancia obligatoria, que se estableció que se determinaría efectuando el cálculo según el artículo 73°, el monto de la pensión de jubilación. El monto resultante se denominó pensión inicial, al crearse el SNP regulado por el Decreto Ley N.º 19990. Como se aprecia, no es posible concluir regla jurídica de ninguno de estos “fundamentos jurídicos”, ya que se aprecia, en el 7 lo que a continuación realizará el TC y en el 8 lo único que hace el TC es no dar más razón suficiente, que el contenido de un dispositivo legal, incumpliendo las condiciones que lo definen.

Sin embargo, en el caso Tarazona, la precisión dada en esta decisión inicial era que los documentos debían ser presentados en original o copia legalizada, mas no en copia simple, sin más. Sin embargo, tuvo que haber una aclaración posterior por el TC enunciativamente sostuvo que los documentos indicados en el fundamento 26 a de la sentencia pueden ser presentados en copia legalizada o fedateada u original, y en relación a la copia simple¹²⁵, en el proceso de amparo, precisó que ésta no puede generar en el juez suficiente convicción sobre la fundabilidad de la pretensión, por ello el demandante, en principio, los presente en original, copia legalizada o fedateada.

Por tanto, se podrán presentar copias simples, pero como prueba de su pretensión, no serán suficientes. Sí conjuntamente con los documentos en original, copia legalizada o fedateada o documentos pueden presentarse copia simple, y aquí realizará el juez una valoración conjunta de los medios de prueba (Abanto Revilla, 2009), ilustración del TC que es rescatable y resulta útil al establecer qué puede y qué no puede ser presentado como prueba a pesar de haber desnaturalizado el amparo como se señaló en el apartado anterior.

A parte de lo indicado, hay casos en los que el TC declara el precedente vinculante y establece las reglas de derecho, como le llama, como sucedió en el Expediente 7281-2006-PA/TC, del 30 de abril de 2007, en el que indicaba como Regla procesal, que posee la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que con la autoridad de cosa juzgada, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del

¹²⁵ La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la CAS N° 1440-2010-Piura que para la acreditación de los aportes basta con probar la relación de trabajo, en ese sentido, puesto que es un medio probatorio idóneo y suficiente para demostrar dicha relación laboral con los consiguientes aportes. No obstante, de las CAS N° 3533-2010-La Libertad, 4361-2010-Del Santa y 3139-2010-Ica, se advierte que la Sala Transitoria establece determinados requisitos o condiciones a la documentación del actor; así, considera que no se puede otorgar valor probatorio a aquellos certificados en copia simple y con supuesta irregularidad en la firma, en los que sean ilegibles los nombres y cargos de quien los suscriben o exista contradicción en la información.

Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, precisa el extremo de su efecto normativo.

No es el único caso ya que el 18 de diciembre de 2007 se dictó la sentencia en el Expediente N° 6612-2005-PA/TC, relativa a la pensión de invalidez y vitalicia y para dar solución al caso, el TC dictó 10 precedentes vinculantes de los cuales en el fundamento 19 a), 20 a), 21 a), 22 a), 23 a), 24 a), 25 a), 26 a), 27 a) y 28 a) estableció la misma regla procesal acotada.

El hecho que el TC establezca reglas de derecho, dividiéndolas en reglas procesales y sustanciales, puede ser un formato correcto, sin embargo, cuando lo hace, lo que se aprecia es que el TC se aprovecha de que puede formular precedentes vinculantes pero a la hora de hacerlo pierde el norte y no se desprenden verdaderas reglas de derecho procesal, de estas supuestas “reglas procesales” ya que lo único que hace el TC en ellas es repetir lo dispuesto en la norma que le reconoce su competencia para formular en el caso concreto un precedente vinculante.

No se entiende dicho proceder de designar un contenido como algo que no es, como también lo hizo en la sentencia del Expediente N° 61-2008-PA/TC de fecha 28 de enero de 2008, si el TC, ya antes el precedente ha sido definido por él como regla jurídica en un caso particular y concreto y lo establece como regla general; y que, para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga¹²⁶, deviene en parámetro normativo.

El TC también puede modificar precedentes y como garantía de esa eventual modificación de precedentes se exigirá al TC exprese en que se sustenta, es decir, los fundamentos de hecho y Derecho, además, que especifique la razón declarativa-teleológica, suficiente y la invocación preceptiva del nuevo razonamiento; y, por último, los efectos en el tiempo de este pronunciamiento (Espinoza Saldaña Barrera, 2006). Además, de un precedente pueden regularse los efectos, es decir, una eficacia prospectiva, que, según el TC, tiene dos formas de manifestarse. La primera sería que el precedente rija de manera inmediata por lo que afectaría a procesos que están en trámite y a procesos futuros. La segunda forma es determinar que la entrada en vigencia de la modificación hecha a un precedente puede regir en un momento particular (Espinoza Saldaña Barrera, 2006).

En cualquier caso, sostiene Espinoza Saldaña (2006) frente a un precedente, implicará el encontrarse ante similitudes en el plano fáctico entre aquellos casos, los que se van a resolver en el futuro y el que en su momento emana o genera el precedente. También podrá

¹²⁶ Ver nota 38 de la Sentencia expedida en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC

invocársele en los casos cuyas eventuales diferencias no son de tal magnitud como para justificar un trato distinto.

El que aparezca un criterio interpretativo como precedente vinculante indica que el TC envía un mensaje directo a los operadores jurídicos¹²⁷, y señala que esas razones no pueden dejar de considerarse, lo que impide que operadores jurídicos las obviemos pero tampoco al extremo en convertirnos en autómatas.

Sin duda es relevante establecer criterios o pautas de interpretación como lo hace el TC, pero siempre y cuando se ciña a ellas, y no rebase lo que dentro de su marco competencial constitucional y/o legalmente le ha sido atribuido. En el caso de los precedentes vinculantes como serán normas adscriptas, el TC debe justificar el criterio interpretativo, lo que lo obliga a argumentar¹²⁸ señalando los preceptos sobre los cuales pretende establecer un criterio interpretativo vinculante.



¹²⁷ Como operadores jurídicos se debe considerar a jueces y juezas, fiscales, defensoras y defensores públicos, abogados

¹²⁸ El fundamento es vital al momento de establecer el criterio, porque siempre se quiere saber la justificación de quien lo establece. Lamentablemente la justificación o motivación del criterio en varios casos no se ha manifestado de manera desarrollada y sólo se ha recurrido a la norma que le asigna la competencia para hacerlo.

Conclusiones

En relación al Derecho a la Pensión, el caso de Manuel Anicama a dieciséis años de su dación, sigue siendo un precedente significativo porque en él se manifestó la definición de derecho fundamental a partir del sentido de juridicidad y el componente de moralidad que ostentan, se delimitó el contenido del derecho fundamental a la pensión y además se fijaron las reglas de procedibilidad para la tutela de este derecho a través del proceso de amparo, pero que además constituyó una oportunidad de restringir el uso del Amparo pues antes de su dación en el Perú existía una ordinarización de dicho proceso.

Así mismo se concluye que a partir del caso Anicama y las decisiones posteriores que ha tenido el TC, el Proceso de Amparo se erige en la vía necesaria para dar contenido al Derecho a la pensión, distinguiéndose de esta manera como proceso especial para su delimitación que hace que sólo las pretensiones demandadas que pertenezcan al contenido constitucionalmente protegido de este derecho sean acogidas por él en aras de asegurar la plena vigencia que todo el contenido constitucional de un derecho fundamental necesita, y la Sentencia 25/2020 emitida en el Exp. N° 00617-2017-PA/TC, es un ejemplo de ello, muestra que basta que se encuentre comprometido alguno de los componentes del derecho a la pensión para que el TC, le otorgue tutela a través del amparo.

Se concluye que mediante Sentencia N° 04762-2007-PA/TC, Caso del Sr. Tarazona Valverde, el TC pretendió complementar el caso Anicama ya que en éste no hubo mayor pronunciamiento respecto de cómo se acreditan los aportes de los pensionistas y consideró por ello al certificado de trabajo como medio probatorio idóneo y suficiente para demostrar dicha relación laboral pero, no como único documento que debe ser tomado en cuenta para el reconocimiento de las aportaciones al SNP vulnerando la naturaleza sumaria que tiene el amparo porque fuerza la actuación de documentos, así como la exhibición de expedientes administrativos, como comúnmente sucedería en la vía contencioso administrativa que sería la vía ordinaria para este efecto.

Aplicando lo dispuesto respecto al contenido del Derecho a la pensión, en el caso Anicama, el TC en el Expediente N° 05430-2006-PA/TC cambió de parecer respecto a la procedencia de la demanda de pago de intereses generados por una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivencia de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, en la vía constitucional y en esta sentencia sostuvo que procede siempre y cuando esté vinculada de manera directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, la pretensión principal, pero en dicha resolución contravino de manera manifiesta la prohibición del fallo *extra petita* al establecer a la par un mandato a los jueces de disponer el pago de los

devengados e intereses legales en las demandas previsionales aunque dichos conceptos no hubieran sido incluidos en el petitorio.

Si bien los supuestos de las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión como en el caso Anicama se dispuso, se concluye que la Sentencia 25/2020, publicada en la web del TC el 5 de agosto de 2020, y que recayó en el Exp. N° 00617-2017-PA/TC refleja un cambio de parecer del TC en lo que, a la pensión de viudez del varón, se refiere al resolver que cuando se trate de supuestos en los que deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, si son susceptibles de protección a través del amparo, a pesar de cumplirse con los requisitos legales para obtenerla, porque constituyen un caso de acceso a la pensión lo que reafirma hasta el momento, que para que merezca tutela a través del amparo por el TC, basta que se encuentre comprometido alguno de los componentes del derecho a la pensión.

Teniendo en cuenta que de los pronunciamientos posteriores al caso Anicama relacionados con el Derecho a la pensión, se ha podido apreciar que varios de ellos al igual que aquel son precedentes vinculantes, por tanto, supuestas normas adscriptas que forman parte del sistema jurídico peruano que se integraron en el nivel normativo constitucional desde el momento de la concreción normativa que formulara el TC en dichas ocasiones, se concluye que las reglas procesales contenidas en decisiones como las recaídas en el Expediente N° 6612-2005-PA/TC y Expediente 7281-2006-PA/TC no son reglas jurídicas, porque en su contenido sólo se repite la disposición legal que establece la competencia del TC para formular en el caso concreto un precedente vinculante y no se desprenden verdaderas reglas de derecho procesal.

Lista de referencias

- Abad Yupanqui, S. (2004). El proceso constitucional de amparo: Su aporte a la tutela de los derechos constitucionales. *Gaceta Jurídica*.
- Abad Yupanqui, S. (2008). Los derechos tutelados por el amparo. *Revista institucional de la Academia de la Magistratura* (8).
- Abad Yupanqui, S., & Otros. (2004). Código Procesal Constitucional. 66-67. Lima: Palestra.
- Abanto Revilla, C. (2009). La acreditación de las aportaciones del Sistema Nacional de Pensiones a través del proceso de amparo. Las nuevas reglas tras la aclaración de la STC N° 04762-2007-PA/TC. *Actualidad Jurídica* (186).
- Abanto Revilla, C. (2014). El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Abanto Revilla, C. (5 de marzo de 2021). *La Ley*. Obtenido de <http://laley.pe/art/2696/el-pago-de-intereses-en-materia-previsional-no-es-capitalizable>
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Anacleto Guerrero, V. (1998). Manual de seguridad social. Lima: Editorial San Marcos.
- Balaguer Callejón, F. (2003). Fuentes del Derecho. 28. Madrid: Tecnos.
- Bermudez Tapia, L. (2012). El antecedente al tratamiento jurisdiccional en materia previsionaria. *Gestión Pública y Desarrollo*.
- Bidart Campos, G. (1987). La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires: Ediar.
- Castillo Córdova, L. (2003). Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales. Lima: Ara.
- Castillo Córdova, L. (2005). Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica* (139).
- Castillo Córdova, L. (2006). Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica* (155).
- Castillo Córdova, L. (2009). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. En J. Sosa Sacio, *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Córdova, L. (2010). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*.

- Castillo Córdova, L. (2013a). ¿Qué protege el amparo, contenido constitucional o contenido esencial del derecho fundamental? *Revista Jurídica del Perú* (25).
- Castillo Córdova, L. (2013b). La constitución del Estado Constitucional. *Advocatus*.
- Castillo Córdova, L. (2014). Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional. *Gaceta Constitucional* (77).
- Castillo Córdova, L. (2018). Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. *Gaceta Jurídica*.
- De la Puente Parodi, J. (4 de noviembre de 2020). *La Ley*. Obtenido de <https://laley.pe/art/10019/la-proteccion-pensionaria-de-los-viudos-a-partir-de-la-sentencia-252020-del-tribunal-constitucional>
- De Vega García, P. (1996). Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. En A. Pérez Luño, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons.
- Effio Arroyo, B. (2015). La estructura de los derechos fundamentales y su interpretación constitucional. Lima: Thomson Reuters.
- Espinoza Saldaña Barrera, E. (2006). El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana. *Estudios Constitucionales*(1).
- Fernández Sessarego, C. (2006). Defensa de la persona. . En W. Gutierrez, *La constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Figueroa Gutarra, E. (12 de diciembre de 2020). *Semanario Expresión*. Obtenido de <http://www.semanarioexpresion.com/Presentacion/noticia2.php?categoria=Columnas¬icia=719&edicionbuscada=971>
- García Toma, V. (2009). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García Toma, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales . *Derecho & Sociedad*.
- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: EUNSA.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- León Bastos, C. (2010). *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*. Madrid: Tecnológico de monterrey.
- Maldonado Muñoz, M. (2020). Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático). *Revista Derecho del Estado* (47).

- Martinez Pujalte, A. (2000). Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (32).
- Mesía Ramírez, C. (2004). Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nogueria Alcalá, H. (2005). Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. 15-64. *Ius et Parxis*, 15-64.
- Peces-Barba Martínez, G. (1993). Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales. *Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.
- Pérez Luño, A. (2006). La tercera generación de derechos humanos. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- Pérez Luño, A. (2007). Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchis, L. (2007). Derechos fundamentales. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra.
- Rioja Bermudez, A. (12 de julio de 2017). *LP Pasión por el Derecho*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/supuestos-posible-inaaplicar-precedente-vinculante/>
- Salomé Resurrección, L. (2012). Derecho a la pensión. En AAVV, *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Serna Bermudez, P. (1994). Derechos fundamentales : el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información. *Humana Iura* (4).
- Sosa Sacio, J. (2005). Notas sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica* (134).
- Torres del Moral, A. (2005). Interpretación teleológica de la Constitución. *Revista de Derecho Político* (63).
- Tupayachi Sotomayor, J. (2009). Introducción. En AAVV, *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa: Adrus.
- Zagrebelsky, G. (2007). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta.

Lista de sentencias

Expedidas por el TC

Expediente N° 014-2002-AI/TC del 21 de enero de 2002

Expediente N° 1042-2002-AA/TC del 6 de diciembre de 2002

Expediente N° 2209-2002-AA/TC del 12 de mayo de 2003

Expediente N° 0024-2003-AI/TC del 10 de octubre de 2003

Expediente N° 1670-2003-AA/TC, del 26 de abril de 2004

Expediente N° 3548-2003-AA/TC del 28 de junio de 2004

Expediente N° 198-2003-AC del 3 de noviembre de 2004

Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulados) del 3 de junio de 2005

Expediente N° 5854-2005-PA, del 8 de noviembre de 2005

Expediente N° 1417-2005-AA/TC del 8 de julio de 2005

Expediente N° 3330-2004-AA/TC del 11 de julio de 2005

Expediente N° 00045-2004-AI/TC del 29 de octubre de 2005

Expediente N° 3741-2004-PA/TC del 14 de noviembre de 2005

Expediente N° 5189-2005-PA/TC del 6 de diciembre de 2005

Expediente N° 0168-2005-PC TC del 29 de diciembre de 2005

Expediente N° 9381-2005-PA/TC del 26 de junio de 2006

Expediente N° 7281-2006-PA/TC del 30 de abril de 2007

Expediente N° 02713- 2007-HC/TC del 23 de noviembre de 2007

Expediente N° 06612-2005-PA/TC del 18 de diciembre de 2007

Expediente N° 06218-2007-PHC/TC, del 17 de enero de 2008

Expediente N° 61-2008-PA/TC del 28 de enero de 2008

Expediente N° 04762-2007 -PA/TC del 22 de septiembre de 2008

Expediente N° 05430-2006-PA/TC del 24 de septiembre de 2008

Expediente N° 00313-2010-PA/TC del 10 de septiembre de 2010

Expediente N° 02380-2010-PA/TC del 21 de octubre de 2010

Expediente N° 02556-2012-PA/TC del 27 de septiembre de 2012

Expediente N° 04293-2012-PA/TC del 18 de marzo de 2014

Expediente N° 02214-2014-PA/TC del 7 de mayo de 2015.

Expediente N° 04045-2016-PA/TC del 14 de septiembre de 2017

Expediente N° 00962-2015-PA del 28 de noviembre de 2017

Expediente N° 00617-2017-PA/TC del 18 de diciembre de 2019

Expediente N° 00962-2015-PA, del 30 de octubre del 2021

Expedidas por la Corte Suprema de la República del Perú

CAS. N° 6053-2010-Lima del 26 de junio de 2012

CAS N° 1440-2010-Piura del 16 de agosto de 2012

CAS N° 2815-2010-Lima del 25 de septiembre de 2012

CAS N° 3139-2010-Ica del 10 de octubre de 2012

CAS N° 3369-2010-Arequipa del 11 de octubre de 2012

CAS N° 3533-2010-La Libertad del 17 de octubre de 2012

CAS N° 4361-2010-Del Santa del 21 de noviembre de 2012

