



¿INTERPRETACIONES NO VINCULANTES DE UN “SUPREMO
INTÉRPRETE”? REFLEXIONES SOBRE EL ROL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE
MODIFICACIÓN DE SU REGLAMENTO NORMATIVO

INTERPRETATIONS OF A NON-BINDING “SUPREME INTERPRETER”?
REFLECTIONS ON THE ROLE OF PERUVIAN CONSTITUTIONAL
COURT, A PURPOSE OF AN AMENDMENT TO ITS LEGAL
RECENT REGULATION

Luciano López Flores

llopez@jvr.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Recibido: 18 de noviembre de 2015

Aceptado: 6 de diciembre de 2015

SUMARIO

- Introducción
- Reglas de quórum y de votación
- ¿Cómo se organizan, bajo el actual ordenamiento, los fallos del TC?
- Reflexiones finales: si el modelo normativo actual coloca al TC como el “supremo intérprete de la Constitución”, ¿son coherentes su tipología de fallos y sus reglas de quórum y de votación?

RESUMEN

Este ensayo toma como base la modificación del artículo 10° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional peruano para analizar un problema de fondo: las distinciones entre los tipos de sentencias que dicta el Tribunal Constitucional (precedentes vinculantes, jurisprudencia constitucional, sentencias interpretativas). Se sostiene que dicha distinción debilita la categoría y el rol de máximo intérprete de la Constitución que ostenta en la actualidad el Tribunal Constitucional. Y se argumenta que la tipología de fallos es contradictoria con ese rol.

ABSTRACT

This paper builds on the amendment of Article 10 of the Normative of the Peruvian Constitutional

Court to analyze a problem: the distinctions between the types of decisions handed down by the Constitutional Court (binding precedent, constitutional jurisprudence, interpretative rulings). It is held that this distinction undermines the status and role of Supreme Interpreter of the Constitution which currently holds the Constitutional Court. And it is argued that the type of decisions is inconsistent with that role.

PALABRAS CLAVES

Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, precedentes vinculantes, jurisprudencia constitucional, sentencias interpretativas

KEYWORDS

Constitutional Court, Supreme Interpreter of the Constitution, binding precedents, constitutional jurisprudence, interpretative rulings

INTRODUCCIÓN

El pasado 14 de octubre, el Tribunal Constitucional (TC) publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución Administrativa N.º 138-2015P/TC que modifica el texto del artículo 10.º de su reglamento normativo.

En realidad, al texto anterior¹ se le agregó un penúltimo párrafo que dice lo siguiente:

Para aprobar un precedente y para establecer, con carácter vinculante, interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley, conforme a la Constitución, se requieren cuatro votos en un mismo sentido resolutorio.

Esta modificación reglamentaria suscitó un debate tanto de coyuntura política como académica. Así, en lo que concierne al primer plano, el entonces presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Óscar Urviola defendió la modificación normativa y aclaró que no tendría impacto en el fallo que dictaría el TC sobre el caso de la primera dama Nadine Heredia (América Noticias, 2015); mientras que destacados juristas como los profesores César Landa (La Ley, 2015), Ernesto Álvarez (Radio Exitosa, 2015) y Víctor García Toma (Diario Expreso, 2015) argumentaron que la modificación es inconstitucional, irregular e inconveniente.

Pues bien, en este breve trabajo voy a ocuparme del plano académico, como corresponde. Y voy a trasuntar por dos espacios de análisis: en el primero, recurriré a la interpretación de las normas constitucionales y legales aplicables para desentrañar si existe alguna posibilidad de establecer la *constitucionalidad* de la modificación reglamentaria, en la medida que no debe olvidarse que la *inconstitucionalidad* es, siempre, la *última ratio* como así lo reconoce la jurisprudencia constitucional² y la Segunda

1. El texto anterior era el siguiente:
Resoluciones y acuerdos del Pleno
Artículo 10.º. El quórum del Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Pleno del Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos,

salvo para resolver la inadmisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.

2. En los fundamentos 3 y 4 de la STC N.º 01680-2005-PA/TC (caso Jorge Luis Borja Urbano), el Tribunal Constitucional dijo al respecto:

3) Dadas las consecuencias que su ejercicio pueda tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la *última ratio* a la que un juez debe apelar (STC N.º 0141-2002-AA/TC, Fund. Jur. N.º 4. c.; STC N.º 0020-2003-AI/TC, Fund. Jur. N.º 5), ya que: Los jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que

Disposición Final de la Ley Orgánica del TC, Ley N.º 28301 (LOTIC)³. En el segundo, me abocaré a un problema que considero de fondo: ¿en el Perú vamos a tomar en serio que el TC es el “Supremo Intérprete de la Constitución”? Planteo de saque esta pregunta porque cuando la ley y la doctrina nacional desarrollan distinciones entre los fallos del TC (precedentes vinculantes, jurisprudencia constitucional, sentencias interpretativas) lo que logran, en mi concepto, es debilitar la categoría y el rol de máximo intérprete de la Constitución que ostenta en la actualidad el TC. Argumentaré que la mencionada “tipología” de fallos resulta contradictoria con ese rol. Finalmente, concluiré con algunas reflexiones sobre lo tratado en este breve ensayo.

REGLAS DE QUÓRUM Y DE VOTACIÓN

El profesor César Landa ha señalado que el párrafo incorporado al artículo 10.º del reglamento normativo del TC es inconstitucional porque “*atenta contra la ley orgánica de la institución, pues precisa un aspecto no contemplado por esta última*” (La Ley, 2015). Y agrega que:

Contraviene lo dispuesto por el artículo 200.º de la Constitución, donde señala que es una ley orgánica la que regula las garantías constitucionales y los sistemas procedimentales, incluyendo el sistema de votación correspondiente. El rango de una ley orgánica es superior al de un reglamento. Por tanto, no corresponde que, a través de un reglamento, se supla un vacío de la ley orgánica.

Nótese que el profesor Landa sustenta su tesis en la existencia de un supuesto vacío legislativo en cuanto a las reglas para dictar un “precedente vinculante” o una

estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional, conforme lo dispone la segunda Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.

4) Por tanto, la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado”.

3. “SEGUNDA. Los jueces y tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

“jurisprudencia vinculante” (arts. VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Sin embargo, si bien es cierto que el Código Procesal Constitucional (CPC) no contempla regla alguna para la producción de precedentes vinculantes (PV) o jurisprudencia vinculante (JV); olvida el profesor Landa que el artículo 5.º de la LOTC⁴ contiene reglas de quórum y de votación que vale la pena revisar para detectar si calza en lo que ahora “reglamenta” la Resolución Administrativa N.º 138-2015P/TC.

Del contenido del citado artículo 5.º de la LOTC se desprenden las siguientes reglas de quórum y votación: (i) El quórum del TC es de cinco (5) de sus miembros; (ii) El TC, en Sala Plena, “resuelve” y “adopta acuerdos” por mayoría simple de votos emitidos; (iii) La regla anterior no es aplicable cuando corresponda resolver la “inadmisibilidad” de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco (5) votos conformes; (iv) Si la votación de la causa de inconstitucionalidad no alcanza los cinco votos conformes, se declara *infundada* la demanda; (v) Si la causa corresponde a un proceso constitucional de la libertad y es vista por una Sala (compuesta por tres magistrados), siempre se requieren tres (3) votos conformes para sentenciar.

4. “Artículo 5.º. Quórum

El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

En ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver. Los magistrados son irrecusables, pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro. Los magistrados tampoco pueden dejar de votar, debiendo hacerlo en favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten juntamente con la sentencia, de conformidad con la ley especial.

Para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos Salas con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16.º de esta Ley, cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia se llama a los miembros de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al presidente del Tribunal”.

Como se aprecia, la regla de quórum es única: cinco magistrados presentes en la vista y consecuente votación. Para las causas de inconstitucionalidad, la regla de votación es sumamente clara: cinco votos conformes en favor de la inconstitucionalidad. Si no se obtiene esa votación, la demanda es declarada infundada.

Sin embargo, la regla de quórum y votación cambia en el resto de procesos constitucionales según se trate de protección de la libertad (*habeas corpus*, amparo, *habeas data*, cumplimiento) o del competencial. El siguiente gráfico así lo muestra:

Gráfico 1

	Quórum	Votación simple
Pleno	7	4
	6	4
	5	3
Sala	3	3

Como se aprecia, cuando un proceso constitucional de la libertad o uno competencial es visto por el Pleno del TC, apréciase que la regla de votación por mayoría simple que establece el artículo 5.º de la LOTC arroja como resultado que frente a un quórum mínimo de cinco magistrados que vieron la causa, esta se resuelve con tres votos conformes. Si el quórum es absoluto o de seis magistrados, la sentencia se forma con cuatro votos conformes. En los casos en que las causas exclusivas de procesos constitucionales de la libertad sean vistas por las Salas del TC, el quórum es absoluto: tres magistrados y la sentencia se forma con tres votos conformes.

Pero, ¿en qué tipo de procesos se dicta un PV o una JV? Como ya se ha señalado (López, 2015, pp. 212-213), se sostiene que solo se dictan al resolver un proceso constitucional de la libertad, puesto que en los procesos competenciales y de inconstitucionalidad, respectivamente, las sentencias que ponen fin al proceso son vinculantes “para todos los poderes públicos”, como así lo disponen

los artículo 82.^{o5} y 113.^{o6} del CPC. De allí que con las reglas mostradas en el Gráfico 1, una sentencia dictada por el Pleno del TC en un proceso competencial, cuyo efecto es vinculante por mandato legal, si fue vista por el quórum mínimo podría formarse con tres (3) votos conformes.

Cabe resaltar –antes de continuar– el análisis que cuando el Pleno del TC (no una Sala) toma la decisión de categorizar que determinadas reglas sean un PV, conforme lo establece el artículo VII del Título Preliminar (TP) del CPC, está obligado a especificarlas con precisión, mientras que cuando simplemente falla sin consagrar regla explícita alguna, esta forma una JV en la medida que como bien reza el último párrafo del artículo VI del TP del CPC:

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

De allí que coincida con Grández (2008) cuando dice que PV y JV se distinguen por quién selecciona la *ratio decidendi* o regla vinculante. En el primero será el TC, mientras que en el segundo “*la tarea de distinción entre ratio o holding y obiter dictum, ha sido dejada*

para los operadores jurídicos, y dentro de estos, al juez que deberá utilizar los criterios de selección que proporciona el derecho comparado” (pág. 8). Por ello es que —en mi concepto— constituye una práctica inadecuada o *contra legem* aquella que el TC realiza en algunos casos en los que emite sentencia y selecciona determinados fundamentos de la resolución dándoles categoría de JV en mérito a lo dispuesto por el artículo VI del TP del CPC⁷, cuando dicha práctica corresponde —por mandato expreso del artículo VII del acotado TP del mismo Código— a los PV.

Así las cosas, nótese que de todo lo analizado hasta aquí surge la siguiente interrogante: ¿puede decirse que cuando el TC, en un proceso constitucional de la libertad, falla haciendo justicia sobre el caso concreto y, a su vez, dicta un PV, está tomando dos decisiones? Considero que sí porque una cosa es la función de resolver el caso concreto e impartir justicia (la cual resulta inexorable) y otra, muy distinta, es la de establecer que determinadas reglas tengan la categoría de PV. Así, el TC resolverá la causa estimando o desestimando la demanda. Esa es la primera decisión. Y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo VII del TP del CPC, si decide establecer reglas vinculantes para todos los operadores jurídicos deberá consignarlas expresamente. Esa es una segunda decisión. En consecuencia, planteado así el problema se abre otra interrogante: esta doble decisión que se toma al resolver un caso concreto, ¿está regulada en el ordenamiento jurídico vigente?

5. Código Procesal Constitucional Artículo 82.^o. Cosa juzgada

Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104.^o.

La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código^o.

6. Código Procesal Constitucional Artículo 113.^o. Efectos de las sentencias

La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.

Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas.

Pese a que en la entrevista citada, el profesor Landa no precisa si su afirmación de inconstitucionalidad de la modificación reglamentaria materia de análisis se basa en la distinción de dos decisiones al resolver una causa propia de un proceso constitucional de la libertad; asumamos, por un instante, que es esta distinción fáctica la base de su afirmación. Si así fuera, podría argumentarse que si bien el artículo 5.^o de la LOTC establece reglas de votación (mayoría simple) solo para “resolver” la causa —es decir, para tomar una decisión haciendo justicia en el caso concreto— sin embargo, dicho dispositivo legal guarda silencio respecto a las reglas de votación para decidir que determinados fundamentos de la sentencia (*ratio decidendi*) o la consignación

7. Por citar tan solo algunos casos, véase la STC N.º 04058-2012-PA/TC o la reciente RTC N.º 02214-2014-PA/TC dictada por la actual composición de magistrados del TC.

expresa de reglas específicas en la sentencia, tengan la categoría de PV. Insisto, si esta fuera la distinción, tendría sentido la tesis del profesor Landa de que la modificación reglamentaria es inconstitucional en la medida que pasa por encima de una ley (orgánica) al regular una materia que aquella no contiene.

Sin embargo, la tesis esbozada en el párrafo anterior no tiene bases sólidas. En efecto, resulta evidente que, en la práctica, el TC, cuando dicta un PV e, incluso, equivocadamente otorga categoría de JV a determinados fundamentos de una sentencia (ya hemos visto, insisto, que una JV se caracteriza, legalmente, porque las reglas no se escriben), toma dos decisiones en un caso concreto: aquella por la cual hace justicia en dicha causa y aquella en la que toma la decisión de que determinada *ratio decidendi* sea vinculante. Y también desde una perspectiva práctica, son escasos los fallos en los que los magistrados evidenciaron la distinción en la votación para resolver la causa de aquella referida a dictar un PV, como así aconteció con el “auto de aclaración” del polémico precedente Rosalía Huatuco en el que señalaron que la “práctica jurisprudencial” es de cinco votos conformes para dictar un PV⁸, aunque dicha práctica no siempre fue continua dado que existen casos como el de la STC N.º 3774-2004-HC/TC, en cuyos fundamentos 33 y 34 se especificaron reglas vinculantes contenidas en dicha sentencia y que fueron elevadas a categoría de PV, a pesar que el fallo fuera dictado por una Sala compuesta por tres magistrados.

Siguiendo esta lógica, apréciase que cuando la modificación reglamentaria materia de análisis dice: “*Para aprobar un precedente y para establecer, con carácter vinculante, interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley, conforme a la Constitución, se requiere cuatro votos en*

un mismo sentido resolutivo”, pareciera que se ha querido regular la regla de votación para aprobar el dictado de un PV. Pero, ¿se ha dictado esta disposición reglamentaria para establecer una regla ausente en la LOTC y en el CPC o ha precisado la regulación contenida en el artículo 5.º de la LOTC? Al menos de lo que fluye del texto del primer párrafo del citado artículo 5.º de la LOTC, existe una misma regla de votación en el Pleno del TC para “resolver” y “adoptar acuerdos” en los procesos constitucionales de la libertad y competenciales: por mayoría simple. Mediante la decisión resolutoria se “resuelve” –valga la redundancia– el caso concreto, mientras que con la “adopción de acuerdos” se pueden tomar decisiones como las de crear un PV a partir de la *ratio decidendi* usada para resolver un caso concreto. Así, resultan aplicables las reglas de quórum y votación por mayoría simple que se recogen en el Gráfico 1.

De esta manera, nótese que dictar un PV no es un acto *resolutivo* en sí mismo. Para dictarlo, se requiere un *acuerdo* dado que sería el instrumento idóneo para dictar las reglas generales que aprueban el PV. Y también del texto del primer párrafo del artículo 5.º de la LOTC, se desprende que los “acuerdos” solo los dicta la “Sala Plena” (Pleno) del TC, con lo cual queda descartada la probabilidad de que una Sala integrada por tres magistrados pueda aprobar un “acuerdo” mediante el cual dicte un PV, como aconteció alguna vez con la citada STC N.º 3774-2004-HC/TC. Es más, de la lectura de los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa Saldaña-Barrera contenidos en la Resolución Administrativa N.º 138-2015-P/TC que aprobó la modificación reglamentaria materia de análisis, se aprecia que todos ellos distinguen entre “resolución” y “acuerdo” y aceptan que ambas decisiones tienen una misma regla de votación en el primer párrafo del artículo 5.º de la LOTC, siendo el “acuerdo” el instrumento para dictar un PV⁹.

8. En los fundamentos 6 y 7 del Auto del TC N.º 5057-2013-PA/TC, dijo el TC lo siguiente: 6) *Se ha cuestionado también la aplicación temporal de las reglas jurisprudenciales contenidas en los fundamentos 21 y 22, específicamente la aplicación inmediata del precedente a los procesos en trámite, toda vez que en el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez se manifiesta su disconformidad con la aplicación inmediata del precedente, debiendo serlo solo para los nuevos casos que se presenten una vez publicada la sentencia. Ello planteaba la interrogante de si existían los votos suficientes para que tales reglas jurisprudenciales fueran consideradas como precedente.* 7) *Sobre el particular, cabe precisar, en primer término, que si bien no existe en la actualidad una norma que de modo expreso establezca la cantidad de votos necesarios para la formulación de un precedente del Tribunal Constitucional, ha sido una práctica jurisprudencial reiterada y razonable que dicho precedente se instaure, mínimamente, con cinco votos*” (subrayado agregado).

9. El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera dice al respecto en su voto singular: *Es dentro de este escenario en el cual corresponde analizar la propuesta hecha por el colega magistrado que lleva a consagrar en el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional normativamente la exigencia de cuatro votos para establecer un precedente. Y es que si la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano en su artículo 5.º consagra como pauta la existencia de cuatro votos conformes para llegar a acuerdos en el Pleno y solamente en forma taxativa prescribe dos supuestos distintos, resulta razonable pensar que un precedente [el cual finalmente debe ser siempre entendido como un acuerdo del Pleno del Tribunal y no de una Sala en particular, por la vinculatoriedad de la interpretación que plantea] pueda emitirse si se cuenta con cuatro votos conformes en un sentido*” (subrayado agregado).

Sin embargo, llama mi atención que la posición mayoritaria del Pleno del TC que dictó la modificación reglamentaria en comento haya establecido el requerimiento de cuatro votos conformes para dictar un PV, cuando esa regla solo sería conforme con el artículo 5.º de la LOTC si el quórum de magistrados en el Pleno del TC que vieran la causa sea de siete o seis. Si es de cinco, la regla de votación por mayoría simple sería de tres votos conformes. Por tanto, la modificación reglamentaria no será inconstitucional por los motivos señalados por el profesor Landa y otros distinguidos juristas que sostienen que dicha norma regula un aspecto “no previsto” en la LOTC o en el CPC (con lo cual se arroga competencias que solo están reservadas para el legislador orgánico¹⁰) o por otras tesis que sostienen que dicha modificación contraría el “*principio democrático y el del self restraint que disciplinan el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en un Estado de Derecho*”, como me lo indicó en las redes sociales mi distinguido amigo y colega de la PUCP, el profesor Heber Joel Campos Bernal.

En mi concepto, lo que es inconstitucional es uno de los sentidos interpretativos de la modificación reglamentaria materia de análisis. Y es que cuando la disposición dice que un PV o una JV se aprueba con cuatro votos conformes, será constitucional tal lectura del dispositivo reglamentario cuando el quórum de magistrados en el Pleno del TC sea mayor de cinco, conforme lo señala el artículo 5.º de la LOTC. Y, en sentido contrario, tendrá sentido interpretativo *inconstitucional* cuando dicha regla de votación se exija en casos en los que el quórum del Pleno del TC sea de cinco magistrados, en cuyo caso, estará confrontando con lo dispuesto por el acotado artículo 5.º de la LOTC. Repárese en que hablo de *sentidos interpretativos* en la medida que como lo indiqué al inicio, la *inconstitucionalidad* es la *última ratio* y se requiere buscar sentidos acordes con la Constitución, como así lo ha puesto en relieve el TC en los fundamentos 3 y 4 de la STC N.º 0008-2012-PI/TC.

A diferencia de Cavani y Dyer (2015), no considero que la modificación reglamentaria

10. Aunque mis amigos, los profesores Renzo Cavani y Edward Dyer (2015) señalan que la modificación reglamentaria en comento no viola la reserva de ley orgánica, en la medida que el artículo 200.º de la Constitución consagra una “reserva parcial”. Y es que, en concepto de estos juristas, el artículo 3.º de la LOTC autoriza a que el TC dicte reglamentos para su propio funcionamiento.

analizada sea susceptible de un simple “control de legalidad” para verificar que esta sea acorde con lo dispuesto por el artículo 5.º de la LOTC. Creo que se trata de un auténtico control de constitucionalidad en la medida que el citado artículo 5.º de la LOTC hace *bloque de constitucionalidad* con el antepenúltimo párrafo del artículo 200.º y con el artículo 202.º de la Constitución, puesto que complementa ambas disposiciones constitucionales (relativas a los diversos procesos constitucionales y las competencias del TC en torno a dichos procesos) al establecer las reglas de quórum y votación de la toma de decisiones al interior de los diversos procesos constitucionales que conoce el TC. Se trata, pues, de un control constitucional *indirecto* que el TC ha establecido en su jurisprudencia¹¹.

Vistas así las cosas, si se cuestiona la “inconveniencia” o “inconstitucionalidad” de la regla de mayoría simple aplicada al quórum de cinco magistrados en el Pleno del TC que da como resultado tres votos conformes, entonces la mira debe apuntar a lo que consigna el primer párrafo del artículo 5.º de la LOTC que desde que está en vigencia (1 de diciembre de 2004) contiene esta regla de votación que, hasta hoy, nadie —entendiendo— había objetado. La discusión se ha dado a partir de la modificación reglamentaria analizada, cuando en realidad el problema es si la regla de mayoría simple que facultaría a que un PV se dicte con tres votos conformes tiene su génesis en el referido artículo 5.º de la LOTC y, en todo caso, la “práctica jurisprudencial”, al parecer, ha ido en sentido contrario al contenido de esa norma orgánica.

11. En los fundamentos 128, 129 y 130 de la STC N.º 00047-2004-AI/TC, el TC dijo lo siguiente:

128) Por ello, en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango. 129) Como se precisó en la STC N.º 0041-2004-AI/TC, con cita de la STC N.º 0007-2002-AI/TC, efectivamente, “[...] en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional [...]. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido: por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”. 130) Por esa razón se sostuvo que tales normas “[...] formarán parte del denominado ‘bloque de constitucionalidad’, a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*. En estos casos, las normas delegadas actúan como normas interpuestas, de manera tal que su disconformidad con otras normas de su mismo rango, que sean impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, desencadena la invalidez constitucional de estas.

No obstante, hay otros aspectos emparentados con esta discusión que vale la pena referir y ahondar en el análisis.

¿CÓMO SE ORGANIZAN, BAJO EL ACTUAL ORDENAMIENTO, LOS FALLOS DEL TC?

Anteriormente señalé que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 82.º y 113.º del CPC (*supra* notas 5 y 6), las sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad y competencial, respectivamente, son vinculantes. Y de acuerdo con el artículo 5.º de la LOTC, mientras que para sentenciar procesos de

inconstitucionalidad existe una regla de votación calificada (cinco votos conformes), para hacer lo propio en procesos competenciales la regla es de votación simple, de tal forma que en estos casos cuando el Pleno del TC cuente con un quórum de cinco magistrados podrá dictar sentencia con tres votos conformes y ser vinculante por imperativo del artículo 113.º del CPC.

En ese sentido, desde el plano formal, no hay espacio para que se interprete, válida y razonablemente, que tanto el PV como la JV a que se refieren los artículos VI y VII del TP del CPC operen en los procesos de inconstitucionalidad y competencial. No es posible, por imperativo, repito, de lo que disponen los artículos 82.º y 113.º. Sería un contrasentido.

Aunque expresamente no se encuentre prevista en el ordenamiento jurídico vigente la figura de las denominadas *sentencias interpretativas*, el TC ha entendido en su jurisprudencia que estas encuentran su fuente en los artículos 75.º, 81.º y 82.º del CPC y en su rol de “Supremo Intérprete” de la Constitución que le confiere el artículo 1.º de la LOTC¹².

12. Al respecto, por todas, véase la STC N.º 0032-2010-PI/TC que en sus fundamentos 6.º, 7.º y 8.º, el TC dijo:

6) De otro lado, cabe interpretar que cuando el artículo 81.º del CPC., establece que “[l]as sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian”, por “normas” no se debe entender solamente el texto de los preceptos impugnados, sino, eventualmente, determinados sentidos interpretativos a ellos atribuibles, de forma tal que lo que queda “sin efecto” no necesariamente es el texto de la disposición impugnada, sino tan solo algunos de sus sentidos interpretativos. De hecho, como quedó dicho, es ello lo que suele ocurrir cuando el Tribunal Constitucional emite una sentencia interpretativa. 7) Los preceptos analizados (75.º y 81.º del CPC.) permitirían sostener que no se encuentra absolutamente proscrita la posibilidad de que el objeto de la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad consista en la emisión de una sentencia interpretativa; máxime si se toma en cuenta que, dada la calidad de supremo intérprete de la Constitución del Tribunal Constitucional (artículo 1.º de la Ley N.º 28301 –Ley Orgánica

No obstante, estas operan en los procesos de inconstitucionalidad. Así lo demuestra, por un lado, la experiencia comparada de los Tribunales Constitucionales alemán, austriaco, italiano y español (Eguiguren, 2008, p. 325), caracterizados por la práctica del control concentrado y no difuso; y, por otro, la propia jurisprudencia del TC peruano como así lo pone en relieve en los fundamentos 29 y 30 de la reciente STC N.º 00012-2014-PI/TC en la cual el TC hace un recuento jurisprudencial en el que se aprecia que solo se han dictado este tipo de sentencias, fundamentalmente, en los procesos de inconstitucionalidad¹³, aunque no

del Tribunal Constitucional-) y de conformidad con el artículo 82.º del CPC., sus interpretaciones resultarían vinculantes para todos los poderes públicos, lo cual contribuiría a dotar de predictibilidad a la aplicación del sistema jurídico. 8) Empero, el Tribunal Constitucional considera que dicha posibilidad resulta claramente excepcional. La razón de ello estriba, fundamentalmente, en que en el marco de un proceso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio de la competencia para expulsar del ordenamiento jurídico los preceptos con rango de ley que se juzgan inconstitucionales, mas no para interpretarlos de conformidad con la Constitución. Esta última es una competencia que in suo ordine ejercen todos los poderes públicos. En consecuencia, pretender que el proceso de inconstitucionalidad se convierta en un proceso orientado, por antonomasia, a interpretar una disposición con rango de ley de conformidad con la Constitución, sin la procura, en definitiva, de que sea expulsada del ordenamiento jurídico, significaría desvirtuar la finalidad última para la que ha sido concebido, exigiendo a este Tribunal el ejercicio de una competencia que, en estricto, puede (y debe) ejercer cualquier órgano del Estado en el desarrollo de sus respectivas funciones. Dicho de otra manera, asumir como regla la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional para solicitarle el ejercicio de una labor hermenéutica que cualquier poder público debe ejercer, es a todas luces un despropósito”. Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html> Consulta: 13.11.2015

13. Ha dicho el TC:

29) Este Tribunal Constitucional, siguiendo la tipología de sentencias desarrolladas en la jurisprudencia comparada, ha recogido una variedad de fórmulas intermedias entre la simple anulación de una ley o su confirmación de constitucionalidad (Vid STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3). Tales fórmulas se han desarrollado en el marco de la colaboración que corresponde a los poderes del Estado en la defensa de los derechos fundamentales y la primacía constitucional. Estos mecanismos de colaboración han permitido no solo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido, a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad. 30) A modo de ejemplo puede rescatarse en este sentido: a) Sentencias interpretativas propiamente dichas: STC 0004-1996-AI; STC 0014-1996-AI; STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI (acumulados); STC 0019-2005-PI; b) Sentencias reductoras: STC 0015-2001-AI / 0016-2001-AI / 0004-2002-AI (acumulados); SIC 0010-2002-AI; c) Sentencias aditivas e integrativas: STC 0006-2003-AI; STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI (acumulados); d) Sentencias exhortativas y de mera incompatibilidad: STC 0009-2001-AI; STC 0010-2002-AI; STC 0023-2003-AI. Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00012-2014-AI.pdf> Consulta: 13.11.2015

se ha descartado su uso en los competenciales¹⁴. En consecuencia, dado que las *sentencias interpretativas* operan en este tipo de procesos, por un lado, les serán aplicables las reglas de votación calificada cuando sean expedidas en los procesos de inconstitucionalidad; y, por otro, les será aplicable la regla de votación simple cuando se dicten en procesos competenciales.

Vistas así las cosas, el PV y la JV solo operarían, por descarte, en los procesos constitucionales de la libertad: *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, cumplimiento. Pero eso no es todo. Además, surgiría una gran diferencia en cuanto a la aplicación de las reglas de votación que dispone el artículo 5.º de la LOTC, puesto que como ya lo he dicho antes, un PV solo puede dictarlo el Pleno del TC coetáneamente a la resolución del caso concreto de un proceso constitucional de la libertad. En consecuencia, su regla de votación es siempre por mayoría simple.

Pero aún surgiría otra interrogante: ¿qué categoría o clasificación podría dársele a aquellos fallos expedidos por el Pleno del TC en los que no se hubiera adoptado el acuerdo de otorgarle la categoría de PV o JV e, incluso, a los que dicten alguna de sus Salas y en cuya fundamentación se adviertan criterios de interpretación constitucional (*ratio decidendi*) de alcance general que trasciendan la solución del caso concreto?

La repuesta pareciera estar en lo que afirma un sector de la doctrina sobre los “grados de vinculatoriedad” de los fallos del TC peruano. Uno que sostiene esta tesis es el profesor César Landa (2013) quien ha definido ese grado de vinculación en los siguientes términos: “Como tener que (*müssen*) acatar las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes, como deber (*sollen*) de cumplir con los precedentes vinculantes y como poder/deber (*können*) de seguir la doctrina jurisprudencial” (p. 1015). Y agrega el distinguido jurista que los dos primeros tipos de sentencia

Se integran a las fuentes del Derecho, como fuente-normativa que está caracterizada por gozar de fuerza de ley activa —al expulsar una norma legal, llenar un vacío normativo u otorgar un sentido interpretativo— o fuerza de ley pasiva al resistir su modificación por otra sentencia que no provenga del propio supremo intérprete de la Constitución. Pero, por otro lado, al tercer tipo de sentencia se integra como fuente-argumentativa caracterizada por gozar de fuerza activa y pasiva, pero a nivel hermenéutico o interpretativo, es decir, cediendo un margen de apreciación al Juez acerca de su carácter vinculante (ibídem, 2013, p. 1015).

Lo cierto es que todo este panorama complejo puede resumirse y apreciarse en dos gráficos. Veamos, en primer lugar, el Gráfico 2:

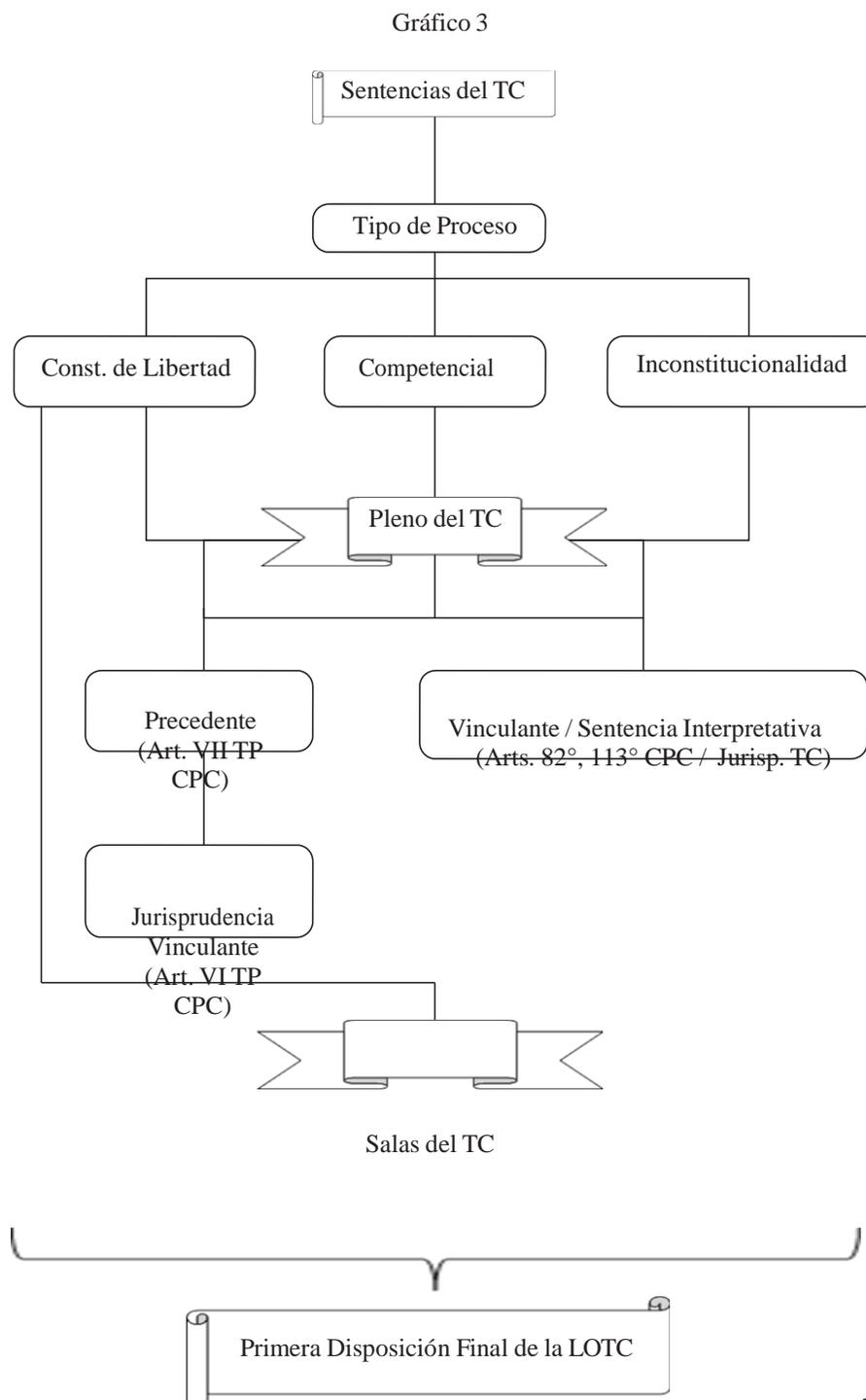
Gráfico 2

Fallo del Pleno del TC	Grado	Quórum	Votación	Votos conformes mínimos por quórum
Proceso de inconstitucionalidad	Vinculante	5	Calificada	5
Proceso competencial	Vinculante	5	Simple	3
Proceso constitucional de la libertad	Vinculante si es PV o JV	5	Simple	3

14. Revisese la importante STC N.º 0004-2004-CC/TC (conflicto de competencia entre el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo). Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html> Consulta: 13.11.2015

Como ya se trató antes, al interpretar la distinción entre “resolución” y “acuerdo” que consigna el primer párrafo del artículo 5.º de la LOTC, es claro que una Sala del TC no puede *acordar* que determinadas reglas de un fallo en

un proceso constitucional de la libertad tenga la categoría de PV. Esa facultad solo la tiene el Pleno. De allí que no aparezcan los fallos de alguna Sala del TC en este gráfico. Se requiere, entonces, apreciar el Gráfico 3. Veamos:



REFLEXIONES FINALES: SI EL MODELO NORMATIVO ACTUAL COLOCA AL TC COMO EL “SUPREMO INTERPRETE DE LA CONSTITUCIÓN”, ¿SON COHERENTES SU TIPOLOGÍA DE FALLOS Y SUS REGLAS DE QUÓRUM Y VOTACIÓN?

La suma de todo lo tratado hasta aquí se concentra en el circuito mostrado en el Gráfico 3. Se podría, en consecuencia, esbozar la siguiente tipología de sentencias del TC basadas, estrictamente, en el ordenamiento jurídico (legal y jurisprudencial). Así, las sentencias, por tipo de proceso, pueden ser constitucionales de la libertad, competenciales y de inconstitucionalidad. Por tipo de control constitucional, pueden ser de control difuso y de control concentrado. En el primero, se encuentran los fallos dictados en los procesos constitucionales de la libertad, mientras que los segundos están representados por los procesos de inconstitucionalidad. Por el órgano que los dicta, los fallos pueden ser del Pleno o de las Salas. Estas últimas solo pueden emitir fallos en los procesos constitucionales de la libertad. Por el grado de vinculación, estas pueden ser vinculantes que solo son aquellas dictadas en los procesos competenciales y de inconstitucionalidad que comprenden, a su vez, a las denominadas “sentencias interpretativas” y, además, a los PV dictados al amparo del artículo VII del TP del CPC y pronunciados en un proceso constitucional de la libertad. También estarían en este último grupo las JV que por una inadecuada práctica jurisprudencial, el TC establece la *ratio decidendi* vinculante citando, siempre, el artículo VI del TP del CPC.

Complejiza todo este panorama que a pesar de que la base legal y jurisprudencial apunta hacia el objetivo de establecer categorías o niveles de vinculación entre los diversos fallos del TC —como también lo reconoce un sector de la doctrina nacional que ya cité *supra*—; la Primera Disposición Final de la LOTC señala expresamente lo siguiente:

PRIMERA. Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal

Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad” (resaltado en negrita agregado).

Apréciase que la redacción de esta disposición es por demás parecida al párrafo final del artículo VI del TP del CPC que sirve de base a la JV. Sin embargo, tiene una nota distintiva en su texto: “*en todo tipo de proceso, bajo responsabilidad*”. Esa es la razón por la que en el Gráfico 3 hago mención a esta Primera Disposición Final de la LOTC y coloco una llave que soporta todo el complejo diseño de fallos del TC. Y es que, sin importar el tipo de proceso constitucional y, por consiguiente, abarcando los fallos dictados por el Pleno del TC o de alguna de sus Salas, los jueces deben interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los criterios interpretativos del TC. Es decir, deben identificar la *ratio decidendi* y acatarla. Indudablemente, están vinculados a sus interpretaciones.

Pero si esto es así, ¿entonces hay o no grados de vinculación entre los fallos del TC, sean estos dictados por el Pleno o por sus Salas? Y si los hay, como así pareciera de las diversas disposiciones del ordenamiento jurídico, de la jurisprudencia constitucional y de un sector de la doctrina nacional, ¿cómo entender y compatibilizar todos estos “niveles” de vinculación con la disposición contenida en el artículo 1.º de la LOCT que señala que el TC es el “*órgano supremo de interpretación y control constitucional*”?

Desde luego que si se establecen niveles de vinculación u obligatoriedad de los fallos del TC, tal regulación resulta ser contradictoria con aquella que dice que aquel es el “Supremo Intérprete” de la Constitución. Y es que como bien anota al respecto, Raúl Canosa Usera:

“[...] no basta decir la última palabra para que esta sea vinculante para todos, es necesario que la resolución del intérprete supremo que la pronuncie venga revestida de los efectos que la hagan vinculante para los demás poderes públicos. Pues si la interpretación de la Constitución efectuada por su intérprete supremo no se formalizase en resoluciones efectivamente vinculantes, estas no pasarían de ser una mera referencia y el papel del órgano se devaluaría” (Canosa Usera, 2013, p. 261).

En efecto, recuérdese que el primer párrafo del artículo 201.º de la Constitución vigente señala que el TC “*es el órgano de control de*

la Constitución”. No dice que es “Supremo Intérprete”. La LOTC vigente en su artículo 1.º así lo dispone. No se trata de un asunto de mera nomenclatura porque la necesidad de enfatizar el rol de “supremo intérprete” que tiene el TC, encuentra sentido en una política de evitar colisiones de criterios entre los jueces del Poder Judicial y dicho órgano constitucional, dado que ambos tienen el poder de control difuso de constitucionalidad. Ello importa que un modelo de control constitucional *compartido* o *dual* entre quienes ejercen función jurisdiccional por autorización y mandato de la Constitución, requiera de un órgano rector que los supraordine. El artículo 1.º de la LOTC señala que ese papel lo tiene el TC. Y una interpretación en *bloque de constitucionalidad* de ese dispositivo legal con el primer párrafo del artículo 201.º de la Constitución da como resultado que cuando la Carta Política dice que el TC es el órgano de control de la Constitución, lo es con carácter de “supremo intérprete” de aquella. No es el único, sin duda¹⁵, dado que los ciudadanos y los poderes públicos (distintos al TC) estamos en aptitud de interpretar la Constitución. La relación con el TC es solo de *predominio* de aquel sobre la interpretación constitucional que todos podemos hacer. Ese predominio no lo practica solamente cuando ejerce control concentrado, sino también cuando aplica el control difuso. Y lo propio acontece si la interpretación constitucional se practica en el Pleno o en una Sala.

Todo este enmarañado sistema actual arroja insumos que validan la tesis de Edward Dyer (2015) cuando afirma que:

Fue la desconfianza la que llevó al Profesor Monroy a diseñar el artículo VII del Código Procesal Constitucional otorgando la facultad al Tribunal Constitucional, de establecer la ratio decidendi de manera vinculante. Dicho rasgo termina por dotar a nuestro precedente constitucional de un ADN propio que lo constituye como “pura marca Perú”; como sostiene su creador, Juan Monroy (2015, 349).

Así las cosas, me atrevo a decir que pueden esbozarse dos tesis para enfrentar esta notoria incongruencia entre los fallos “no vinculantes” (o también nominados de menor “grado” o

“intensidad”) del TC y su rol de “Supremo Intérprete”.

La primera tesis radica en que puede sostenerse que el artículo 1.º de la LOTC, cuando le otorga ese carácter “supremo” de interpretación al TC, rebasa el marco de lo establecido por la Constitución que en su artículo 201.º lo cataloga lacónicamente como el “órgano de control constitucional”. Desde esta perspectiva, el artículo 1.º de la LOTC no haría ningún *bloque de constitucionalidad* y, por el contrario, al no encontrarse posibilidad de compatibilidad con el citado artículo 201.º de la Constitución, se le tildaría de *inconstitucional*. Desde esa perspectiva, existiría perfecto alineamiento entre el rol del TC como “órgano de control constitucional” —sin galones ni pergaminos de “supremo intérprete”— y la tipología de fallos que se muestran en el Gráfico 3.

Por el contrario, la segunda tesis consistiría en que si se asume que el artículo 1.º de la LOTC sí es constitucional y sí hace bloque con el citado artículo 201.º de la Magna Lex, entonces esa categoría de “supremo intérprete” resulta contraria con lo dispuesto por los artículos VI, VII del TP del CPC y con los artículos 82.º y 113.º del mismo Código. Por ende, serían inconstitucionales. Y es que todos estos dispositivos distorsionarían el predominio interpretativo —secuencialmente “vinculante”— de la ratio decidendi de los fallos del TC en todo tipo de proceso, dado su rol máximo de “Supremo Intérprete de la Constitución”. Resulta ilógico, pues, que las decisiones de un supremo intérprete no vinculen, no sean obligatorias. Vaciaría de contenido ese rol. Claro está que lo aquí dicho es distinto del caso de las reglas de quórum y votación, específicamente para el caso de los procesos de inconstitucionalidad cuyo eje gira alrededor del sistema de control constitucional concentrado.

En mérito a esta segunda tesis —que desde luego suscribo y sostengo— la reflexión y el problema quedan planteados. Con ello muestro que toda esta discusión en torno a la reciente modificación del artículo 10.º del RNTC tiene raíces más profundas que tocan el subsuelo del modelo de TC que realmente queremos y de abrir el debate en torno a si estamos de acuerdo o no en que tenga el rol de “supremo intérprete” de la Constitución. Si va a ser así, entonces hagámoslo en serio, puesto que lo tratado en este ensayo muestra serias inconsistencias. El debate, así, queda servido.

15. César Landa (2011) señala que en una concepción “política” del “estatus” del TC: “Se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento —en última instancia— como vocero del poder constituyente, en la medida que es el supremo intérprete de la Constitución, aunque no el único” (p. 618).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- América Noticias (2015). “*Nadine Heredia: TC asegura que modificación de reglamento no afecta este caso*”. Entrevista del 14 de octubre de 2015 al Dr. Óscar Urviola Hani, presidente del Tribunal Constitucional. Consultado el 13 de noviembre de 2015. Recuperado de: <http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/tribunal-constitucional-nadine-heredia-modificacion-reglamento-normativo-oscar-urviola-n202269>
- Canosa Usera, Raúl (2013). “La interpretación constitucional como modalidad del control del poder”. Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coordinadores). *Libro homenaje a Diego Valadés. El control del Poder; volumen I*, segunda edición. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Editora Jurídica Grijley, p.261.
- Cavani, Renzo y Dyer Edward (2015). “Precedentes del TC con tres votos: entre la constitucionalidad y la legalidad”. *Ius360.com*. Consultado el 13 de noviembre de 2015. Recuperado de: <http://www.ius360.com/publico/constitucional/precedentes-del-tc-con-tres-votos-entre-la-constitucionalidad-y-la-legalidad/>
- Diario Expreso (2015). “*Mayoría activa y aglutinada se podría apoderar del TC*”. Entrevista del 17 de octubre de 2015 al Dr. Ernesto Álvarez Miranda. Consultado el 13 de noviembre de 2015. Recuperado de: <http://www.expreso.com.pe/entrevista/mayoria-activa-y-aglutinada-se-podria-apoderar-del-tc/>
- Dyer Cruzado, Edward (2015). *El Precedente Constitucional. Análisis Cultural del Derecho*. Lima: Ara Editores, p. 349.
- Eguiguren Praeli, Francisco (2008). “Las sentencias interpretativas o ‘manipulativas’ y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano”. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coordinadores). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo V, Juez y Sentencia Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional: Marcial Pons, p. 325.
- Grández Castro, Pedro (2008). “Los Precedentes del Tribunal Constitucional. Notas sobre su funcionamiento en nuestro sistema jurídico”. En Carpio Marcos, Édgar y Grández Castro, Pedro (coordinadores). *Los Precedentes del Tribunal Constitucional (2007-2008)*. Lima: Palestra Editores, p.8.
- La Ley (2015). “*Es inconstitucional la modificación al Reglamento Normativo del TC*”. Entrevista del 17 de octubre de 2015 al Dr. César Landa Arroyo. Consultado el 13 de noviembre de 2015. Recuperado de: <http://laley.pe/not/2842/-ldquo-es-inconstitucional-la-modificacion-al-reglamento-normativo-del-tc-rdquo-/>
- Landa Arroyo, César (2013). “Los Precedentes Constitucionales”. En: Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (Coordinadores). *Libro Homenaje a Diego Valadés. El Control del Poder; volumen II*, segunda edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 1015.
- Landa Arroyo, César (2011). “Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional: La experiencia del Perú”. En: *Proceso y Constitución. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal Proceso y Constitución llevado a cabo en el Campus de la PUCP entre el 10 y el 13 de mayo de 2011*. Lima: Ara Editores - PUCP, p. 618.
- López Flores, Luciano (2015). “¿Es ahora el Congreso el Máximo Intérprete de la Constitución?”. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Lima, tomo 88, pp. 212-213.
- Radio Exitosa (2015). “*¿Modificación de Reglamento del TC favorecería a Nadine?*”. Entrevista del 19 de octubre de 2015 al Dr. Ernesto Álvarez Miranda. Consultado el 13 de noviembre de 2015. Recuperado de: <http://www.radioexitosa.pe/politica/exp169339-modificacion-de-reglamento-del-tc-favoreceria-a-nadine>

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA
NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL SISTEMA COMPLEMENTARIO
DE PENSIONES PÚBLICO Y PRIVADO

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO SOCIAL SECURITY AND THE
NEED TO IMPLEMENT THE SUPPLEMENTARY PENSION
SYSTEM PUBLIC AND PRIVATE

Francisco Morales Saravia
fmorales_s@yahoo.com

Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos
Fundamentales por ESADE-Facultad de Derecho de la
Universidad Ramón Llull, Barcelona, España

Recibido: 20 de noviembre de 2015

Aceptado 8 de diciembre de 2015

SUMARIO

- Introducción
- El Estado social y democrático de derecho según la Constitución de 1993 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- Algunos elementos del Estado social y democrático de derecho según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- El derecho a la seguridad social según el parámetro de constitucionalidad
- El derecho a la seguridad social debe ser de por vida
- Los déficits de constitucionalidad del sistema privado de pensiones
- Implementación del sistema complementario de pensiones público y privado a fin de adecuar el Sistema Privado de Pensiones con el parámetro de constitucionalidad del derecho a la Seguridad Social
- Conclusiones

RESUMEN

Este artículo presentará la configuración constitucional del Estado social y democrático de derecho, el parámetro constitucional del derecho constitucional a la seguridad social, la justificación de por qué el actual sistema privado de pensiones no es compatible con dicho parámetro y, adecuando una propuesta de la Defensoría del Pueblo del 2005, se

planteará una propuesta de implementación del sistema complementario de pensiones público y privado a fin de hacer compatible este último con dicho parámetro.

PALABRAS CLAVES

Derecho constitucional; seguridad social; sistema de pensiones.

ABSTRACT

This article will introduce the constitutional configuration of social and democratic state of law, constitutional parameter of the constitutional right to social security, the justification for why the current private pension system is not compatible with the parameter and adapting a proposal by the Ombudsman People 2005, a proposal for implementation of the complementary system of public and private pensions in order to reconcile the latter with that parameter will be raised.

KEYWORDS

Constitutional right; social security; pension system.

INTRODUCCIÓN

Con la liberalización de la economía en el Perú durante la década de los noventa, también se produjo un profundo cambio en el sistema de seguridad social de nuestro país

que hasta entonces era totalmente público¹. Por decirlo de alguna manera, también se liberalizó la seguridad social en algunas de sus prestaciones, en particular las más rentables. Así se crearon las empresas prestadoras de salud (EPS) para dar servicios de salud a los trabajadores en planillas y las administradoras privadas de fondos de pensiones (AFP) para administrar los aportes previsionales de los trabajadores formales. Este nuevo esquema fue consagrado en el artículo 11.º de la Constitución Política de 1993² y desarrollado en un nuevo marco legal³.

Desde aquella reforma, que cambió por completo el sistema pensionario, han pasado más de veinte años y cada cierto tiempo han surgido críticas o reformas legales para mejorar el sistema privado de pensiones. Por ejemplo, algunas de estas reformas fueron la posibilidad del retorno al sistema público de pensiones, una pensión mínima, la obligatoriedad de aportes para los trabajadores independientes (derogada), la reforma del mecanismo de pago de las comisiones a las AFP y últimamente la posibilidad de que los afiliados a una AFP puedan retirar hasta el 95 % de su fondo de pensiones cuando lleguen a la edad de jubilación (ley aprobada por el Congreso de la República y vetada por el presidente de la República).

Consideramos que todas estas reformas parciales, algunas con éxito y otras sin este, son insuficientes para adecuar el sistema privado de pensiones, tal como está hoy, al marco constitucional vigente sobre el Estado democrático y social de derecho, al derecho a la seguridad social y a la obligación internacional que se deriva del artículo 71.º del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴.

Este artículo presentará la configuración constitucional del Estado social y democrático

1. La seguridad social tiene por función atender las contingencias sociales de asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familiares a cargo, maternidad, invalidez y sobrevivientes.

2. "Artículo 11.º. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, supervisa su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado".

3. El TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones (Decreto Supremo N.º 054-97-EF).

4. Véase el Convenio 102 de la OIT en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247. Consultado el 4 de diciembre de 2015.

de derecho, el parámetro constitucional del derecho constitucional a la seguridad social, la justificación de por qué el actual sistema privado de pensiones no es compatible con dicho parámetro y, adecuando una propuesta de la Defensoría del Pueblo del 2005, se planteará una propuesta de implementación del sistema complementario de pensiones público y privado a fin de hacer compatible este último con dicho parámetro.

EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conforme a los artículos 3.º y 43.º de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado social y democrático de derecho⁵. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de este, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio". (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 12, párrafo 1)

[...] se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado. (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 10 y ss.)

5. "Artículo 3.º. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (énfasis agregado).

"Artículo 43.º. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes" (énfasis agregado).

Conforme a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se puede afirmar que el modelo de Estado social reconocido por la Constitución se caracteriza por ser un Estado con funciones de carácter social, por desarrollar aquellas funciones en una economía social de mercado (artículo 58.º de la Constitución) y por garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44.º de la Constitución). En consecuencia, a partir de las consideraciones precedentes, se concluye que en el Perú la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos definen como un Estado social y democrático de derecho y no como un Estado liberal.

ALGUNOS ELEMENTOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una vez definido el mandato constitucional relativo al Estado social y democrático de derecho, se hace necesario establecer algunos de sus elementos que, sin ser los únicos, pueden ser considerados como los principales. Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se pueden identificar algunos de esos elementos, como la economía social de mercado, el principio de solidaridad y el deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales.

La economía social de mercado

La Constitución establece en el artículo 58.º que el modelo económico en el Perú es el de una economía social de mercado⁶. Desde sus orígenes en la Alemania de la Posguerra, la economía social de mercado, a diferencia de la economía de mercado, ha tenido como uno de sus elementos principales la seguridad social (pensiones y prestaciones de salud, entre otras). Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, puesto que ha venido perfilando y protegiendo los derechos pensionarios de los ciudadanos, en los diferentes regímenes (público y privado) que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuando según los casos han sido vulnerados. Por ello, y con relación a los derechos

6. "Artículo 58.º. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

pensionarios, el Tribunal ha precisado lo siguiente:

[H]a sido una constante de este Tribunal dispensar protección a los titulares de dichos derechos, cuando ese ha sido el caso, no solo en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución (acciones de inconstitucionalidad, por ejemplo), sino también en la de 'guardián último de los derechos fundamentales' (acciones de amparo, esencialmente), tutela que ha concedido en todos aquellos supuestos en los que, a su juicio, haya sido evidente la afectación de los derechos a los que se refiere la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución". (Exp. N.º 002-2003-AI/TC, fundamento 6)

En tal sentido, conforme a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, uno de los elementos de nuestro Estado social y democrático de derecho y de la economía social de mercado lo constituye "el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social", conforme al artículo 10.º de la Constitución y los derechos que sobre la misma materia reconocen los artículos 11.º, 12.º, y primera, segunda y tercera disposiciones finales y transitorias de la Constitución. (Exps. N.º 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC –acumulados–, fundamentos 3 y 4)

El principio de solidaridad

En relación con el principio de solidaridad, presente en el Estado social y democrático de derecho, en la economía social de mercado y sobre todo en el derecho a la seguridad social, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

El principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su ethos organizativo. Así, el Constituyente, al establecer en el artículo 1.º de la Constitución Política, que 'La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado', ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el

Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho. (Exp. N.º 0048-2005-PI/TC, fundamento 37)

Esta toma de posición del Tribunal Constitucional del Perú, sin duda, es fundamental para comprender que el sistema privado de pensiones tiene el deber de contribuir con el sostenimiento y preservación del sistema público de seguridad social, basado en la solidaridad, puesto que la Constitución permite que se le entregue la administración de las prestaciones pensionarias, que por su naturaleza corresponde al sistema de seguridad social. El sistema privado de pensiones gestiona, administra o gerencia los recursos necesarios para satisfacer el derecho constitucional a la pensión, cuando las personas lleguen a la vejez. Colaboran y deben preservar la finalidad del servicio público pensionario.

El deber del estado de garantizar los derechos fundamentales

Conforme al artículo 44.º de la Constitución⁷, el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia y cada vez que resuelve los procesos de garantía de los derechos fundamentales se ha encargado de recordar el deber del Estado, ejecutado a través de sus funcionarios, de garantizar la plena vigencia y efectividad de tales derechos que pueden ser afectados por el mismo Estado o por los particulares. Del mismo modo, el Tribunal también ha establecido que ese deber igualmente corresponde a los particulares⁸.

Por tanto, a partir de las consideraciones precedentes, se puede concluir:

- Nuestro modelo económico es el de una economía social de mercado, consustancial a nuestro Estado social y democrático de derecho, y no una economía neoliberal o economía de mercado pura.
- La seguridad social (pensiones y prestaciones de salud) constituye uno de los elementos básicos del Estado social y democrático de derecho y de la economía social de mercado diseñados por la Constitución.
- El principio de solidaridad está reconocido por la jurisprudencia constitucional y es uno de los fundamentos de nuestro modelo de economía social de mercado y se manifiesta a través del sistema de seguridad social.
- El deber de proteger los derechos fundamentales, y en particular el derecho a la seguridad social, vincula a los agentes públicos y a los particulares.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN EL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

Bajo el marco del Estado social y democrático de derecho y de la economía social de mercado definidos por la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, descrito anteriormente, debemos configurar el parámetro de constitucionalidad del derecho a la seguridad social garantizado y regulado por los artículos 10.º, 11.º y 12.º de la Constitución Política de 1993⁹:

El artículo 10.º de la Constitución dispone que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

7. Artículo 44.º. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral de la Nación [...] (énfasis agregado).

8. *Mutatis mutandis*, caso Eusebio Llanos Huasco. Exp. N.º 976-2001-AA/TC.

9. El parámetro de constitucionalidad está conformado por la Constitución Política de 1993, la jurisprudencia constitucional dictada por el Tribunal Constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase Remotti, J. Prólogo. En Castañeda Segovia (2009). *El delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista. Análisis de su evolución jurisprudencial* (pp. XXXII-XXXV). Lima: Grijley. Morales, F. (2013). Interpretación de las normas sobre derechos y las libertades conforme a los tratados internacionales en esta materia. En AAVV, *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo* (tomo III), (pp. 1175-1183). Lima: Gaceta Jurídica.

El artículo 11.º de la Constitución establece que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa, asimismo, su eficaz funcionamiento.

El artículo 12.º de la Constitución dispone que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

La interpretación de los mencionados artículos debe efectuarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú según el mandato de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución¹⁰. En tal sentido y respecto de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de seguridad social, se debe considerar lo siguiente:

El artículo 25.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

El artículo 71.º del Convenio 102 de la OIT exige que el costo de las prestaciones de asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad, invalidez, sobrevivientes y los gastos de administración de estas prestaciones deben ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos.

El artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales dispone que los Estados parte del Pacto

reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que le imposibiliten física o mentalmente obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

Del mismo modo, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (Exp. N.º 1080-2000-AA/TC, fundamento 5) y que:

La seguridad social (dentro de cuyo concepto se entenderá incluido el servicio previsional de salud, conforme a los alcances del artículo 11.º de la Constitución) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido” (Exp. N.º 011-2002-AI/TC, fundamento 14).

Una vez identificadas las normas constitucionales e internacionales, y la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la seguridad social, estaremos en condiciones de configurar el parámetro constitucional del mencionado derecho, que tendrá las siguientes características y elementos:

10. Sobre esta regla de interpretación de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha dicho: “Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.” (Exp. N.º 0217-2002-HC, fundamento 2). Sobre esta regla de interpretación de los derechos constitucionales véase Morales, F. (2013). Interpretación de las normas sobre derechos y las libertades conforme a los tratados internacionales en esta materia. En AA.VV. *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo* (tomo III), (pp. 1175-1183). Lima: Gaceta Jurídica.

- El derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.
- El derecho a la seguridad social tiene por finalidad la elevación de la calidad de vida cuando se produzca alguna de las mencionadas contingencias.
- En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
- El costo de las prestaciones de asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad, invalidez, sobrevivientes y los gastos de administración de estas prestaciones deben ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos.
- Las prestaciones pueden ser otorgadas por entidades públicas, privadas o mixtas.
- El Estado tiene la obligación de supervisar el eficaz funcionamiento de las entidades que otorgan las prestaciones a fin de que se cumpla la finalidad del derecho a la seguridad social.
- La Constitución dispone que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles, puesto que sirven para que se cumpla la finalidad del derecho a la seguridad social.
- De los elementos mencionados y sobre todo del concepto de elevación de la calidad de vida ante las contingencias se deriva la obligación mínima de garantizar de por vida las prestaciones en materia de salud y pensiones.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEBE SER DE POR VIDA

A diferencia de otros derechos, como la libertad, el derecho a la seguridad social es un derecho prestacional que requiere de un

financiamiento para que sea efectivo. Esta característica lo diferencia de otros derechos. Como se ha expresado anteriormente, la Constitución reconoce y el Estado garantiza el derecho a la seguridad social, que consiste en la protección de la persona frente al desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, que le imposibiliten obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, y para la elevación de su calidad de vida.

Ahora bien, la función que la Constitución reconoce al derecho a la seguridad social determina que el sistema de pensiones (público y privado) garantice las prestaciones de por vida de los titulares de dicho derecho. Del mismo modo, según la Constitución, la gestión de los medios para que este derecho sea efectivo puede ser gestionada indistintamente por entidades públicas, privadas o mixtas, siempre y cuando cumplan con las finalidades mínimas que se derivan del parámetro constitucional antes descrito, y que en resumen deben garantizar:

- La protección de las personas que lo gocen a fin de llevar una vida digna y decorosa, y para la elevación de su calidad de vida.
- El cumplimiento de dicha finalidad supone que las prestaciones (pensiones y salud) deben ser garantizadas de por vida, independientemente de que se otorguen a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Por tanto, conforme a nuestra Constitución, las entidades públicas, privadas o mixtas tienen la obligación de cumplir con la finalidad del derecho a la seguridad social de que el sistema de pensiones debe preservar y garantizarlas de por vida, puesto que dichas entidades solo son los medios para alcanzar la finalidad constitucional prevista. Los modelos de gestión y financiamiento podrán ser públicos, privados o mixtos pero siempre garantizando la finalidad descrita anteriormente, caso contrario se comprobará una vulneración al derecho a la seguridad social reconocido por la Constitución.

LOS DÉFICITS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

Para varios autores nacionales, el sistema privado de pensiones no es propiamente un sistema de seguridad social porque no se basa en el principio de solidaridad, que sí fundamenta el sistema público de pensiones¹¹. Si bien desde el punto de vista doctrinario puede ser aceptable tal planteamiento, ocurre que el artículo 1.º de la Ley del Sistema Privado de Pensiones dispone que el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) tiene por objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de seguridad social en el área de pensiones, a efectos de otorgar protección ante riesgos de vejez, invalidez y fallecimiento¹². Por tanto, se debe compatibilizar esta norma con el parámetro constitucional del derecho a la seguridad social descrito anteriormente a fin de posibilitar que el sistema privado de pensiones sea uno de los pilares del más amplio sistema de seguridad social peruano, como se verá más adelante.

11. Así, Pasco (2008) opina: "Es [...] en la solidaridad donde encontramos el criterio diferenciador por excelencia: la Seguridad Social apunta a repartir desigualmente los ingresos de modo que los fuertes soporten a los débiles, asumiendo así una función básica de redistribución de la renta. Sin tal objetivo, la Seguridad Social desvirtuaría sus esencias. Los sistemas privados renuncian a toda solidaridad y a toda redistribución; se sustentan precisamente en lo contrario: en la capitalización y el disfrute individuales, segregando toda transferencia de recursos y condicionando el monto de las prestaciones a la medida exacta de los aportes personales. Si en atención a lo axiológico se puede afirmar que los sistemas privados no asumen ni corresponden a los principios, extraeríamos de allí como preclusión que tales sistemas no pertenecen al mundo de la Seguridad Social" (p. 269). Por su parte, González (2008) opina: "[...] el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones se crea bajo la modalidad de ahorro forzoso en cuentas individuales de capitalización en las que se deposita el aporte mensual del trabajador y la rentabilidad generada por las inversiones producidas por la empresa privada administradora del fondo constituido (AFP), que servirán para financiar su pensión. Siendo ello así, del cotejo de ambos sistemas, resulta por demás evidente que el privado de pensiones al carecer de basamento sustentado en la solidaridad no puede ser conceptualizado como un Sistema de Seguridad Social" (p. 293). Abanto (2015) también opina que, al carecer de solidaridad intrínseca, es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de los fondos de pensiones, mas no un régimen previsional en estricto.

12. El TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N.º 054-97-EF dispone lo siguiente: "Artículo 1.º. El Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) tiene por objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de seguridad social en el área de pensiones, a efectos de otorgar protección ante riesgos de vejez, invalidez y fallecimiento, y está conformado principalmente por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), las que administran los fondos de pensiones [...]. Complementariamente, participan del SPP las empresas de seguros que proveen las prestaciones que correspondan, así como las entidades o instancias que participan de los procesos operativos asociados a la administración de los Fondos de Pensiones" (énfasis agregado).

Otros aspectos relacionados con los déficits de constitucionalidad de nuestro sistema pensionario privado son los siguientes¹³:

- El sistema privado no garantiza una pensión de por vida en el caso del retiro programado, porque está sujeta al límite de la cuenta individual (fondo individual). Si el pensionista quiere que su pensión sea de por vida, debe trasladar su fondo a una compañía de seguros para que le entregue una renta vitalicia, que probablemente será menor.
- El pensionista del sistema privado de pensiones puede perder su fondo a causa de una hiperinflación, crisis económica o financiera como en el 2008, o mala gestión del fondo por parte de la AFP, y el Estado no lo auxiliará y quedará desprotegido.
- El sistema pensionario privado no cumple con lo dispuesto por el artículo 71.º del Convenio 102 de la OIT, que exige que el costo de las prestaciones y los gastos de administración de estas prestaciones sean financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos¹⁴.
- Hasta hoy la pensión promedio del sistema privado de pensiones es de 1000 nuevos soles. (Bjeletic & Tuesta, 2010)

IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA COMPLEMENTARIO DE PENSIONES PÚBLICO Y PRIVADO A FIN DE ADECUAR EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES CON EL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Al cabo de veinte años de funcionamiento del sistema privado de pensiones, creemos que debe ser adecuado al estándar constitucional

13. Por su parte, el sistema público de pensiones tiene algunas ventajas en relación con los déficits de constitucionalidad del sistema privado:

- El sistema público sí garantiza una pensión de por vida.
- El sistema público establece pensiones iguales para todos bajo el principio de solidaridad.
- El sistema público siempre contará con el auxilio del Estado en la actualización de sus pensiones y en casos de grave crisis económica.

14. Vidal (2015) refiere que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) ha señalado que en el Sistema Privado de Pensiones del Perú (SPP) solo los asegurados contribuyen a las cuentas individuales de capitalización y a la financiación de las primas del seguro de vejez, invalidez y de sobrevivientes, y los gastos de administración solo están a cargo de los trabajadores afiliados a las administradoras de fondos de Pensiones (AFP).

que se deriva del derecho a la seguridad social conforme a la Constitución, a los tratados internacionales de derechos humanos y a la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional del Perú. En ese sentido, proponemos que se haga una reforma legal que siga la propuesta de tres pilares del Banco Mundial (1994) y la propuesta de la Defensoría del Pueblo sobre la complementariedad de los sistemas pensionarios públicos y privados (2004).

La propuesta del Banco Mundial establece tres pilares: 1) primer pilar, de ahorro obligatorio, basado en la solidaridad colectiva, que conducirá a una pensión básica, mínima o general; 2) un segundo pilar, de ahorro obligatorio y capitalización individual, administrado privadamente para proveer una pensión suficiente; y 3) un tercer pilar, de ahorro voluntario, que complementa al pensionario o pensión complementaria¹⁵. Esta propuesta tiene interesantes ejemplos en Estados Unidos, Canadá, Australia y Reino Unido¹⁶.

La Defensoría del Pueblo del Perú ha efectuado críticas al actual sistema pensionario:

[...] la existencia de dos sistemas paralelos, competitivos y no complementarios, es inconveniente. Genera inestabilidad en los efectos fiscales e incentivos perversos en el sistema político. Siguiendo la experiencia internacional, parece mucho mejor crear un sistema de pilares, en el que el SNP y el SPP se complementen. En ese esquema, el sistema público tendría como principal objetivo el de proveer una pensión básica, mientras que el sistema privado sería complementario y permitiría un mejor reemplazo de ingresos para los trabajadores formales y los sectores medios y altos (Defensoría del Pueblo, 2005, p. 20).

15. Pasco (2008, p. 264); Barr (2002, p. 2).

16. "En Estados Unidos se combinan las jubilaciones de primera y segunda línea, y ambas están basadas en un régimen de reparto. En Canadá existe una jubilación de primera línea que proporciona alivio de la pobreza y una de segunda línea obligatoria, con régimen de reparto organizado públicamente que permite la distribución uniforme del consumo. Otros países, como Australia y varios países de América Latina, tienen jubilaciones de segunda línea con régimen de capitalización administrado por el sector privado. El Reino Unido optó por un sistema mixto: una jubilación de monto fijo obligatorio; más allá de ella también es obligatorio estar afiliado a un plan estatal de jubilación en función del ingreso (con régimen de reparto) o a un programa ocupacional aprobado (privado, con régimen de capitalización y a menudo de prestaciones definidas), o bien aportar a una cuenta de capitalización individual". (Barr, 2002, p. 15)

Así, siguiendo el modelo de los tres pilares del Banco Mundial, la Defensoría del Pueblo propone un nuevo esquema pensionario:

Considerando que se plantea un sistema general de pensiones, con complementariedad entre el sistema público y el privado, sería conveniente que las funciones se especialicen. En otras palabras, que el sistema público tenga como objetivo primordial el evitar la pobreza en la vejez, y el privado sirva para mejorar esa pensión permitiendo un adecuado reemplazo de ingresos.

Bajo este esquema, podemos pensar que lo que corresponde al sistema público es fundamentalmente otorgar una pensión básica, uniforme. Los problemas que esto puede traer si fuera el único sistema vigente, es una muy baja tasa de reemplazo para trabajadores con ingresos medios y altos y un alto desincentivo para que estos aporten en tanto verán que la mayor parte de su cotización es redistribuida solidariamente y poco de su aporte se transforma en ingresos pensionarios. En un sistema de dos pilares complementarios, estos problemas se verían reducidos debido al funcionamiento del pilar privado, al cual los trabajadores aportarían para aumentar su tasa de reemplazo y obtendrían un monto adicional a su pensión de acuerdo con lo aportado" (Defensoría del Pueblo, 2005, p. 21).

En esa misma línea, González (2008) propone:

A nuestro entender lo que el actual estadio de la llamada cuestión pensionaria demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el sistema tradicional de reparto, el cual garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo [...]. (p. 297).

Por lo tanto, sobre la base de los existentes sistemas previsionales, privado y público, que se presentan como paralelos, se debería pasar a uno complementario y de pisos pensionarios:

- El primer piso pensionario: universal, público y obligatorio para todos los trabajadores asalariados, públicos y privados. También para los profesionales independientes. La contribución sería el porcentaje actual para quien decide tener solo pensión pública. Quien desea tener además una pensión de la AFP contribuiría con el mismo porcentaje hasta el tope del salario mínimo vital.
- El segundo piso pensionario: universal, privado y obligatorio para todos los trabajadores asalariados, públicos y privados. También para los profesionales independientes. La contribución sería el porcentaje actual sobre la remuneración, pero sin considerar la parte del salario sobre la que se hace la contribución al sistema público.
- El tercer piso pensionario: universal, privado y voluntario a cargo de las AFP, bajo el actual esquema.

Esta propuesta tiene las siguientes ventajas:

- Se cumple con la obligación internacional establecida en el artículo 71.º del Convenio 102 de la OIT, que exige una contribución colectiva para el sostenimiento de la seguridad social.
- Se cumple con el principio de solidaridad y quienes ganan más ayudan a financiar el sistema público de pensiones.
- La pensión estaría compuesta de dos montos: uno mínimo, pagado por el Estado, y el diferencial, pagado por la AFP. Con este esquema, quienes contribuyen más al fondo privado de pensiones tendrán una mejor pensión.
- Quienes desean obtener solo una pensión pública se sujetarán al actual tope pensionario.
- Se amplía la base contributiva de los dos sistemas haciéndolos complementarios.
- Si se agota el fondo individual a cargo de la AFP, el pensionista sigue con una pensión a cargo del Estado, cumpliendo con la exigencia constitucional de que las pensiones sean de por vida.

Para emprender esta necesaria reforma también deben ser incorporados a este esquema los sistemas pensionarios de militares y policías, así como de jueces, diplomáticos y otros a fin de que solo exista un único sistema pensionario, con sus niveles público y privado, para todos los peruanos, sin diferencias, compuesto de los tres pisos pensionarios descrito líneas arriba.

CONCLUSIONES

- La República del Perú se configura como un Estado social y democrático de derecho (ESDD) con una economía social de mercado (ESM).
- El derecho a la seguridad social y el principio de solidaridad son elementos definitorios del ESDD y de la ESM.
- El derecho a la seguridad social debe ser garantizado de por vida.
- El actual sistema privado de pensiones tiene serios déficits de constitucionalidad, por lo que se hace necesario adecuarlo al parámetro de constitucionalidad descrito en este artículo.
- Se debe implementar un sistema complementario de pensiones público y privado de pisos pensionarios, a fin de cumplir con la exigencia internacional de aportes colectivos y solidarios que permitirán garantizar pensiones de por vida.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Revilla, C. (2015). ¿El sistema privado de pensiones es parte de la seguridad social? Un intento de adecuación a sus principios básicos. *Laborem* (15).
- Barr, N. (2002). El sistema jubilatorio: Un rompecabezas, prerequisites y opciones en el diseño de jubilaciones y pensiones. *Temas de Economía* (29).
- Bjeletic, J. & Tuesta, D. (2010). Reforma de pensiones en Perú. En J. Escrivá, E. Fuentes, A. García (eds.), *Las reformas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica. Avances y temas pendientes*. España: BBVA.
- Defensoría del Pueblo. (2005). El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado. *Informe Defensorial N.º 99*.

- Escrivá, J., Fuentes, E. & García, A. (2010). Balance de las Reformas de pensiones en Latinoamérica. En J. Escrivá, E. Fuentes & A. García (Eds.), *Las reformas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica. Avances y temas pendientes*. España: BBVA.
- Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, caso más de 5000 ciudadanos contra el Decreto de Urgencia N.º 140-2001.
- Exp. N.º 002-2003-AI/TC.
- Exps. N.º 001-2004-AI/TC y N.º 002-2004-AI/TC –acumulados–.
- Exp. N.º 0048-2005-PI/TC, caso regalías mineras.
- Exp. N.º 0217-2002-HC.
- Exp. N.º 1080-2000-AA/TC.
- Exp. N.º 011-2002-AI/TC.
- Gamarra, L. (2015). La seguridad social: del Estado de necesidad al Estado de bienestar. *Laborem* (15).
- González, C. (2008). La seguridad social y el sistema privado de administración de fondos de pensiones. En Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales. *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*. Lima: Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica.
- González, C. & Ántola, M. (2015). La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de seguridad social en pensiones. *Laborem* (15).
- Lanata, G. (2015). La reforma de 2008. ¿Una verdadera reforma previsional al sistema chileno? *Laborem* (15).
- Pasco, M. (2008). Los principios de la seguridad social y los diversos sistemas pensionarios. En Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales. *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*. Lima: Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica.
- Vidal, Á. (2015). El derecho a la seguridad social en la Constitución Política y los convenios internacionales. *Laborem* (15).
- Yermo, J. (2010). El papel ineludible de las pensiones privadas en los sistemas de ingresos de jubilación. En J. Escrivá, E. Fuentes & A. García (Eds.), *Las reformas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica. Avances y temas pendientes*. España: BBVA.