



INFORME No. 38/09

CASO 12.670^[1]

ADMISIBILIDAD Y FONDO

ASOCIACIÓN NACIONAL DE EX SERVIDORES DEL INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD
SOCIAL Y OTRAS
PERÚ

27 de marzo de 2009

I. RESUMEN

1. Entre agosto y diciembre de 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana", "la Comisión" o "la CIDH") recibió seis peticiones en las cuales se alega la responsabilidad internacional de la República del Perú (en adelante "Perú", "el Estado" o "el Estado peruano") por la presunta violación de los derechos consagrados en los artículos 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 4 (Derecho a la vida), 10 (Derecho a la indemnización), 17 (Derecho a la familia), 21 (Derecho a la propiedad privada), 24 (Igualdad ante la ley), 25 (Protección judicial) y 26 (Desarrollo progresivo) en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1(1), todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención", "la Convención Americana" o "la CADH"). Los peticionarios también alegaron la supuesta violación de los derechos consagrados en los artículos II (Derecho a la igualdad ante la ley), XVI (Derecho a la seguridad social), XVIII (Derecho a la justicia) y XXIII (Derecho a la propiedad) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("en adelante "la Declaración Americana" o "la Declaración"); y en el artículo 9 (Derecho a la seguridad social) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "el Protocolo de San Salvador").

2. Los peticionarios alegaron que mediante la reforma constitucional llevada a cabo a través de la Ley 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004, y la Ley 28449, publicada el 30 de diciembre del 2004, se modificó el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley 20530 "Ley del Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado No Comprendidos en el Decreto Ley 19990", cuya característica principal era el derecho de sus beneficiarios a contar con una pensión nivelable en relación con las remuneraciones, bonificaciones y gratificaciones que recibiera un funcionario en actividad que desempeñara la misma o análoga función a la que desempeñaba el pensionista hasta su cese. Los peticionarios son asociaciones, centrales y organizaciones que representan a cesantes y jubilados que gozan de la condición de pensionistas y que estaban comprendidos bajo el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

3. Por su parte, en su primera comunicación el Estado indicó que los requisitos de admisibilidad estaban cumplidos. En posteriores escritos, alegó la inadmisibilidad de las peticiones 957-05, 1049-05 y 1286-05 señalando que aquéllas no cumplen con el requisito de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. En cuanto al fondo del asunto, el Estado alegó que la reforma constitucional es compatible con la Convención Americana y que su finalidad fue, entre otras, eliminar la inequidad en el sistema de pensiones del sector público. Asimismo, el Estado argumentó que la reforma no implicó una afectación al contenido esencial del derecho a la pensión en perjuicio de los peticionarios.

4. Tras analizar la posición de las partes, la Comisión Interamericana concluyó que la petición es admisible y que el Estado peruano no incurrió en violación de los derechos consagrados en los artículos 21, 26 y 25 de la Convención Americana ni de las obligaciones

establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento. Asimismo, la Comisión concluyó que el presente caso es inadmisible en cuanto a las supuestas violaciones de los derechos consagrados en los artículos 4, 10, 17 y 24 de la Convención.

5. Cabe resaltar que el presente Informe sobre Admisibilidad y Fondo se refiere exclusivamente a la reforma constitucional del año 2004 que varió el régimen pensionario establecido en el Decreto Ley 20530. La Comisión aún continúa tramitando un cúmulo de peticiones sobre algunas de las víctimas del presente caso, relacionadas con el incumplimiento de decisiones judiciales que ordenaron el pago de montos pensionales derivados de la aplicación del mismo Decreto mientras estuvo en vigencia.

II. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN

6. La Comisión recibió la petición 957-05 el 23 de agosto de 2005 por parte de la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social (ASEIPSS). El 25 de noviembre de 2005 la Asociación Civil ONG Protección de los Derechos Internacionales y Desarrollo Social en América Latina y el Caribe (APRODIAC) expresó su adhesión.

7. El 14 de octubre de 2005 los peticionarios remitieron información adicional. Posteriormente, en comunicación de 9 de noviembre del 2005, los peticionarios solicitaron una audiencia ante la CIDH para exponer su caso. De igual forma el Centro de Asesoría Laboral del Perú (CEDAL) solicitó una reunión de trabajo el 16 de enero de 2006. En respuesta, la Comisión convocó a reunión de trabajo en su 124º período de sesiones el 8 de marzo de 2006 para tratar la situación de los Derechos Humanos de los Pensionistas en el Perú. En la misma fecha la Junta de Presidentes de las Asociaciones de Cesantes y Jubilados del Decreto Ley 20530, envió información adicional.

8. La petición 1049-05 fue recibida el 6 de septiembre del 2005. El 28 de octubre de 2005 los peticionarios presentaron información adicional.

9. La petición 1177-05 fue recibida el 19 de octubre de 2005 por parte de la Central Nacional de Jubilados y Pensionistas del Perú (CENAJUPE). El 14 de febrero de 2006 los peticionarios presentaron información adicional.

10. El 1º de noviembre de 2005 se recibieron las peticiones 1286-05 y 1287-05 por parte del Centro Federado de Trabajadores y Ex Servidores del Seguro Social de Salud (CFTESSALUD) y la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Empresa Nacional de Puertos S.A Terminal Portuario General San Martín (ACJENAPU-Pisco), respectivamente.

11. La petición 1414-05 fue recibida el 8 de diciembre de 2005 por parte del Colegio de Abogados del Cuzco.

12. El 1º de mayo de 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió, conforme a lo previsto en el artículo 29(d) de su Reglamento, acumular las peticiones 1049-05, 1286-05, 1287-05, 1177-05 y 1414-05 bajo un mismo expediente radicado bajo la petición número 957-05 por tratarse de peticiones en las que se alegan hechos similares. En esa misma fecha la CIDH remitió las partes pertinentes de las peticiones al Gobierno de Perú, fijándole un plazo de dos meses para responder de acuerdo con el artículo 30 del Reglamento de la CIDH.

13. El 26 de julio de 2006 el Estado remitió el informe número 85-2006-JUS/CNDH-SE/CESAPI el cual fue trasladado a los peticionarios.

14. Mediante comunicaciones de 19 de septiembre y 12 de octubre de 2006, La Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social (ASEIPSS) envió sus observaciones al informe del Estado.

15. Con base en una solicitud de audiencia, el 19 de septiembre de 2006, la Comisión convocó a las partes a una audiencia pública durante el 126º período ordinario de sesiones, la cual fue celebrada el 19 de octubre de 2006.

16. El 1º noviembre del 2006 el Estado presentó el informe número 120-2006-JUS/CNDHSE/CESAPI. El 8 de diciembre de 2006 el Estado presentó el informe número 142-2006-JUS/CNDH-SE/CESAPI. El 28 de diciembre de 2006 el Estado presentó el informe número 313-2006-EF/65, elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas. Este informe complementa el informe número 142-2006-JUS/CNDH-SE/CESAPI. El 31 de mayo de 2007 el Estado presentó el informe 62-2007 -JUS/CNDH-SE/CESAPI. Estos informes fueron trasladados a los peticionarios.

17. El 22 de marzo y el 25 de junio de 2007 el Colegio de Abogados de Cuzco presentó sus observaciones a los informes estatales. El 18, 22 y 24 de octubre de 2007 la Asociación Nacional de Pensionistas del Banco de la Nación presentó información adicional.

18. Mediante comunicaciones recibidas el 15 y el 27 de junio de 2007, el Estado presentó observaciones adicionales.

19. El 21 de septiembre de 2007 la Comisión Internacional de Juristas presentó un *amicus curiae* en el marco del trámite de la presente petición. El 11 de diciembre de 2007 la CIDH trasladó dicho documento a las partes.

20. El 18 de septiembre de 2007 el Centro de Asesoría Laboral del Perú presentó observaciones adicionales.

21. El 3 de octubre de 2008 la Comisión le envió comunicación a las partes informándoles que debido a la estrecha vinculación de las cuestiones de caracterización con el análisis sobre los méritos, había decidido diferir el análisis de admisibilidad a la etapa de fondo del asunto, en virtud del artículo 37.3 de su Reglamento. Mediante la misma comunicación, le solicitó a los peticionarios que en un plazo de dos meses presentaran sus observaciones sobre el fondo del asunto.

22. El 4 de diciembre de 2008 la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Empresa Nacional de Puertos S.A., la Asociación Nacional de Pensionistas del Banco de la Nación, el Colegio de Abogados de Cuzco y la Central de Pensionistas, presentaron sus observaciones sobre el fondo. El 16 de diciembre de 2008 se recibieron las observaciones de fondo de la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social. Todas estas comunicaciones fueron remitidas al Estado el 29 de diciembre de 2008, solicitándole que en un plazo de dos meses presentara sus observaciones sobre el fondo.

23. El 12 de enero de 2009 el Centro de Asesoría Laboral de Perú presentó sus observaciones, las cuales fueron remitidas al Estado el 12 de enero de 2009 solicitándole que en un plazo de dos meses presentara sus observaciones. El 13 de marzo de 2009 el Estado presentó sus observaciones sobre el fondo, las cuales fueron remitidas a los peticionarios para su conocimiento el 16 de marzo de 2009.

III. POSICIÓN DE LAS PARTES

A. Los peticionarios

24. Las peticiones acumuladas cuestionaron la reforma constitucional y legal que se llevó a cabo en el año 2004 con la finalidad de terminar con el régimen previsional del Decreto Ley 20530 de 1974. Según los peticionarios, la característica fundamental del régimen consistía en el derecho a la nivelación de las pensiones con la remuneración del funcionario en actividad que desempeñara la misma o análoga función a la que desempeñaba el pensionista al momento de su retiro o cese. Los peticionarios resaltaron que esto permitía que las pensiones conservaran su valor adquisitivo real.

25. En cuanto a las contribuciones, indicaron que el régimen del Decreto Ley 20530 establecía originariamente que los aportes que debían hacer los trabajadores en actividad eran el 8%, 12% o 15% según correspondiera en base al monto de la remuneración. Señalaron que posteriormente se estableció un 12% del cual un 6% le correspondía al trabajador y el otro 6% le correspondía al empleador. Agregaron que las aportaciones de los

trabajadores pertenecientes al otro régimen pensional del sector público, el regulado por el Decreto Ley 19990, equivalían a un monto fijado por Decreto Supremo que debía ser pagado en una tercera parte por el trabajador, y en dos terceras partes por el empleador.

26. Señalaron que en el año 1993 la Constitución Política incorporó una protección más amplia al régimen pensional del Decreto Ley 20530 al establecer en su Primera Disposición Final y Transitoria que los nuevos regímenes sociales que se establecieran a futuro no podían afectar los derechos obtenidos como consecuencia de los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530.

27. Asimismo, indicaron que el propio Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución Política en Perú, concluyó en numerosas sentencias proferidas en recursos de amparo, que ninguna norma legal podía derogar o modificar, en perjuicio de los pensionistas, el marco legal vigente al momento en que las pensiones habían sido obtenidas. En ese sentido, los peticionarios señalaron que el Tribunal Constitucional convirtió a las pensiones del régimen del Decreto Ley 20530 en pensiones nivelables, sin topes y no revisables^[2], estableciendo que la correcta interpretación de la disposición de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana de 1993 “no puede ser otra que consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, entendiéndose por derechos adquiridos aquellos que han entrado a nuestro dominio, que hacen parte de él y del cual ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos”^[3].

28. Los peticionarios resaltaron que el Tribunal Constitucional se pronunció siempre a favor de los pensionistas, enfatizando que cualquier intento de reestructuración legal del régimen en cuestión requería una reforma constitucional previa.

29. Indicaron que el 15 de abril del 2004, el entonces Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, y el entonces Presidente del Consejo de Ministros, Carlos Ferrero Costa, hicieron llegar al Congreso de la República, el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que modifica los artículos 11, 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Detallaron que el proyecto se materializó mediante la emisión de dos leyes. La Ley N° 28389, “Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria la Constitución Política del Perú”, y la Ley N° 28449, mediante la cual se establecieron las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley 20530.

30. Según la información aportada por los peticionarios, las modificaciones incorporadas mediante la Reforma Constitucional pueden resumirse en:

1. El establecimiento de una entidad del Gobierno Nacional que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado;
2. La derogación del principio de los “derechos adquiridos” por el de los “hechos cumplidos” (por lo tanto la aplicación inmediata de las nuevas reglas);
3. El cierre definitivo del régimen del Decreto Ley 20.530 para efectos de nuevos ingresos de los trabajadores;
4. El fin del sistema de la nivelación de pensiones;
5. El establecimiento de una pensión mínima (Unidad Impositiva Tributaria);
6. La imposición progresiva de topes que excedan una Unidad Impositiva;
7. El establecimiento de un tope máximo que será de dos Unidades Impositivas; y
8. La emisión de la Ley 28449 que sustituye el contenido del Decreto Ley N° 20530 imponiendo nuevas formas de cálculo de pensión y la imposición de topes pensionarios en la pensión que recibirá el pensionista o sus beneficiarios.

31. Los peticionarios señalaron que las Leyes No. 28389 y 28449 fueron impugnadas a través de una acción de inconstitucionalidad, la cual fue resuelta por el Tribunal Constitucional mediante sentencia publicada el 12 de junio de 2005. Según los peticionarios, el Tribunal declaró infundadas las demandas que impugnaron la constitucionalidad de la

reforma, con fundamento en que la misma se llevó a cabo con respeto al procedimiento previsto en la Constitución Política y que se respetó el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, no se afectó la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social y no se impidió el aumento de la calidad de vida ni la vigencia de los derechos a la igualdad y a la propiedad privada de los pensionistas.

32. En cuanto a los efectos de la reforma constitucional, los peticionarios alegaron que se suprimieron los derechos adquiridos de los 320.331 beneficiarios del Decreto Ley 20530, prohibiendo que se nivelen sus pensiones con las remuneraciones permanentes que reciben los trabajadores en actividad de cargo similar o equivalente; así como rebajando las pensiones superiores al valor de dos unidades impositivas tributarias, lo que ha traído como consecuencia no sólo una agresión a la dignidad humana de los afectados, sino una grave afectación a su calidad de vida. Indicaron también que después de la reforma constitucional, al 48% de pensionistas mayores de 65 años de edad, sólo se les otorgó incrementos que no llegan a compensar ni siquiera el 50% de la inflación acumulada en los últimos cuatro años. Agregaron que a los que tienen menos de 65 años, que representan el 52%, no se les ha otorgado ningún tipo de incremento.

33. Argumentaron que aunque el gobierno anunció que se producirían ahorros que serían canalizados para desarrollar políticas sociales a favor de la educación y salud, el pasar del tiempo ha demostrado que esas políticas no se concretaron y que el gasto público para tales fines se disminuyó.

34. Los peticionarios señalaron que la reforma eliminó, frente al sistema pensionario, la teoría de los derechos adquiridos y su protección bajo el principio de irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 103 de la Constitución Política de 1993. Mencionaron que tal como estaba consagrado este principio antes de la reforma constitucional, estaba prohibido aplicar una ley nueva a hechos y/o supuestos nacidos, ocurridos o consumados bajo el amparo y esfera de aplicación de la ley antigua. Resaltaron que dicho principio estaba recogido en la prohibición explícita consagrada en el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 de afectar, mediante nueva legislación, los derechos de los pensionistas de los Decretos Leyes 20530 y 19990.

35. Indicaron que tras la reforma del referido artículo 103, el criterio cambió dado que en la actualidad prima la obligatoriedad de la norma reciente y la atribución que el Estado tiene de alterar los mandatos mediante la llamada "teoría de los hechos cumplidos". En consideración de los peticionarios, se legitimó la aplicación inmediata de las leyes a situaciones jurídicas existentes. Los peticionarios resaltaron que con base en la reforma, la teoría de los derechos adquiridos queda totalmente derogada salvo en materia penal.

36. En resumen, los peticionarios alegan que tanto la reforma constitucional y legal, vulneraron en perjuicio de los pensionistas los derechos consagrados en los artículos 4, 10, 17, 21, 24, 25 y 26, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2, todos de la Convención Americana, así como los artículos XVI de la Declaración Americana y 9 del Protocolo de San Salvador que consagran el derecho a la seguridad social. Algunos peticionarios incorporaron alegatos relacionados con la supuesta violación de diversos artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

37. En cuanto al derecho a la propiedad, los peticionarios argumentaron que el elemento correspondiente a la nivelación es parte del contenido esencial de la pensión que perciben. En su consideración, el Estado violó su derecho a la propiedad por no haber respetado un beneficio adquirido e incorporado al patrimonio de los pensionistas. Con relación al argumento del Estado sobre la no afectación a dicho contenido esencial del derecho a la seguridad social mediante la reforma constitucional, los peticionarios alegan que lo que se debe considerar es el contenido esencial del derecho de los pensionistas del Decreto Ley 20530 y no de la sociedad peruana en general. Los peticionarios indicaron que esta posición ya fue sostenida por la Corte Interamericana en el caso Cinco Pensionistas en los siguientes términos: "al cumplir con los requisitos del decreto Ley 20530, los pensionistas de este régimen adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el referido decreto ley y sus normas conexas, adquiriendo un derecho de

propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad al Decreto Ley 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención”.

38. Asimismo, argumentaron que aún si fuera necesario para el Estado, actuando a favor del bien común o del interés social, reducir el valor de las pensiones de los cesantes y jubilados, de acuerdo con el artículo 21 de la Convención, los pensionistas tendrían un derecho a recibir una justa indemnización por tratarse de una expropiación, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

39. Los peticionarios también señalaron que el Estado violó el deber de progresividad que le compete en el marco de la implementación del derecho a la seguridad social. Según los peticionarios, el Tribunal Constitucional en su sentencia pasó por alto que los derechos a la seguridad social y al desarrollo progresivo – al margen de su concurrente expresión colectiva – son derechos de titularidad individual.

40. Los peticionarios cuestionaron además el procedimiento constitucional por el cual la legislatura procedió a reformar la Constitución Política y el régimen del Decreto Ley 20530. Con respecto a la resolución judicial del Tribunal Constitucional de fecha 3 de junio de 2005 señalaron que aquella no reúne ni cumple con los estándares mínimos de “soportabilidad jurídica”.

41. Los peticionarios alegaron que en el proceso de reforma constitucional no fueron consideradas o consultadas las organizaciones civiles, a fin de obtener su opinión y escuchar los diversos puntos de vista que existen en un tema tan delicado como la seguridad social y los derechos pensionarios. Indicaron que en el dictamen parlamentario proferido con relación al Proyecto de Ley que se debatió en el Congreso no se encuentra la sumilla de las opiniones proferidas por la sociedad civil, por lo cual se habría incurrido en una contravención de lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento del Congreso de la República.

42. Argumentaron también que la reforma constitucional y legal vulneró ilegítimamente el núcleo duro de los derechos humanos protegidos no sólo por la constitución sino por los Tratados Internacionales. Señalaron que el constituyente peruano estaba “limitado materialmente”, es decir por aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional, como son la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el estado de derecho y la no discriminación. En ese sentido, alegaron que la reforma constitucional modificó, sin facultades legítimas, derechos adquiridos en materia pensionaria.

43. Asimismo, algunos peticionarios indicaron que la reforma afectó el derecho a la igualdad ante la ley pues otros grupos de pensionistas, como los del régimen del personal militar del país, mantienen el derecho a la nivelación, sin que el Estado hubiera adoptado medidas restrictivas con relación a ellos.

44. Finalmente, algunos peticionarios argumentaron que la reforma constitucional convirtió en “inejecutables” decisiones de amparo previas que fueron emitidas en su favor y que ordenaron el pago de montos por concepto de nivelación de pensiones en virtud del Decreto Ley 20530.

45. En cuanto al requisito de agotamiento de los recursos internos y al plazo de presentación de la petición, los peticionarios presentan una diversidad de alegatos. Un grupo de peticionarios indicó que la CIDH debía tomar en consideración decisiones de amparo proferidas en su favor en los años 2001 y 2004, cuya ejecución aún se encontraría pendiente. Otro grupo de peticionarios informó sobre una acción de amparo contra el Congreso de la República y el Consejo de Ministros ante el 48 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima por la amenaza inminente de violación de los derechos constitucionales de los pensionistas al encontrarse en trámite de aprobación el proyecto de ley de reforma constitucional. En general, todos los peticionarios coinciden en que los recursos fueron agotados mediante la acción de constitucionalidad contra la reforma, la cual fue decidida por el Tribunal Constitucional el 3 de junio de 2005 con efectos *erga omnes*.

B. Posición del Estado

46. El Estado detalló el contenido de la reforma, indicando que se modificaron los artículos 11, 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana. En cuanto al artículo 103, el Estado señaló que se sustituyó por completo el texto anterior, el cual adoptaba la teoría de los derechos adquiridos. Indicó que la nueva normativa establece en lo pertinente que: "La ley desde su vigencia, se aplicaría a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...". Agregó que con ello se optó expresamente por la teoría de los hechos cumplidos, permitiendo que las reformas legislativas se apliquen de inmediato al personal activo y a los pensionistas del régimen del Decreto Ley 20530. Por último, indicó que la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria cerró el régimen pensionario del Decreto Ley 20530.

47. El Estado señaló que el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 3 de junio de 2005 declaró la constitucionalidad de la reforma al régimen pensionario. Resaltó que en el procedimiento de reforma constitucional se cumplió estrictamente con lo contemplado en el artículo 206º de la Constitución Política y que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión fue respetado, como lo establece la referida sentencia del Tribunal Constitucional. En consideración del Estado, las peticiones acumuladas cuestionan una reforma cuya formalidad, contenido y compatibilidad con los instrumentos internacionales ha sido constatada y respaldada por el órgano supremo de control de constitucionalidad en el Perú.

48. El Estado alegó que la reforma no implicó la eliminación o supresión del derecho a la pensión o sus elementos intrínsecos. Afirmó que no se ha suprimido ningún derecho, ni se establece una reforma peyorativa, sino el cambio de ciertas condiciones en la prestación pensionaria y en el modo de disponer la forma de nivelación. En consideración del Estado no se eliminó ningún derecho, tan sólo se estableció una forma distinta de regulación.

49. El Estado resaltó que la reforma constitucional fue realizada por vía legal, respetando el derecho a la igualdad, estuvo inspirada en razones de utilidad pública o interés social y tuvo el objeto de preservar el bienestar general o el bien común dentro de una sociedad democrática. Según el Estado, el proceso de reforma constitucional y la legislación adoptada cumplen a cabalidad con las condiciones establecidas en materia de derecho a la propiedad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales han sido desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

50. El Estado planteó como argumento principal para justificar la reforma, el impacto devastador que tendría en el financiamiento del Estado continuar con el régimen del Decreto Ley 20530. Resaltó que las nuevas reglas establecidas para dicho régimen se basan en los principios de equidad y bienestar general.

51. El Estado reiteró que las tres características fundamentales del régimen del Decreto Ley 20530 que determinaron la necesidad del cambio, fueron: el costo excesivo, el tiempo de servicios sin edad mínima y la inequidad.

52. En cuanto al costo, indicó que según información proporcionada por el Ministerio de Economía y Finanzas, entre los años 1974 y 2003, el Estado abonó la suma equivalente a 26.802 millones de dólares americanos más de lo que recaudó en contribuciones correspondientes al Decreto Ley 20530. Con relación a que la pensión se determinaba con base en el tiempo de servicio sin tomar en consideración una edad mínima, el Estado señaló que ello implicaba una situación de imprevisibilidad en cuanto a los nuevos pensionistas que anualmente adquirirían tal cantidad. El Estado agregó que esta característica del régimen estimulaba a que los trabajadores pasaran a la calidad de pasivos en la plenitud de su vida laboral.

53. Sobre la inequidad, el Estado alegó que el régimen del Decreto Ley 20530 se sustentaba en una situación de desigualdad frente a los servidores públicos que se encontraban bajo el otro régimen pensional existente en Perú. Explicó el Estado que si se compara el número de pensionistas bajo el régimen del Decreto Ley 20530 con el régimen general del Sistema Nacional de Pensiones, se advierte que el 73% de aquellos ganan más que la pensión máxima permitida por el último.

54. El Estado resaltó que a pesar de todas las deficiencias del régimen del Decreto Ley 20530, el mismo pudo mantenerse como consecuencia de la Primera Disposición Transitoria de la Constitución de 1993 que estableció que los nuevos regímenes sociales obligatorios en materia de pensiones de servidores públicos, no podían afectar los derechos legalmente obtenidos en virtud de los Decretos Leyes 19990 y 20530. Precisamente por esta situación se determinó la necesidad de una reforma constitucional.

55. El Estado señaló que el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a la ley. Asimismo, informó que la reforma incluyó el establecimiento de nuevas reglas del régimen de pensiones en los siguientes términos: "para los pensionistas con 65 años de edad o más, el reajuste de sus pensiones será anual, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida y la capacidad financiera del Estado, con lo que se apunta al mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión, evitándose su deterioro por la inflación".

56. En sus observaciones del fondo, el Estado peruano indicó que la reforma ya ha permitido incrementar las pensiones más bajas del régimen y viene reajustando anualmente las pensiones de los mayores de 65 años. Explicó el Estado que a partir de enero de 2005, ningún pensionista del régimen del Decreto Ley 20530 percibe una pensión inferior a los S/. 415^[4], de manera similar a la de los regímenes del Decreto Ley 19990 y del Sistema Privado de Pensiones. El Estado detalló que los incrementos en las pensiones favorecieron a 97.176 beneficiarios cuyas pensiones no eran superiores a los S/. 800. El Estado también se refirió a otros incrementos que han sido factibles por el ahorro que ha implicado la reforma. Indicó que mediante la Ley 28666 de 11 de enero de 2006 se otorgó un incremento de hasta el 25% de la pensión por viudez en el régimen del Decreto Ley 19990. Agregó que a partir de enero de 2008, se aumentó hasta en S/. 50 la pensión de los beneficiarios de jubilación e invalidez.

57. Por otra parte, el Estado indicó que la reforma no sólo ha permitido incrementar los montos de las pensiones más bajas, sino ampliar la cobertura mediante la creación del Sistema de Pensiones Sociales (en junio de 2008) que pretende incorporar a otros sectores sociales y productivos de Perú, como trabajadores de microempresas menores de 55 años. El Estado resaltó además una serie de medidas en materia de salud y educación, detallando que el gasto en salud, educación, saneamiento y protección social presenta un incremento constante.

58. El Estado concluyó que no se ha suprimido ningún derecho pues: i) no se eliminó el derecho pensionario de ningún beneficiario del Decreto Ley 20530; ii) no se eliminó el derecho al reajuste pensionario, el cual se regula de manera diferente, privilegiando a quienes reciben pensiones más bajas; y iii) se establece una pensión máxima cuyo monto es razonable y proporcional dentro de una situación social y económica que lo hace factible y necesario.

59. En cuanto a los requisitos de admisibilidad, el Estado presentó alegatos distintos con relación a cada petición. Sobre la petición 1049-05, el Estado advirtió que los peticionarios recurrieron ante el Poder Judicial utilizando las vías de impugnación propias del derecho interno, a través de una demanda de acción de amparo, que habría sido declarada fundada por la Corte Superior de Justicia mediante Resolución de 6 de octubre de 2004. El Estado señaló sin embargo, que dicho proceso judicial aún no ha concluido y por lo tanto las presuntas víctimas no han agotado los recursos internos. Con respecto a la petición 1287-05, el Estado indicó que las presuntas víctimas impugnaron la reforma constitucional mediante una demanda de amparo, la misma que fue resuelta desfavorablemente en primera instancia. El Estado resaltó que los peticionarios no impugnaron esta decisión y por lo tanto no agotaron los recursos internos.

60. En relación con las peticiones 1177-05, 1286-05 y 1414-05, el Estado indicó que las presuntas víctimas fueron parte de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las leyes Nº 28389 y 28449. Señaló que dicho proceso culminó con la sentencia de 3 de junio de 2005 del Tribunal Constitucional, la cual fue proferida en favor de la legalidad, la justicia y la equidad.

61. En cuanto a los alegatos de los peticionarios que indicaron que la reforma convirtió en "inejecutables" decisiones de amparo proferidas previamente en su favor, el Estado reconoció la existencia de procesos en fase de ejecución de sentencia a favor de los pensionistas. Al respecto, el Estado afirmó que en tales casos se reconoce y respeta el derecho a la nivelación hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional y que los procesos judiciales para determinar la forma de cumplimiento de las sentencias aún se encuentran en trámite.

IV. ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

A. Cuestión previa: delimitación del objeto del caso.

62. Las partes presentaron alegatos sobre presuntas violaciones derivadas de la reforma constitucional en dos sentidos: i) los peticionarios cuestionan la compatibilidad de la reforma en sí misma con la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos; y ii) los peticionarios consideran que como consecuencia de dicha reforma las sentencias de amparo proferidas anteriormente en su favor, quedaron convertidas en inejecutables^[5].

63. La Comisión está tramitando otra petición que se encuentra en etapa de admisibilidad y cuyo objeto principal es precisamente el presunto incumplimiento de las sentencias de amparo que los peticionarios alegan como "inejecutables" en virtud de la reforma constitucional. Estos alegatos quedan por fuera del análisis del presente informe, pues serán examinados en el contexto de la petición mencionada. En tal sentido, el análisis de admisibilidad y fondo que se efectúa a continuación, se limita a los alegatos relacionados con el primer punto, esto es, la supuesta incompatibilidad de la reforma constitucional con la Convención y otros instrumentos interamericanos.

B. Competencia de la Comisión *ratione temporis*, *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione loci*

64. Los peticionarios se encuentran facultados por el artículo 44 de la Convención Americana para presentar peticiones ante la Comisión. La petición señala como presuntas víctimas a personas físicas, respecto de quienes el Estado peruano se comprometió a respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana. En lo concerniente al Estado, la Comisión observa que Perú es Estado parte de la Convención Americana desde el 28 de julio de 1978, fecha en que se depositó el instrumento de ratificación respectivo. Por lo tanto la Comisión tiene competencia *ratione personae* para examinar la petición.

65. No obstante lo anterior, con respecto a la petición 1414-05, la Comisión observa que fue presentada por el Colegio de Abogados de Cuzco en relación con "los pensionistas todos sin excepción". Los peticionarios adujeron que la ciudadanía en general, así como el universo de los pensionistas de los diferentes regímenes pensionarios, se habrían visto afectados por la reforma constitucional y legal que entró en vigencia a partir del año 2005. En ese sentido, si bien es admisible que un peticionario presente una petición en nombre de otras personas o alegadas víctimas, la Comisión reafirma su jurisprudencia en el sentido de que

No debe interpretarse que la liberalidad del sistema interamericano en este aspecto puede admitir la interposición de una acción *in abstracto* ante la Comisión. Un individuo no puede instituir un *actio popularis* e impugnar una ley sin establecer cierta legitimación activa que justifique su recurso a la Comisión. La peticionaria debe presentarse como víctima de una violación de la Convención o debe comparecer ante la Comisión como representante de una víctima putativa de una violación de la Convención por un Estado Parte^[6].

66. De lo anterior se desprende que para que una petición sea admisible deben existir víctimas concretas, individualizadas y determinadas. La CIDH reitera que no son admisibles peticiones realizadas "*actio popularis*", es decir a nombre de todo el pueblo de un país, criterio que resulta aplicable al presente caso. La indicación como presuntas víctimas de todos los pensionistas no constituye un grupo suficientemente definido e identificable a los

efectos del artículo 32 del Reglamento de la CIDH^[7]. En consecuencia, la petición 1414-05 resulta inadmisibles por falta de competencia *ratione personae* de la Comisión.

67. La Comisión tiene competencia *ratione loci* para conocer la petición, por cuanto en ella se alegan violaciones de derechos protegidos en la Convención Americana que habrían tenido lugar bajo la jurisdicción del Estado. La Comisión tiene competencia *ratione temporis* para estudiar el reclamo por cuanto la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana ya se encontraba en vigor para el Estado peruano en la fecha en que habrían ocurrido los hechos alegados en la petición.

68. Finalmente, la Comisión tiene competencia *ratione materiae*, dado que en la petición se denuncian posibles violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana. Sobre la alegada vulneración de los artículos II (Derecho a la igualdad ante la ley), XVI (Derecho a la seguridad social), XVIII (Derecho a la justicia) y XXIII (Derecho a la propiedad) de la Declaración Americana, la Comisión observa que los derechos que el Estado se comprometió a preservar como parte de la Carta de la OEA, son los estipulados en la Declaración Americana, que es fuente de obligaciones internacionales^[8]. Sin embargo, el Estado peruano ratificó la Convención Americana y por lo tanto, a partir de ese momento, dicho instrumento se convirtió en su principal fuente de obligaciones jurídicas^[9]. En ese sentido y teniendo en cuenta que en ella se encuentran consagrados los derechos alegados por los peticionarios, el análisis de fondo del presente caso se centrará en la Convención Americana.

69. La Comisión observa que los peticionarios alegaron también la violación del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 9 del Protocolo de San Salvador. Al respecto, la Comisión resalta que el artículo 19.6 de dicho tratado consagra una cláusula limitada de competencia para que los órganos del Sistema Interamericano puedan conocer peticiones individuales relacionadas con los derechos consagrados en los artículos 8 a) y 13. En ese sentido, la Comisión no tiene competencia *ratione materiae* para pronunciarse sobre la posible violación del artículo 9 del Protocolo de San Salvador, sin perjuicio del análisis del derecho a la seguridad social a la luz de la Convención Americana en los términos referidos *infra* párrs. 130 - 133.

70. Finalmente, en cuanto a las posibles violaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Comisión observa que no se trata de instrumentos aprobados en el ámbito regional del Sistema Interamericano, sin perjuicio de que puedan ser utilizados como fuentes de interpretación en la decisión del presente caso.

C. Otros requisitos de admisibilidad de la petición

1. Agotamiento de los recursos internos

71. El artículo 46.1.a. de la Convención Americana dispone que, para que sea admisible una denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de conformidad con el artículo 44 de la Convención, es necesario que se hayan intentado y agotado los recursos internos conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. Este requisito tiene como objeto permitir que las autoridades nacionales conozcan sobre la supuesta violación de un derecho protegido y, de ser apropiado, tengan la oportunidad de solucionarla antes de que sea conocida por una instancia internacional.

72. El Estado interpuso la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos con relación a las peticiones 1049-05 y 1287-05.

73. Con respecto a la petición 1049-05 (Asociación Nacional de Pensionistas del Banco de la Nación), el Estado alegó que los peticionarios no agotaron los recursos internos a su alcance para impugnar la reforma constitucional, ya que la acción de amparo que fue declarada fundada en primera instancia por la Corte Superior de Justicia el 6 de octubre de 2004, se encuentra pendiente de resolución de segunda instancia.

74. En cuanto a la petición 1287-05 (Centro Federado de Trabajadores y Ex – Servidores del Seguro Social), el Estado señaló que si bien los peticionarios presentaron demanda de amparo contra la reforma constitucional y la misma fue resuelta desfavorablemente en primera instancia, no interpusieron recurso de impugnación.

75. La Comisión observa que el objeto de todas las peticiones es la presunta violación a la Convención Americana como consecuencia de la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530. Como consecuencia de procesos constitucionales interpuestos por pensionistas afectados por la reforma, el 3 de junio de 2005 el Tribunal Constitucional profirió sentencia declarando su constitucionalidad. La Comisión observa que de conformidad con la legislación peruana, específicamente el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, las sentencias de esa naturaleza producen efectos generales^[10]. Dada la naturaleza del caso, el Tribunal Constitucional en el uso de sus facultades emitió no sólo una decisión obligatoria en última instancia, sino una sentencia de efectos generales *erga omnes* hacia terceros incluyendo los poderes públicos. En ese sentido, la Comisión estima que con esta decisión culminó la posibilidad de debatir el tema en la jurisdicción interna y por lo tanto deben considerarse agotados los recursos internos con relación a todas las peticiones.

2. Plazo para presentar la petición

76. El artículo 46.1.b de la Convención establece que para que la petición pueda ser declarada admisible, es necesario que se haya presentado en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que el interesado fue notificado de la decisión final a nivel de la jurisdicción interna.

77. La Comisión observa que la petición 957-05 fue presentada el 23 de agosto de 2005; que la petición 1049-05 fue presentada el 6 de septiembre de 2005; que la petición 1177-05 fue presentada el 19 de octubre de 2005; que la petición 1286-05 fue presentada el 1º de noviembre de 2005; y que la petición 1287-05 fue presentada el 1 de noviembre de 2005. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la reforma del régimen de pensiones se emitió el 3 de junio de 2005 y fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de junio de 2005, las peticiones fueron presentadas oportunamente, en cumplimiento del requisito consagrado en el artículo 46.1.b de la Convención.

3. Duplicidad de procedimientos y cosa juzgada internacionales

78. No surge del expediente que la materia de las peticiones acumuladas se encuentre pendiente de decisión en otro procedimiento de arreglo internacional, ni que reproduzca una petición ya examinada por este u otro órgano internacional. Por lo tanto, corresponde dar por cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 46.1.c y 47.d de la Convención.

D. Caracterización de los hechos alegados

79. A los fines de admisibilidad, la Comisión debe decidir si en la petición se exponen hechos que podrían caracterizar una violación, como estipula el artículo 47.b de la Convención Americana, si la petición es “manifiestamente infundada” o si es “evidente su total improcedencia”, según el inciso (c) del mismo artículo. El estándar de apreciación de estos extremos es diferente del requerido para decidir sobre los méritos de una denuncia. La Comisión debe realizar una evaluación *prima facie* para examinar si la denuncia fundamenta la aparente o potencial violación de un derecho garantizado por la Convención y no para establecer la existencia de una violación. Tal examen es un análisis sumario que no implica un prejuicio o un avance de opinión sobre el fondo.

80. Teniendo en cuenta el estrecho vínculo entre las cuestiones de admisibilidad y fondo en el presente caso, la Comisión, en concordancia con el análisis de fondo que se efectúa *Infra*, considera que los hechos narrados por los peticionarios podrían caracterizar violación de los derechos consagrados en los artículos 21, 26 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. En la etapa de fondo, la CIDH evaluará si la medida adoptada por el Estado en

cuanto al régimen pensional, estuvo acorde con los estándares establecidos en la Convención Americana en materia de restricciones al ejercicio de los derechos. Por otra parte, la CIDH considera que los peticionarios no han presentado elementos suficientes que resulten en una caracterización *prima facie* de violación de los derechos consagrados en los artículos 4, 10, 17 y 24 de la Convención Americana.

V. HECHOS PROBADOS

81. La Comisión observa que no existe controversia entre las partes en cuanto a los hechos del presente caso, los cuales serán narrados en el siguiente orden: i) El Decreto Ley 20530 y su régimen pensionario; ii) La Constitución Política de 1979 y la Ley 23495 de 20 de noviembre de 1982; iii) La Constitución Política de 1993 y la teoría de los derechos adquiridos; iv) La reforma constitucional y legal mediante las leyes No. 28389 y 28449, respectivamente; y v) La sentencia del Tribunal Constitucional.

A. El Decreto Ley 20530 y su régimen pensionario

82. El 27 de febrero de 1974 se promulgó el Decreto Ley 20530 Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado no Comprendidos en el Decreto Ley 19990. En lo pertinente, dicho régimen establecía:

Artículo 4. El trabajador adquiere derecho a la pensión al alcanzar quince años de servicios reales y remunerados, si es hombre; y doce y medio si es mujer.

Artículo 7. Las remuneraciones pensionables y las pensiones, están afectas al descuento para pensiones de acuerdo a la escala siguiente:

- Hasta S/. 10.000.....8%
- Por el exceso de S/. 10.000
hasta S/. 20.000.....12%
- Por el exceso de S/. 20.000.....15%
- (...)

Artículo 49. Las pensiones son renovables cuando:

- a) Al cesar, los hombres cuenten con 30 o más años de servicios y las mujeres con 25 o más años de servicios, tengan 60 o 55 años de edad o más, respectivamente, y no hubiesen sido inhabilitados por sentencia judicial ejecutoriada o destituidos por medida disciplinaria;
- b) Los pensionistas cumplan 80 años de edad, cualquiera que fuese el tiempo de servicios por ellos prestados;
- c) La pensión de invalidez se hubiera otorgado de acuerdo al Artículo 19;
- d) La pensión de sobrevivientes provenga de pensión renovable; y
- e) La pensión de sobrevivientes se hubiera otorgado de acuerdo al Artículo 26.

Artículo 50. La renovación de la pensión se efectuará en base a las modificaciones de la Escala de Remuneraciones, se tramitará de oficio, se otorgará por Resolución del Titular del Pliego correspondiente, y regirá a partir del mes siguiente a aquél en que se varíe la citada escala^[11].

B. La Constitución Política de 1979 y la Ley 23495 de 20 de noviembre de 1982

83. La Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de 1979, estableció el derecho a la nivelación progresiva de las pensiones de cesantes con más de 20 años de servicios, en los siguientes términos:

OCTAVA.- Las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración pública, no sometidas al régimen del Seguro Social del Perú o a otros regímenes especiales, se nivelan progresivamente con los

haber de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios, a partir del 1 de enero de 1980 deben consignarse en el Presupuesto de la República las partidas consiguientes^[12].

84. Mediante el Decreto Ley 23495 de 20 de noviembre de 1982 y su Reglamento, se desarrolló la anterior norma constitucional, estableciendo el derecho a la nivelación automática y progresiva a favor de los beneficiarios del Decreto Ley 20530:

cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto al que corresponde al servidor en actividad^[13].

C. La Constitución Política de 1993 y la teoría de los derechos adquiridos

85. La Constitución Política de 1993 estableció la garantía de irretroactividad de las leyes y elevó a la categoría de derechos adquiridos los regímenes pensionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 en los siguientes términos:

Artículo 103°. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho

(...)

Disposición Final y Transitoria Primera: Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias^[14].

D. La reforma constitucional y legal mediante las Leyes No. 28389 y 28449, respectivamente

86. El 17 de noviembre de 2004 se publicó la Ley de Reforma Constitucional No. 28398, mediante la cual se reformaron los artículos 11, 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. En lo relevante para el presente caso, se modificó el artículo 103 de la Constitución Política de la siguiente manera:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

87. Asimismo, el artículo 3 de dicha ley modificó la Primera Disposición Final y Transitoria, en los siguientes términos:

Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley 20530.

2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a la ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito^[15].

88. En desarrollo de la reforma constitucional, el 30 de diciembre de 2004 se publicó la Ley 28449 que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley 20530. En lo pertinente, dicha ley estableció:

Artículo 3. – Monto máximo de las pensiones. El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20530 es de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha en que corresponda el pago de la pensión.

Artículo 4.- Reajuste de pensiones. Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad. El reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional.

(...)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

(...)

TERCERA.- Adecuación de las pensiones al tope. El tope a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley se aplicará a partir de la vigencia de la presente disposición,

de manera progresiva. Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigente a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente^[16].

E. La sentencia del Tribunal Constitucional

89. El 3 de junio de 2005 el Tribunal Constitucional profirió una sentencia mediante la cual declaró la constitucionalidad de la reforma planteada a través de las Leyes 28389 y 28449. Entre los argumentos del Tribunal Constitucional se encuentran:

El sistema de nivelación previsto en el régimen del Decreto Ley, 20530 es el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen, convirtiendo a cada pensionista, en base a la regla de justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, harto ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en que cesó el pensionista. Dicha nivelación sólo podría pervivir basándose en la justicia distributiva, como manifestación concreta del principio de solidaridad, de manera tal que determinado *quantum* de las pensiones más altas del régimen, pueda aumentar las más bajas. Indudablemente, tal opción implica una regresión en el caso de los titulares más beneficiados (los menos), pero no modo alguno podría considerarse que el principio de progresividad se encuentre comprometido, pues significa un avance para los más perjudicados (la mayoría)^[17].

90. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional coincidió con los demandantes en que las nuevas reglas impuestas terminan consolidando al Estado social y democrático de derecho, pues:

1. Se sientan las bases de una redistribución económica importante que elimina distorsiones insultantes en los montos pensionarios en un Estado pobre como el peruano.
2. Como consecuencia de lo anterior y conforme a la Ley 28449, se introduce un elemento de justicia social: se posibilita el aumento en la base de aquellos pensionistas del régimen del D.L. 20530 que perciben menos de una RMV (S/. 415.00), así como se produce un aumento a aquellos que perciben pensiones menores de S/. 800.00.
3. Por lo tanto, se postula una progresividad en el ejercicio real de los derechos pensionarios del conjunto de pensionistas del régimen del D.L. N° 20530 y no solo de un sector de ellos, como era antes de la reforma.
4. La reforma permite ampliar a mayores sectores las prestaciones del régimen de pensiones^[18].

91. El Tribunal Constitucional tomó en consideración un informe presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el Ministerio de Economía y Finanzas, que señala que la pensión más alta del Decreto Ley 20530 es veintiséis veces mayor que la más baja. El Tribunal resaltó que la reforma efectivamente puede incluir un principio de equidad en el régimen pensionario pues en cinco años aproximadamente, esta diferencia se disminuirá de veintiséis a siete. El Tribunal recordó que en anterior pronunciamiento ya había indicado que el referido régimen previsional "es un sistema inherentemente desfinanciado, pues, en la mayoría de casos, los aportes que los pensionistas han realizado durante sus años de actividad son claramente insuficientes para financiar los beneficios que perciben" ^[19].

92. El mismo Tribunal citó anteriores decisiones judiciales en las cuales concluyó que:

En efecto, durante 24 años (julio de 1979 a julio de 2003), la tasa de aporte al régimen del D.L No. 20530 fue de 6% (sólo recientemente, a partir del mes de agosto de 2003, fue incrementada a 13%), factor que, obviamente, determina su inviabilidad, más aún si se toma en cuenta que fue en el año 1982 en que entró en vigencia la Ley No. 23495 que, en desarrollo de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, permitió la nivelación progresiva e ilimitada de las pensiones con las remuneraciones del sector público de las respectivas categorías.

De acuerdo a la información enviada por el Ministerio de Economía y Finanzas a solicitud de este Tribunal Constitucional, respecto de la relación de los altos funcionarios beneficiarios del Decreto Ley No. 20530, el informe 'marco macroeconómico multianual 2004-2006 revisado' publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de agosto de 2003, y a la información de conocimiento público proporcionada por el mismo Ministerio, publicada en www.proyecto20530.gob.pe, 'se estima que, bajo condiciones optimistas, el valor de los aportes al sistema entre 1964 y 2003 apenas alcanza US\$ 10,147 millones, en comparación con los US\$ 36,950 millones que fueron pagados en el mismo período. A futuro, se estima que sólo se recaudarán US\$ 149 millones en aportes mientras que se tendrán que pagar pensiones por US\$ 24,564 millones.

Debido al reducido valor de los aportes, las pensiones del DL 20530 deben ser financiadas a través de recursos públicos, provenientes de los impuestos que pagamos todos los peruanos (...). Se estima que – para que una persona se jubile con una pensión equivalente al 100% de su sueldo, que luego sea transferida en su totalidad a su viuda de manera vitalicia, con sólo treinta años de servicios – se requeriría una tasa de aportes de equilibrio de, por lo menos, 38% para que no requiera subsidio del Estado, más aún si se considera que, al no existir edad mínima de jubilación y sólo requisitos de lapso de tiempo y de aportación en los cuales se incluye hasta los años de estudio para acceder a pensión nivelable normalmente los pensionistas se han jubilado a una edad muy temprana lo que tiende a alargar el período del pago de pensiones' ^[20].

93. Aplicando un *test* de razonabilidad, el Tribunal Constitucional concluyó que con la reforma "se ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (..) cuando se prevé el cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley 20530, la introducción de topes pensionarios y la eliminación de la nivelación pensionaria. Asimismo, no se ha afectado la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social (..); tampoco ha impedido el aumento de la calidad de vida (..) ni la vigencia de los derechos a la igualdad (..) y a la propiedad de los pensionistas" ^[21].

94. El Tribunal también concluyó que, en cuanto a la forma, el procedimiento constitucional se llevó a cabo en cumplimiento del artículo 206 de la Constitución ^[22].

VI. ANÁLISIS DE DERECHO

95. Los hechos del presente caso se centran en el cambio, a través de una reforma constitucional y legal, en la manera en que las presuntas víctimas venían ejerciendo su derecho a la pensión de jubilación. A la luz de la Convención Americana, estos hechos pueden ser analizados desde dos perspectivas. La primera, la incorporación de los efectos patrimoniales de un régimen de seguridad social determinado en la noción de propiedad privada en el marco del artículo 21 de la Convención; y la segunda, dentro de aquellas normas económicas y sociales de la Carta de la OEA que los Estados se encuentran en la obligación de efectivizar de manera progresiva según el artículo 26 de la Convención.

A. El derecho a la propiedad privada (artículo 21 de la Convención Americana)

96. El artículo 21 de la Convención Americana señala que:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

97. El artículo 1.1 de la Convención establece:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

98. El artículo 2 de la Convención Americana establece:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

99. La Comisión analizará si la reforma constitucional y legal constituyó una violación del derecho a la propiedad privada de las presuntas víctimas, a partir del siguiente orden: i) Cuestiones generales sobre la protección del derecho a la pensión bajo el artículo 21 de la Convención; ii) Las restricciones permisibles a los efectos patrimoniales del derecho a la pensión; y iii) La aplicación del *test* al caso concreto.

1. Cuestiones generales sobre la protección del derecho a la pensión bajo el artículo 21 de la Convención

100. En el caso Cinco Pensionistas, también referido a un grupo de jubilados beneficiarios del Decreto Ley 20530, tanto la Comisión en su demanda, como la Corte Interamericana en su sentencia, consideraron que debido a que la Constitución peruana vigente al momento de los hechos establecía que los derechos pensionales tenían carácter de "derechos adquiridos", los montos obtenidos por dicho concepto, incluyendo la nivelación, habían ingresado al patrimonio de las víctimas desde el momento en que éstas efectuaron las contribuciones y cumplieron con los requisitos legales respectivos y, por lo tanto, se encontraban protegidas por el artículo 21 de la Convención^[23].

101. Por su parte, la Corte Europea ha señalado que las contribuciones a un fondo de pensión podrían crear un derecho a la propiedad, el cual podría verse afectado como consecuencia de la manera en que se distribuye dicho fondo^[24]. Asimismo, ha indicado que los derechos que se sustentan en el pago de contribuciones a la seguridad social, tienen carácter pecuniario en el sentido del artículo 1 del Protocolo No. 1 al Convenio Europeo^[25] que consagra el derecho a la propiedad en términos similares al artículo 21 de la Convención Americana. De manera más detallada, la Corte Europea ha señalado que el derecho a una pensión para la que se han pagado previamente contribuciones, constituye un derecho de propiedad protegido por dicha norma^[26].

102. La Corte Europea también ha sostenido que si en un Estado determinado se encuentra vigente legislación que regula el pago de un monto por concepto de beneficios sociales, dicha legislación podría entenderse como generadora de un interés propietario para

las personas que satisfacen sus requisitos. En consideración de dicho Tribunal, ese interés propietario podría caer dentro del ámbito del artículo 1 del Protocolo No. 1 al Convenio Europeo^[27].

103. La Comisión concluye entonces que los efectos patrimoniales de un régimen pensional al cual se han efectuado contribuciones o cuyos requisitos legales se encuentran cumplidos, deben entenderse dentro del alcance del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana. En ese sentido, en términos generales y sin perjuicio del análisis sobre restricciones que se efectúa a continuación, en tanto la legislación interna establecía un mecanismo para el cálculo del monto de su pensión y las presuntas víctimas cumplieron los requisitos establecidos en dicha ley, las pensiones y su correspondiente nivelación, entraron a su patrimonio.

2. Las restricciones permisibles a los efectos patrimoniales del derecho a la pensión

104. Siempre que se alegue la restricción en el ejercicio de un derecho, el intérprete de la Convención debe identificar, en primer lugar, si la naturaleza del derecho implica que el mismo es susceptible de restricción. Sin embargo, esto no significa que toda limitación sea aceptable a la luz de la Convención Americana, en particular de los estándares establecidos en su artículo 30 y de los criterios específicos incluidos en la norma misma que consagra el derecho, en el caso concreto, en el artículo 21 del mismo instrumento^[28]. Cabe resaltar que en casos de restricciones de derechos, la carga de la prueba sobre la legitimidad de la restricción recae, en principio, sobre el Estado.

105. El artículo 30 de la Convención establece que “las restricciones permitidas, de acuerdo con la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

106. Tal como se deriva del texto mismo del artículo 21 de la Convención Americana, el derecho a la propiedad no es absoluto pues su uso y goce puede ser subordinado al interés social^[29]. La Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la propiedad debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales^[30]. En palabras de la Corte, “la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional”^[31].

107. Sobre el concepto de interés social consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, la Corte ha señalado que “comprende todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. Para tal efecto, los Estados deberán emplear todos los medios a su alcance para afectar en menor medida otros derechos, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención”^[32].

108. Específicamente, en el caso Cinco Pensionistas, la Corte reiteró que los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social y señaló que en el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados^[33].

109. En el mismo caso, la Corte tomó como pauta de interpretación el artículo 5 del Protocolo de San Salvador indicando que sólo es permisible a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general

dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”^[34]. La Corte agregó que, en todo caso, si la restricción afecta el goce del derecho a la propiedad, la misma debe llevarse a cabo conforme los criterios establecidos en el artículo 21 de la Convención.

110. En similar sentido, la Corte Europea ha sugerido que el derecho a la pensión no es absoluto indicando que su inclusión en el artículo 1 del Protocolo 1 no implica la protección de un monto dinerario específico^[35].

111. En casos relacionados con reducciones de montos pensionarios, la Corte Europea ha tomado en consideración varios criterios para determinar la existencia o no de una violación del derecho a la propiedad. Además de analizar la legitimidad del fin que se pretende lograr con la restricción, ha indicado que le corresponde examinar la proporcionalidad, esto es, si el Estado realizó un justo balance entre las demandas del interés general de la comunidad y los requisitos de la protección de los derechos individuales^[36]. En dicho examen, la Corte se ha centrado en si la restricción ha afectado la esencia misma del derecho a la pensión^[37].

112. Con base en estos criterios generales, la Comisión analizará si la reforma constitucional y legal objeto de análisis en el presente caso, constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la propiedad de las presuntas víctimas, a partir del siguiente *test*: i) Si la restricción fue impuesta a través de una ley; ii) Si la restricción obedeció a un fin legítimo en el sentido de realizar un interés social o de preservar el bienestar general en una sociedad democrática; y iii) Si la restricción fue proporcional en el sentido de ser razonable para obtener dicho fin y, en todo caso, de no sacrificar la esencia del derecho a la pensión.

3. La aplicación del test al caso concreto

a. Legalidad

113. En el presente caso, la restricción del derecho a la pensión se efectuó a través de una reforma constitucional y legal materializada a través de las Leyes 28389 y 28449. La información disponible indica que dichas normas se aprobaron en concordancia con el régimen constitucional vigente. En particular, la Comisión no cuenta con elementos para pronunciarse de manera diferente al Tribunal Constitucional en el sentido de que la Ley 28389 mediante la cual se aprobó la reforma constitucional, fue adoptada de conformidad con el artículo 206 de la Constitución Política. Mediante la acción de inconstitucionalidad interpuesta por los peticionarios, el Tribunal Constitucional peruano se pronunció sobre el cumplimiento de los requisitos formales de estas normas, concluyendo que se habían cumplido los procedimientos respectivos. En estas circunstancias, la Comisión considera que la restricción cumplió con el requisito de legalidad.

b. Fin legítimo

114. El Estado peruano argumentó que la reforma constitucional y legal era necesaria por cuanto las contribuciones reguladas por el Decreto Ley 20530, no estaban siendo suficientes para solventar el pago de las pensiones derivadas de dicho régimen. En ese sentido, el Estado resaltó que la continuidad en el pago de dichas pensiones, constituía una amenaza a la estabilidad financiera del Estado en general y, en particular, al sistema pensional del sector público.

115. Adicionalmente, el Estado presentó una serie de razones por las cuales el régimen específico establecido en el Decreto Ley 20530 debía ser cambiado. Entre dichas razones se encuentran: i) el costo excesivo del régimen; ii) la imprevisibilidad del mismo debido a que no se establecía una edad mínima para pensionarse, siendo el único requisito el tiempo de servicio; y iii) la inequidad, pues el régimen favorecía a un grupo privilegiado de pensionistas. Sobre este último punto, el Estado indicó que el 73% de los pensionistas del régimen del Decreto Ley 20530 recibían una pensión superior al monto máximo recibido por la mayoría de los pensionistas del sector público peruano, regulados bajo el Decreto Ley 19990. La Comisión toma nota de que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 3 de junio de 2005 citando un informe de la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y

Protección Social y el Ministerio de Economía y Finanzas, indicó que la pensión más alta del régimen del Decreto Ley 20530 es veintiséis veces mayor que la más baja.

116. La Comisión considera que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de seguridad social se encuentre basado en principios de equidad^[38], constituyen un interés social y por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática. En particular, la Comisión estima que las posibilidades reales de acceder a un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, se encuentra relacionado con el principio de progresividad que debe regular toda acción estatal en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

117. En tal sentido, la CIDH estima que este requisito también se encuentra cumplido.

c. Proporcionalidad

118. Le corresponde ahora a la CIDH analizar si la medida restrictiva es proporcional al fin perseguido o si a través de la misma se afectó la esencia del derecho a la pensión. En este análisis se debe tomar en especial consideración el monto de las aportaciones que la ley les impuso a las presuntas víctimas mientras estuvieron en actividad.

119. De acuerdo a los hechos establecidos, la Comisión observa que la reforma constitucional y legal que se alega incompatible con la Convención, tuvo varios elementos. Por un lado, eliminó el régimen pensional derivado del Decreto Ley 20530 cuya característica principal es la nivelación de las pensiones de acuerdo al salario percibido por el trabajador en actividad. Por otra parte, la reforma estableció topes máximos a las pensiones, bajo la figura de Unidades Impositivas Tributarias. De acuerdo a la reforma, ningún pensionista puede percibir más de dos Unidades Impositivas Tributarias^[39]. Asimismo, se establecieron mecanismos alternativos para ajustar las pensiones periódicamente y para adecuar las pensiones elevadas al tope máximo.

120. En términos generales, la Comisión considera razonable el argumento de que estas medidas pueden generar un ahorro considerable y, por lo tanto, son idóneas para lograr el fin perseguido que, como se indicó en la sección anterior, es asegurar la estabilidad financiera del Estado y eliminar la inequidad en el sistema de seguridad social incrementando las pensiones más bajas, entre otros aspectos.

121. En cuanto al impacto de la reforma y si éste afectó la esencia del derecho restringido, teniendo en cuenta las diferentes aristas de la reforma, es necesario tomar en consideración que el impacto que tuvo la misma no fue igual para todos los pensionistas beneficiarios del Decreto Ley 20530. En efecto, los pensionistas que percibían menos de dos Unidades Impositivas Tributarias, se vieron afectados únicamente por el cambio en la modalidad del ajuste. Los pensionistas que percibían más de esa cantidad, se han visto afectados adicionalmente por la reducción progresiva de sus pensiones hasta alcanzar dicho tope máximo.

122. Cabe resaltar que estas diferencias en cuanto al impacto se derivan del análisis abstracto de la reforma, pues los peticionarios no aportaron información individualizada sobre la afectación específica para cada uno de estos grupos de presuntas víctimas.

123. Aunque el impacto de una restricción del derecho a la pensión no debe medirse necesariamente en montos exactos, en el presente caso no se cuenta ni siquiera con indicios sobre por ejemplo los porcentajes en la reducción de las pensiones, o la diferencia dejada de percibir por cada grupo de pensionistas como consecuencia de la aplicación de un nuevo sistema de reajuste pensional.

124. En ese sentido, un análisis abstracto de la norma permite concluir que los pensionistas que eran beneficiarios del Decreto Ley 20530, actualmente continúan percibiendo una pensión de jubilación. Si bien la reforma pudo tener el efecto de reducir algunos montos, bien sea por la vía de adecuación a los topes máximos o por la vía de la implementación de un

mecanismo de ajuste periódico menos favorable, no se logró establecer en el presente caso que dicha reducción hubiera afectado la esencia del derecho a recibir una pensión^[40] o fuera en abierta contradicción con las contribuciones realizadas por las víctimas mientras estaban en actividad. Por el contrario, tal como el Tribunal Constitucional concluyó en su sentencia de 3 de junio de 2005, durante 24 años, entre 1979 y 2003, las presuntas víctimas efectuaron contribuciones del 6% de su salario mensual, sin haber efectuado contribuciones adicionales o especiales para obtener los beneficios de nivelación automática y progresiva. Tal como se indicó *supra* párr. 92, de acuerdo a una serie de informes aportados al Tribunal Constitucional, para financiar sin subsidio del Estado los beneficios que tenían los pensionistas del Decreto Ley 20530, se hubiera requerido un aporte equivalente al 38% del salario mensual en actividad.

125. Con base en la información disponible, la Comisión considera que la restricción impuesta al derecho a la pensión de las presuntas víctimas, fue proporcional pues constituyó un mecanismo idóneo para lograr el fin propuesto, no afectó el contenido esencial del derecho ni desconoció de manera irrazonable las contribuciones efectuadas.

126. Finalmente, la Comisión considera pertinente aclarar que si bien el derecho a la pensión fue restringido mediante la reforma constitucional, dicha restricción no equivale a la supresión del derecho a la propiedad en el sentido del artículo 21.2 de la Convención. Por el contrario, tal como se indicó anteriormente, las supuestas víctimas continuaron ejerciendo la titularidad de los derechos propietarios sobre sus pensiones sin que, de la información presentada, resulte una afectación a la esencia de ese derecho. En tal sentido, la Comisión considera que este tipo de restricciones no es equiparable a una expropiación^[41] que requiera de una indemnización en los términos de la Convención Americana.

127. En virtud de las anteriores consideraciones, la Comisión concluye que el Estado peruano no incurrió en violación del derecho consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana ni de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

B. El desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26 de la Convención Americana)

128. El artículo 26 de la Convención Americana establece que:

los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

129. El análisis de la presunta violación de esta norma a través de la reforma constitucional y legal, se hará en el siguiente orden: i) Cuestiones generales sobre la protección del derecho a la pensión bajo el artículo 26 de la Convención; ii) El desarrollo progresivo y la prohibición de regresividad; y iii) La aplicación de dicha prohibición al caso concreto.

1. Cuestiones generales sobre la protección del derecho a la pensión bajo el artículo 26 de la Convención

130. El derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, también se encuentra dentro del alcance del artículo 26 de la Convención Americana que se refiere a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. Dicha carta, en su artículo 45, incorpora el derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado

de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

(...)

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;

(...)

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

131. Por su parte, la Corte Interamericana ha indicado que “la Declaración [Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”^[42].

132. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece el derecho a la seguridad social en su artículo XVI en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

133. En ese sentido, la Comisión concluye que el derecho a la seguridad social constituye una de las normas económicas y sociales mencionadas en el artículo 26 de la Convención Americana y, en ese sentido, los Estados partes se encuentran en la obligación de procurar el desarrollo progresivo de ese derecho.

2. El desarrollo progresivo y la prohibición de regresividad

134. El artículo 26 de la Convención Americana establece una obligación en cabeza de los Estados partes, de procurar el desarrollo progresivo de los derechos que dicha norma contiene. En la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana se puede tener en cuenta el Protocolo de San Salvador^[43] que permite determinar el alcance de la obligación estatal en materia de desarrollo progresivo. En su artículo 1, el Protocolo establece que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el instrumento.

135. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante también “el PIDESC”)^[44] contempla en su artículo 2.1 disposiciones similares a las del artículo 26 de la Convención Americana y a las del artículo 1 del Protocolo de San Salvador, en los siguientes términos:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

136. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha explicado la obligación de los Estados de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles,

para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto, dicho Comité señaló que:

La principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo^[45].

137. En la misma Observación General, el Comité concluyó que “cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”^[46]. Adicionalmente, y refiriéndose a otros derechos consagrados en el PIDESC, dicho Comité estableció la existencia de una fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas así como una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos en cuestión^[47].

138. Por su parte, la Corte Interamericana se refirió al alcance del artículo 26 en los siguientes términos:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social^[48].

139. De los anteriores criterios resulta que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención.

140. La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El *corpus iuris* interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad – y la obligación correlativa de no regresividad – establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación

a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.

3. La aplicación de dicha prohibición al caso concreto

141. En virtud de todo lo anterior, la Comisión debe evaluar en este momento si la reforma constitucional fue regresiva y, en tal caso, determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso que la hagan compatible con el artículo 26 de la Convención Americana. Como se indicó anteriormente, la reforma contiene elementos diversos que por su naturaleza merecen una consideración separada.

142. En primer lugar, mediante la reforma se eliminó la posibilidad de aplicar la figura de la nivelación de las pensiones con los montos percibidos por los trabajadores en actividad. Esta medida, aunque pudo implicar una disminución a futuro de los montos percibidos, no resulta evidentemente regresiva por dos razones. La primera es que la mayoría de los pensionistas del sector público no gozaban de ese beneficio y, por lo tanto, los pensionistas afectados no son representativos del estado de desarrollo del derecho a la seguridad social en Perú. Por el contrario, al tratarse de un régimen cerrado, es razonable considerar que la nivelación en sí misma constituía un privilegio que por su alto costo, dificultaba mejorar progresivamente las condiciones de los pensionistas no beneficiados por dicha figura.

143. En segundo lugar, las normas en cuestión impusieron un tope máximo a las pensiones bajo la figura de Unidades Impositivas Tributarias. De acuerdo a la reforma, ningún pensionista puede percibir más de dos Unidades Impositivas Tributarias^[49]. Para lograr la adecuación de las pensiones a dicho tope, se dispuso la reducción progresiva de un 18% anual hasta lograr el ajuste definitivo. La Comisión observa en primer lugar que este es el único extremo de la reforma que dispuso la reducción en el monto percibido, estableciendo que bajo ninguna circunstancia las reducciones pueden ir más allá del tope máximo de dos Unidades Impositivas Tributarias. La Comisión considera que la creación de topes máximos a las pensiones no constituye en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho. En el presente caso las autoridades estatales establecieron el monto del tope máximo de acuerdo a la realidad económica del país y el costo de vida. No se cuenta con elementos para considerar que el tope máximo de dos Unidades Impositivas Tributarias sea irrazonable o elimine la esencia del derecho a la pensión, por el contrario, la Unidad Impositiva Tributaria se incrementa periódicamente sin que la Comisión cuente con información detallada en el sentido de que dichos ajustes no satisfacen el aumento progresivo del costo de vida. En conclusión, la Comisión considera que al haber afectado a un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar las condiciones en el ejercicio del derecho a la pensión por parte de los demás beneficiarios, este extremo de la reforma tampoco constituyó una regresión prohibida por el artículo 26 de la Convención.

144. En tercer lugar, y como mecanismo para mantener el valor adquisitivo de las pensiones a pesar de la eliminación de la nivelación, la reforma estableció que las personas mayores de 65 años que perciban menos de dos Unidades Impositivas Tributarias, es decir, cuyas pensiones no superen el tope máximo, tendrán como mecanismo de reajuste de sus pensiones un incremento de acuerdo al índice de precios al consumidor. Ya la Comisión concluyó que la eliminación de la nivelación no constituyó una medida regresiva. La Comisión no cuenta con elementos específicos que permitan considerar que este nuevo mecanismo no es idóneo para mantener el valor adquisitivo de la pensión. El hecho de que sea menos favorable para un grupo de pensionistas no implica necesariamente que sea regresiva en cuanto al grado de desarrollo del derecho a la pensión, máxime si, como se indicó anteriormente, el fin de estas medidas es asegurar la viabilidad del sistema pensionario a futuro y eliminar la inequidad al interior del régimen.

145. Y en cuarto lugar, la reforma estableció que para los menores de 65 años que perciban una pensión menor a dos Unidades Impositivas Tributarias, el ajuste periódico se efectuará de acuerdo a las posibilidades de la economía del Estado. La Comisión considera que, en principio, eliminar la salvaguardia de un reajuste periódico y obligatorio, y cambiarla por un reajuste eventual de acuerdo a la discrecionalidad del Estado, puede constituir una

medida regresiva. Sin embargo, la Comisión toma nota de que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 3 de junio de 2005 se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma respectiva condicionando su interpretación en los siguientes términos: “que la sostenibilidad financiera del Estado sea un criterio que debe ser considerado al momento de realizar el reajuste periódico de las pensiones de personas menores de sesenta y cinco años, no significa que tal criterio pueda impedir que el reajuste tenga lugar. Se trata tan sólo de un factor que condiciona el *quantum* del reajuste pero no la obligatoriedad de su realización periódica, la cual no podrá extenderse por intervalos de tiempo irrazonable (...) Este Colegiado se mantendrá atento a que la periodicidad de este reajuste sea interpretada en el sentido antes referido, esto es, como una real obligación y no una facultad arbitraria que daría lugar a inconstitucionalidades sobrevinientes que, desde luego, serían sancionadas por este Tribunal” [\[50\]](#).

146. La Comisión considera que esta interpretación del Tribunal Constitucional es razonable y permite considerar que la norma en sí misma no implica una regresión incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana. En todo caso, la aplicación de dicha disposición podría continuar siendo supervisada por el Tribunal Constitucional en virtud del principio de subsidiaridad.

147. En virtud de las anteriores consideraciones, la Comisión considera que no cuenta con elementos suficientes para determinar que la reforma constituyó una medida regresiva en cuanto al desarrollo del derecho a la seguridad social en Perú, y por lo tanto, concluye que el Estado no violó el artículo 26 de la Convención Americana.

C. Derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana)

148. El artículo 25 de la Convención Americana establece:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

149. Tal como ha quedado establecido, los peticionarios interpusieron una acción de constitucionalidad contra las Leyes 28389 y 28448 que fue decidida por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 3 de junio de 2005 en el sentido de declararla constitucional. Los peticionarios no presentaron alegatos sobre supuestas violaciones a las garantías judiciales en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional ni sobre la falta de acceso a un recurso efectivo para presentar su reclamo. Los argumentos de los peticionarios se limitan a cuestionar la posición jurídica adoptada por dicho Tribunal. Al respecto, la Comisión reitera que un resultado judicial desfavorable no puede constituirse en una vulneración del derecho a un recurso efectivo. De la prueba obrante en el expediente tampoco se desprende la existencia de una manifiesta arbitrariedad judicial. En tal sentido, la Comisión concluye que el Estado peruano no violó el derecho consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana.

VII. CONCLUSIONES

150. En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho vertidas a lo largo del presente informe, la Comisión concluye que la petición es admisible y que el Estado peruano no incurrió en violación de los derechos consagrados en los artículos 21, 26 y 25 de la

Convención Americana, ni de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Asimismo, la Comisión concluyó que la petición es inadmisibles en cuanto a la supuesta violación de los derechos consagrados en los artículos 4, 10, 17 y 24 de la Convención Americana.

Dado y firmado en la ciudad de Washington, D.C., a los 27 días del mes de marzo de 2009. (Firmado): Luz Patricia Mejía Guerrero, Presidenta; Víctor E. Abramovich, Primer Vicepresidente; Felipe González, Segundo Vicepresidente; Sir Clare K. Roberts, Paulo Sérgio Pinheiro, Florentín Meléndez y Paolo Carozza, Miembros de la Comisión. El 27 de marzo de 2009 el Comisionado Paolo Carozza anunció que redactaría un voto razonado concurrente, el cual fue presentado por escrito el 27 de abril de 2009 de conformidad con el artículo 19 del Reglamento de la CIDH. Dicho voto se incluye a continuación del presente informe.

VOTO CONCURRENTE DEL COMISIONADO PAOLO CAROZZA

1. Concurro con los resultados del presente informe de la Comisión sobre la admisibilidad y fondo del caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú, en el que la Comisión llega a la conclusión, entre otras cosas, de que la reforma pensionaria puesta en práctica por Perú no viola los artículos 21, 25 y 26, ni las obligaciones de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la "Convención"). No obstante, considero que algunos aspectos del análisis jurídico de la Comisión (relativos a los artículos 21 y 26) no son satisfactorios y, por lo tanto, me permito escribir el presente, en forma separada, a fin de proponer varios puntos que podrían ser pertinentes en futuros casos.

I. Artículo 21

2. El *test* desarrollado en el informe de la mayoría para determinar si determinada restricción a los derechos de propiedad es permisible conforme al artículo 21, si bien es convincente, fue aplicado de manera innecesaria en este caso. El razonamiento del informe indica que "en tanto la legislación interna establecía un mecanismo para el cálculo del monto de su pensión y las presuntas víctimas cumplieron los requisitos establecidos en dicha ley, las pensiones y su correspondiente nivelación, entraron a su patrimonio" (§103). Al considerar que el artículo 21 ampara la nivelación como propiedad a pesar de cambios posteriores en la legislación interna que anulen tal derecho, la Comisión ha declarado efectivamente que una vez reconocido por el Estado, un derecho de propiedad queda amparado en lo sucesivo por el derecho internacional aún cuando sea modificada o derogada la legislación interna mediante el cual se creó tal derecho. En su lugar, la Comisión debió haber llegado a la conclusión de que la nivelación es considerada como derecho de propiedad al amparo del artículo 21 sólo en la medida en que se le reconoce como tal conforme a la legislación interna.

3. Según la Convención, el término "propiedad" tiene un significado autónomo y otro vinculado a la legislación interna del Estado en cuestión. Por un lado, el término "propiedad" tiene un determinado significado y esencia conforme al artículo 21 el cual, según la Convención, debe ser reconocido y protegido por el Estado signatario. Por ejemplo, un Estado no podría abolir toda la propiedad privada simplemente reformando su legislación interna de tal manera que la "propiedad" sea definida como propiedad colectiva. Por otra parte, la legislación interna puede ir más allá de lo que establece independientemente la Convención y crear ciertos derechos de propiedad no prescritos en dicha Convención adicionales a los que se incluirían en el significado de "propiedad" conforme a la normativa internacional. Cuando esto ocurre, tales derechos deben ser protegidos por la Convención y mientras existan estarán sujetos a las normas de la Convención relativas, por ejemplo, a la injerencia legítima en dichos derechos, a los requisitos de no discriminación y a garantías judiciales. Esta es la posición que reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Cinco pensionistas*" Vs. Perú.^[51]

4. No hay nada excepcional sobre la propiedad en este respecto. Por otro lado, cabe destacar que por ejemplo en sus artículos 8(1) y 25 la Convención reconoce que ciertos derechos establecidos conforme a la legislación interna quedan protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, la Convención crea una "base" de protecciones para los derechos pero no un "límite", por lo cual los Estados partes son libres de

ir más allá de tales protecciones. Esto también queda confirmado en términos generales en el artículo 29(b) de la Convención.

5. Sin embargo, tanto el reconocimiento de tales derechos de propiedad adicionales que van más allá de la autonomía mínima como su eliminación queda totalmente a la discreción de los Estados. El artículo 21 no contiene ningún requisito de "progresividad" ni "derechos adquiridos" mediante los cuales no puedan ser derogados los derechos de propiedad que hayan sido creados conforme a la legislación interna. Nada del caso *Cinco pensionistas* ni ninguna otra jurisprudencia del sistema interamericano sugiere lo contrario.

6. En consecuencia, en este caso es necesario establecer primero si el derecho a la nivelación de las pensiones es un derecho protegido por el contenido autónomo del término "propiedad" en la Convención o si sólo está protegido en la medida en que es un derecho de propiedad creado y reconocido como tal conforme a la legislación interna. En el caso *Cinco pensionistas*, la Corte Interamericana hace notar que "el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley Nº 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, *de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana*,"^[52] como la mayoría de la Comisión también lo manifiesta en el §100 de su informe sobre el presente caso. Además, nada del derecho internacional general ni de la práctica comparativa de los Estados contratantes de la Convención sugiere que la nivelación de las pensiones pueda ser considerada como algo más que una práctica interna específica de Perú en un período determinado. Pocos o casi ningún Estado de la región reconoce ni ha reconocido en el pasado este derecho de propiedad, y ningún tratado ni jurisprudencia internacional considera necesaria su protección como derecho de propiedad. Así pues, en Perú la Convención protege a los poseedores de estos derechos de la interferencia irrazonable, limitación o discriminación, etc., sólo en la medida en que se cumpla la condición preliminar de que la legislación interna cree o mantenga la existencia del derecho.

7. En resumen, dado que la nivelación no es un componente necesario de los derechos de propiedad conforme al derecho internacional, el Estado peruano gozaba de plena libertad para eliminar, a su discreción, tal derecho mediante los procesos pertinentes de su sistema constitucional interno. Esto es exactamente lo que hizo el Gobierno de Perú, tal como lo confirma su Tribunal Constitucional. Por lo tanto, dada la reforma constitucional y la posterior reforma legal, la nivelación dejó de ser un derecho de propiedad reconocido por la legislación interna o protegido por la Convención. Por lo tanto, el resto del análisis que hizo la mayoría con respecto al artículo 21 fue totalmente superfluo.

II. Artículo 26

8. El análisis e la mayoría sobre el artículo 26 fue poco convincente dado que no indica claramente el estándar conforme al cual la Comisión decidirá, en casos futuros, si una medida es regresiva o si viola el artículo 26 de la Convención. Además, dado que la Comisión indica que existe un *test* posible para determinar la permisibilidad de tales medidas, no queda claro si el estándar sugerido evitará que la Comisión realice un análisis económico y político de decisiones de política sumamente complejas, lo que está mucho más allá de nuestra competencia institucional.

9. En primer lugar, el informe de la mayoría considera la regresividad al evaluar si la medida en cuestión afecta la "esencia" del derecho: "La Comisión considera que la creación de topes máximos a las pensiones no constituye en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con *el contenido esencial del derecho*. En este caso... la Comisión no "cuenta con elementos para considerar que el tope máximo de dos *Unidades Impositivas Tributarias* sea irrazonable o elimine la esencia del derecho a la pensión" (§143, las cursivas han sido agregadas). El informe de la mayoría también se refiere a una prohibición absoluta de regresividad que afecta la "esencia" del derecho en cuestión (§137).

^[53] El análisis de los derechos humanos conforme a su "esencia" es un marco conceptual que probablemente tiene su origen de la Constitución alemana, de donde fue importando hacia varios sistemas constitucionales.^[54] Sin embargo, se reconoce que esta es una idea sumamente controvertida en la práctica por la falta de certidumbre y de un acuerdo generalizado sobre cómo se podría determinar y aplicar la "esencia" de un derecho. Por esa

razón, el Tribunal Constitucional de Alemania ha evitado, en términos generales, acogerse a la “esencia” de los derechos al emitir un juicio sobre un caso.^[55] No hay razón para importar este concepto problemático a la jurisprudencia interamericana y debemos evitar las dificultades que conlleva. De cualquier modo, en este caso la Comisión también ha establecido el carácter no regresivo de la reforma sin referencia a la “esencia” del derecho (§142), por lo cual esta fraseología es sencillamente innecesaria.

10. En segundo lugar, al parecer el informe de la mayoría establece una asociación confusa entre “restricción permisible” y “regresión” al indicar que “no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana” (§140). Posteriormente, el informe se refiere a regresiones “justificadas” (§141). Esta interpretación de la Convención plantea problemas pues aunque el artículo 26 requiere progresividad, no se refiere a regresiones permisibles ni progresos condicionales. En términos más precisos, lo que la mayoría intenta hacer es expresar que *“la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad”* conforme al artículo 26. Esto sería correcto porque la medida de la regresividad tiene una dimensión inevitable (pero no exclusivamente) colectiva. Así pues, el hecho de que algunas personas se vean restringidas de ejercer sus derechos de pensión preexistentes podría ser totalmente compatible con el requisito de progresividad medido en referencia a sus aspectos colectivos, como es el caso aquí. Esto es precisamente lo que trata de expresar la mayoría de manera correcta en el párrafo 142. Esta conclusión de no regresividad debería ser suficiente para dar por terminada la consulta sin más necesidad de analizar si la regresión es “permisible” o “justificable”.

11. En contraste, el informe de la mayoría va más allá con esta confusión innecesaria entre “restricción” y “regresión” al indicar que cuando se determina que una medida es regresiva la Comisión debería entonces analizar si tal regresión “se encuentra justificada por razones de suficiente peso” (§141). Este es un estándar de revisión poco claro y posiblemente inadecuado de las políticas sociales y económicas del Estado. Al tratar de equilibrar y reconciliar la amplia gama de intereses sociales, recursos y necesidades inherentes al cumplimiento progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados pueden adoptar razonablemente un gran número de soluciones compatibles con la protección de los derechos humanos. En este contexto, es importante que los tribunales internacionales eviten extralimitarse en su competencia y reemplazar sus decisiones por las de actores políticos internos quienes estarían en mejores condiciones de tomar tales decisiones y que por lo general (en sistemas democráticos) tienen que rendir cuentas a sus representados. Al reconocer el principio de subsidiariedad, una entidad internacional como la Comisión debería ser considerada singularmente inidónea para hacer un análisis y revisión detallados de tales decisiones sociales.

12. En consecuencia, un *test* más claro y apropiado de si una medida debería considerarse “regresiva” debería tener como objetivo determinar sólo que la medida en cuestión tiene una relación racional con los esfuerzos del Estado para desarrollar progresivamente las condiciones económicas y sociales del país. En otras palabras, la norma debería considerar a) si el Estado persigue un objetivo legítimo relacionado razonablemente con el progreso económico y social del país, y b) si los medios escogidos, de buena fe, están encaminados razonablemente hacia dicho objetivo. Este *test* permite a la Comisión cumplir su papel de protección contra las regresiones arbitrarias y al mismo tiempo evita cuestionar las decisiones políticas razonables, aunque debatibles, del Estado.

^[1] El presente informe acumula las peticiones registradas bajo los números P-957-05 (presentada por la Asociación de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social – ASEIPSS), P-1049-05 (presentada por la Asociación Nacional de Pensionistas del Banco de la Nación), P-1177-05 (presentada por la Central Nacional de Jubilados – CENJUPE), P-1286-05 (presentada por el Centro Federado de Trabajadores y ex servidores del Seguro Social), P-1287-05 (presentada por la Asociación de Cesantes y Jubilados de ENAPU S.A.), y P-1414-05 (presentada por el Colegio de Abogados del Cuzco).

^[2] Los peticionarios citan a modo de ejemplo, la sentencia 008-96-I/TC del 10 de marzo de 2003, publicada el 24 de abril de 2003.

^[3] Los peticionarios citan el fallo en el expediente 007-96-I/TC del 23 de abril de 1997, el cual establece que: “Siendo el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley 20530 1) tener la calidad de pensionista del mismo; 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar los quince años de servicios el hombre y doce y medio al mujer las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5 y 31 lo que da derecho a tener una pensión nivelable,

con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición final y transitoria de la Constitución vigente”.

[4] Aproximadamente 140 dólares americanos.

[5] Este argumento fue presentado por los peticionarios de la Petición 957 – 05.

[6] CIDH. Informe No. 88/03 (Panamá). 22 de octubre de 2003. Párr. 30. Citando: CIDH. Informe No. 48/96 (Costa Rica), *Informe Anual de la CIDH*, 1996.

[7] La Comisión nota que, en contraste, las demás peticiones fueron presentadas a favor de grupos definidos como miembros integrantes de Asociaciones de Pensionistas determinadas.

[8] Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10., párrafos 43 - 46.

[9] *Idem*. Párr. 46.

[10] El artículo 82 del Código Procesal Constitucional Peruano, dispone que “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) 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.”

[11] Decreto Ley 20530. Promulgado el 27 de febrero de 1974.

[12] Constitución Política de la República de Perú de 1979.

[13] Ley 23495. Promulgada el 20 de noviembre de 1982.

[14] Constitución Política de la República de Perú de 1993.

[15] Ley 28389. Publicada el 17 de noviembre de 2004.

[16] Ley 28449. Publicada el 30 de diciembre de 2004.

[17] Tribunal Constitucional de Perú, Proceso de Constitucionalidad, sentencia de fecha 3 de junio de 2005.

[18] Tribunal Constitucional de Perú, Proceso de Constitucionalidad, sentencia de fecha 3 de junio de 2005.

[19] Tribunal Constitucional de Perú, Proceso de Constitucionalidad, sentencia de fecha 3 de junio de 2005.

[20] Tribunal Constitucional de Perú, Proceso de Constitucionalidad, sentencia de fecha 3 de junio de 2005.

[21] Tribunal Constitucional de Perú, Proceso de Constitucionalidad, sentencia de fecha 3 de junio de 2005.

[22] Tribunal Constitucional de Perú, Proceso de Constitucionalidad, sentencia de fecha 3 de junio de 2005.

[23] CIDH, Demanda en el caso *Torres Benvenuto y otros “Cinco Pensionistas”* (Caso 12.034) contra la República de Perú, 4 de diciembre de 2001, párrs. 114 y 115; Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrs. 102 - 104. Ver también: CIDH. *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 septiembre 2007, párrs. 126 - 128.

[24] ECHR. Bellet, Huertas and Vialatte v. France (dec.), Comunicaciones No. 40832/98, 40833/98 y 40906/98, 27 de abril de 1999, y Skorkiewicz v. Poland (dec.), Comunicación No. 39860/98, 1 de junio de 1999.

[25] ECHR. Gaygusuz v. Austria, decisión de 16 de septiembre de 1996, Informe de sentencias y decisiones 1996-IV, p. 1142, §§ 39-41. Ver también: ECHR. *Caso Willis v. Reino Unido*. Comunicación No. 36042/97, sentencia de 11 de junio de 2002, párrs. 32-36.

[26] ECHR. *Azinas v. Chipre*, Comunicación No. 56679/100, sentencia de 20 de junio de 2002, párrs. 32-34.

[27] ECHR. *Stec and others v. United Kingdom*. Comunicaciones No. 65731/01 y 65900/01. Decisión de admisibilidad, párr. 54.

[28] La Corte Interamericana en el conocimiento de casos relacionados con restricciones de derechos, ha analizado la restricción a la luz del artículo 30 de la Convención Americana y de la norma específica que consagra el derecho. Ver por ejemplo: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 117.

[29] Corte I.D.H., *Caso Salvador Chiriboga*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 61; Corte I.D.H., *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 174.

[30] Corte I.D.H., *Caso Salvador Chiriboga*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 60.

[31] Corte I.D.H., *Caso Salvador Chiriboga*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 60.

[32] Corte I.D.H., *Caso Salvador Chiriboga*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 73.

[33] Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Párr. 116.

[34] Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Párr. 116.

[35] ECHR. *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*. Comunicación No. 60669/00. Decisión Final. 30 de marzo de 2005. Párr. 44. Citando: *Müller v. Austria*, Comunicación No. 5849/72, Informe de la Comisión de 1 de octubre de 1975. Decisiones e informes 3, p. 25.

[36] ECHR. *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*. Comunicación No. 60669/00. Decisión final. 30 de marzo de 2005. Párr. 40.

[37] ECHR. *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*. Comunicación No. 60669/00. Decisión final. 30 de marzo de 2005. Párr. 39. Citando: *Domalewski v. Poland* (dec.), Comunicación No. 34610/97, ECHR 1999-V.

[38] La Corte Europea ha considerado que la eliminación “de privilegios excepcionales” puede constituir un fin legítimo. Ver: ECHR. *Stanislaw Domalewski v. Poland*. Comunicación No. 34610/97. Decisión de admisibilidad. Asimismo, ha

señalado que es legítimo que los cambios en los derechos pensionales tomen en consideración las necesidades de los titulares del derecho a la pensión. También indicó como legítima la necesidad de resolver las dificultades financieras de un fondo de pensiones. ECHR. *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*. Comunicación No. 60669/00. Decisión final. 30 de marzo de 2005. Párrs. 42 y 43.

[39] De acuerdo a las cifras oficiales de la Superintendencia de Administración Tributaria, al año 2009, dos Unidades Impositivas Tributarias corresponden a 7.100 Soles. Esto equivale aproximadamente a 2.200 dólares americanos. Información disponible al 19 de febrero de 2009 en: <http://www.sunat.gob.pe/indicadores/uit.htm>.

[40] Un análisis similar fue efectuado por la Corte Europea de Derechos Humanos al indicar que la eliminación total de la pensión constituyó una carga desproporcionada para el accionante. La Corte indicó que otro habría sido el análisis si el accionante hubiera sido sometido a una reducción medida y razonable su pensión. Ver: ECHR. *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*. Comunicación No. 60669/00. Decisión final. 30 de marzo de 2005. Párr. 45. En otro caso, la Corte Europea concluyó que la eliminación de un beneficio de "veteranos" derivado de un régimen de seguridad social, no constituyó violación del derecho a la propiedad, en tanto no afectó la esencia de sus derechos pensionales. Ver: ECHR. *Stanislaw Domalewski v. Poland*. Comunicación No. 34610/97. Decisión de admisibilidad.

[41] Al respecto, la Corte Europea ha indicado que no existe expropiación cuando las prerrogativas que emanan del derecho de propiedad son preservadas. ECHR, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*. Sentencia de 23 de septiembre de 1982. Serie A No 52, pág. 24, párr. 62.

[42] Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43.

[43] Ratificado por Perú el 4 de junio de 1995 y cuya entrada en vigencia data del 16 de noviembre de 1999.

[44] Perú ratificó dicho Pacto el 28 de abril de 1978.

[45] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.

[46] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.

[47] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Observación general 14: El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud; Observación general 15: El derecho al agua; y Observación general 17: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*.

[48] Corte I.D.H., *Caso "Cinco Pensionistas"*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Párr. 147. Citando: U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, punto 9.

[49] De acuerdo a las cifras oficiales de la Superintendencia de Administración Tributaria, al año 2009, dos Unidades Impositivas Tributarias corresponden a 7.100 Soles. Esto equivale aproximadamente a 2.200 dólares americanos. Información disponible al 19 de febrero de 2009 en: <http://www.sunat.gob.pe/indicadores/uit.htm>.

[50] Tribunal Constitucional de Perú, Proceso de Constitucionalidad, sentencia de fecha 3 de junio de 2005.

[51] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Cinco pensionistas" Vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No 98, §§93-121.

[52] Íd. §102 (las cursivas han sido agregadas).

[53] Cita del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Comentario general 3: Naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte (quinto período de sesiones, 1990)*, documento E/1991/23, anexo III, pág. 86 (1991).

[54] Véase David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* 178, University of Chicago Press, 1994. Véase también el análisis que hace la Tribunal Constitucional de Sudáfrica en *State v. Makwanyane*, 1995 (3) S.A. 391 (CC) §132 (Sudáfrica).

[55] Íd.