

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR Y
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA
DOCTORADO EN DERECHO

ELEMENTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS A PENSIONES SOCIALES EN GUATEMALA

Mauro Salvador Chacón Lemus
Guatemala, septiembre de 2013

Contenido:

1. Introducción.....	1
2. Estructura de las normas de pensiones sociales.....	2
3. Elementos de interpretación de las normas de derechos asistenciales de la seguridad social.	4
4. Ponderación en tiempos de crisis financiera.	7
5. Conclusiones.	10
Bibliografía.	11

ELEMENTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS A PENSIONES SOCIALES EN GUATEMALA

Mauro Salvador Chacón Lemus

1. Introducción.

Derivado de la crisis financiera mundial de la década anterior que afectó principalmente la solvencia de los empresarios, así como de congresos internacionales respecto de la seguridad social y la esperanza de vida, entidades como el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Unión Europea, inclusive, así como de instituciones internacionales relacionadas con la seguridad social, proyectaron políticas para reformar los alcances de los sistemas de previsión social, especialmente de los fondos de pensiones. Esas políticas han planteado reducir las prestaciones proporcionadas por los sistemas públicos de pensiones, los cuales protegen a las clases pasivas, con lo cual, los integrantes de esas clases deben soportar los desaciertos que produjeron la referida crisis financiera.

Uno de los primeros parlamentos que efectuó reformas de ese tipo, atendiendo a las políticas establecidas, fue el francés, en agosto del año 2010, basado en la propuesta del Presidente Nicolas Sarkozy, con la que se elevó de 60 a 62 años la edad mínima de jubilación y de 65 a 67 años la edad para cobrar una pensión completa, la cual fue respaldada por 336 votos de la mayoría gubernamental de derecha y centristas contra 233 de las filas de la oposición de izquierda. Para diciembre del año 2010, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) efectuó reformas al Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia (IVS) que coincidentemente elevaba los requisitos para acceder a la jubilación de 60 a 62 años la edad mínima y de 62 a 65 años la edad para cobrar una pensión completa, la cual fue respaldada por el Presidente Álvaro Colom.

Ante la Corte de Constitucionalidad, fueron promovidas tres acciones de inconstitucionalidad general (las propias para el ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto) contra el Acuerdo 1257 de la Junta Directiva del Instituto de Seguridad Social que contiene las reformas aludidas, entre otras. Una de ellas, planteadas por una diputada del Congreso de la República, el Procurador de los Derechos Humanos y sindicalistas del IGSS, las cuales se conocieron en los expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011). El tribunal constitucional guatemalteco dictó la sentencia el seis de septiembre de 2012.

En ese fallo, la Corte de Constitucionalidad, tras advertir medidas regresivas en alcanzados en prestaciones sociales justificadas en estudios actuariales que prevén evitar el déficit del sistema de previsión social, estableció algunos lineamientos para ponderar derechos sociales en colisión con otros principios constitucionales. El balanceo lo realizó entre la los derechos sociales de los afiliados al programa de invalidez, vejez y sobrevivencia (IVS) del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) frente al deber constitucional de protección financiera del régimen de seguridad social.

Con esa base, se analizarán los elementos que deben tomarse en cuenta en caso de interpretación de derechos sociales prestacionales, tales como los propios de las pensiones sociales, que ha establecido la jurisprudencia constitucional guatemalteca para su efectiva protección.

2. Estructura de las normas de pensiones sociales.

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce, en su artículo 100, lo siguiente: “*El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación....*”. Esta Constitución agrupa los derechos fundamentales en su Título II, el cual, en el capítulo I –bajo el acápite de Derechos Individuales– y en el Capítulo III –con el título de Deberes y derechos cívicos y políticos– y en el Capítulo II –denominado Derechos Sociales– y es, en este último, en el que se encuentra el citado artículo 100.

Al respecto de los derechos sociales, el jusfilósofo mexicano (nacido en Guatemala) Luis Recasens Siches explica: “*Se trata de una serie de derechos -llamados también económicos, sociales y culturales- entre los que suelen figurar el derecho a condiciones justas de trabajo y a la protección contra el paro o desempleo, los derechos a un nivel decoroso de vida en cuanto a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, y los derechos de seguridad social en casos de accidente, enfermedad, invalidez, vejez, u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de la persona y el derecho a la educación.*”¹ Así pues, los derechos sociales constituyen una conquista irrenunciable para cualquier Estado en el que se tenga en una mínima consideración la dignidad de las personas y se combata la injusticia social con una política redistributiva de riqueza e igualadora de las oportunidades de los ciudadanos. La garantía de tales derechos marca un compromiso ineludible para los poderes públicos. La inclusión de los derechos sociales como elemento constitutivo de la ciudadanía responde a la extendida convicción de que el disfrute de una serie de prestaciones, que van más allá de lo que supone el reconocimiento jurídico de la titularidad de derechos civiles y políticos, es condición de una ciudadanía plena. Se trata de proteger o tutelar bienes económicos, (salario, indemnización, etc.), propiamente sociales (asistencia médica, jubilación, etc.) o culturales (educación, aprendizaje técnico, etc.).

Por su parte, Luigi Ferrajoli enseña: “*son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derechos subjetivos’ cualquier expectativa (en prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.*”² Para los efectos del presente trabajo, se entenderá por “derechos fundamentales” a aquellos derechos humanos positivizados en normas “materialmente” constitucionales, como derechos subjetivos con un alto grado de importancia, protección y exigibilidad, por encarnar exigencias morales importantes, adscritas universalmente a todos, que permiten un ámbito de desarrollo y dignificación del ser humano, los cuales adquieren la más plena garantía, incluso frente al legislador, con la idea de la Constitución normativa y material. Por ello, se dice que pertenecen a los derechos fundamentales los derechos constitucionalmente reconocidos por el Estado y los derechos universales declarados en el ordenamiento internacional.

¹ Recaséns Siches, Luis; **Tratado General de Filosofía del Derecho**; México, Editorial Porrúa, S. A., 2ª edición, 1961. Pág. 600.

² Ferrajoli, Luigi; **Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia**, traducción de Andrea Greppi; España, Editorial Trotta. 2ª. Edición, 2009 Pág. 45g.

Al respecto de los derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales prestacionales, como los denomina, Robert Alexy señala: “*Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, derecho a la previsión, al trabajo, a la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.*”³ En su definición, el profesor alemán le imprime el factor prestacional primordialmente al concepto de derechos sociales, es decir que son derechos a acciones positivas fácticas del Estado, y tomando en cuenta su definición de “derechos fundamentales”⁴ son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria, pues constituyen derechos subjetivos con un alto grado de importancia, que se diferencian de otros derechos fundamentales por ser derechos de prestación en sentido estricto.

En consecuencia, en Guatemala el derecho a la seguridad social constituye un derecho social fundamental. Respecto del derecho a la seguridad social, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que éste se ha instituido como un mecanismo de protección a la vida, que tiene como fines fundamentales la prestación de los servicios médico hospitalarios conducentes a conservar, prevenir o restablecer la salud de los habitantes⁵.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, por mandato constitucional, es la institución que lo brinda a todas aquellas personas que sean parte activa del proceso de producción de artículos o servicios (afiliados) y sus familiares que dependan económicamente de ellos (beneficiarios), en la extensión y calidad de dichos beneficios que sean compatibles con el *mínimum* de protección que el interés y la estabilidad sociales requieran⁶.

Del derecho a la seguridad social, deriva el derecho a la previsión social que comprende la protección, mediante una prestación, de contingencias que tuviere o sufiere o pudiere sufrir el sujeto en desenvolvimiento de su actividad, extensiva a la familia del trabajador, que su finalidad es poner a todos los individuos de una nación a cubierto de aquellos riesgos que les privan de la capacidad de ganancia, cualquiera sea su origen (tales como desempleo, maternidad, enfermedad, invalidez y vejez).

El régimen de invalidez, vejez y sobrevivencia del seguro social se estructura sobre una base financiera especial que percibe recursos, primordialmente, por vía de la aportación dineraria a la que están obligados a pagar los patronos, los trabajadores y el Estado, conforme las cuotas proporcionales establecidas.⁷ Entonces, la cobertura de la

³ Alexy, Robert; **Derechos Sociales Fundamentales**. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/4.pdf>. Pág. 7. Consultada el 7 de abril de 2010.

⁴ Robert Alexy define los derechos fundamentales como “*posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no pueden quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria*” (Alexy, Robert; **Teoría de los derechos fundamentales**, traducido al español por Ernesto Garzón Valdés; España, Centro de Estudios Constitucionales; 1993. Pág. 432).

⁵ Ver sentencias de veintiséis de mayo de dos mil cuatro, expediente 1743-2003, de veintiséis de abril de dos mil cuatro, expediente 2274-2003 y de veintiséis de abril de dos mil cuatro, expediente 568-2004)

⁶ Según se aprecia del contenido de los artículos 28, literal c), y 31 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social

⁷ Para ese régimen los patronos deben aportar el 3.6% del total de salarios de sus trabajadores afiliados y

seguridad social alcanza con exclusividad a los afiliados, que son todos aquellos habitantes de Guatemala que sean trabajadores formales, quienes están obligados a contribuir al sostenimiento del régimen de seguridad social en proporción a sus ingresos y tienen el derecho de recibir beneficios para sí mismos.

El artículo 100 constitucional concede al IGSS categoría autonómica y el legislador le atribuyó la potestad de regular aspectos que se ven influidos por esa captación y administración de recursos limitada, tales como la cobertura (según los elementos personal, territorial, temporal o de riesgo) de los servicios médicos, hospitalarios y de otra índole que presta, conforme la posibilidad económica del momento. Por ende, posee un amplio margen de autonomía económica, jurídica y funcional, con el objeto de llenar idóneamente los fines que conciernen a la seguridad social, según la Constitución y su ley orgánica. Con base en la facultad de definir su actividad financiera, debe determinar los alcances que conciernen a la cobertura de los servicios que presta, sin que rebase su capacidad financiera que provoque, incluso, la quiebra del régimen. Para ello, debe basarse en estudios actuariales que permiten ajustar las cuotas o incrementar la cobertura.

En conclusión, las pensiones sociales constituyen derechos sociales de los beneficiados que deben concederse conforme las capacidades financieras del régimen de previsión social. Para el presente trabajo, los derechos sociales constituyen una especie de los derechos fundamentales que pertenecen a todas las personas, frente al Estado, cuyo fin es esencialmente asistencial, los cuales tratan de proteger o tutelar bienes económicos, sociales y culturales, por medio del disfrute de una serie de prestaciones como condición de una ciudadanía plena; por ello, se consideran derechos a prestaciones que exigen del Estado un comportamiento activo para garantizar de una existencia humanamente digna.

3. Elementos de interpretación de las normas de derechos asistenciales de la seguridad social.

Los derechos sociales, aunado al concepto de derechos públicos subjetivos y su contenido a “un hacer” un “contribuir” un “ayudar” por parte de los órganos estatales, son derechos fundamentales incluidos en normas constitucionales, ya sean formales o materiales, pueden consistir en principios o reglas, y poseen también dentro de sus características la *universalidad* (porque pertenecen a todos los seres humanos), la *exigibilidad* (porque son derechos públicos subjetivos), la *inalienabilidad* (no pueden ser transferidos a otras personas), la *imprescriptibilidad* (no se adquieren ni se pierden por el simple transcurso del tiempo), *indisponibilidad* (el legislador no puede regular respecto de éstos a su libre disposición, arbitrariamente), la *irreversibilidad* (no puede desconocerse un derecho ya reconocido por el Estado), la *progresividad* (siempre se debe aplicar la disposición más favorable), la *indivisibilidad* y la *interdependencia* (cada derecho fundamental trae consigo otros derechos humanos y depende de ellos, la violación de un derecho afecta al ejercicio de otro).

La interpretación de derechos sociales debe iniciarse con el método gramatical, atendiendo a la letra de la norma, indagando el significado de los términos del texto

éstos, el 1.83% de sus salarios, el Estado debe aportar el equivalente al 25% del total de los pagos efectivos por concepto de prestaciones otorgadas. En total, los patronos deben aportar a la seguridad social el 10.67% del salario devengados por sus trabajadores como contribución al IGSS y los trabajadores deben pagar el 4.83% como su contribución al IGSS, la diferencia está dirigida a cubrir los gastos por otras prestaciones médicas (maternidad, atención médica, accidentes).

normativo, analizándose no sólo el significado común de las palabras y su conexión entre ellas, sino también su significado técnico y jurídico. Luego se complementa con la interpretación sistemática, el análisis de la norma vinculada a otros artículos o del todo del que forman parte, para obtener el significado de la norma dentro de un determinado contexto, interpretación que debe incluir las normas constitucionales y demás normas referentes a derechos sociales, según se apuntó. Posteriormente, se necesita comprobar si el resultado de la interpretación coincide con el objetivo, con la finalidad y el espíritu de la norma (principio teleológico); complementariamente, es posible utilizar el principio histórico que coadyuvaría al teleológico para indagar respecto del verdadero sentido de la norma. Finalmente, es ineludible confrontar el resultado de la interpretación con las normas, valores y principios de la norma constitucional, con la finalidad de que la interpretación efectuada, sea conforme a la Constitución.

Al respecto, se exponen elementos específicos que deben tomarse en cuenta para la interpretación de las normas de pensiones de seguridad social que ha establecido la Corte de Constitucionalidad:

- **El elemento del mínimo existencial:** también llamada “del mínimo vital”. La afirmación de la dignidad de la persona humana conlleva a que a una persona se le reconozca su derecho a un mínimo existencial, pues de no ser reconocido se vulneraría el derecho fundamental a la vida y a la inalienabilidad corporal. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha indicado: “...*Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales [...] No son meras aspiraciones políticas, sino verdaderas conductas positivas, ejecutivas o activas, (en algunos casos de efectos inmediatos y otros progresivos) tendientes a satisfacer aquellas necesidades mínimas vitales de la población en general (contenido mínimo esencial del derecho), creando o generando las condiciones para que las personas accedan a tales derechos y cuyo resultado no debe depender únicamente de la disponibilidad de recursos económicos, aunque claro está, sí dependerá del desarrollo económico de un país...*”⁸.
- **El elemento de la progresividad:** mediante este principio, la interpretación de una norma de derechos sociales no puede realizarse de tal manera que resulte una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos del derecho en cuestión; además, en caso de que existan varias normas que regulan ese derecho, debe aplicarse –con prelación– la que disponga la regulación más favorable. El artículo 100 de la Constitución de Guatemala, al reconocer el derecho a la seguridad social, señala que debe procurarse su mejoramiento progresivo. Conlleva a que los esfuerzos estatales por el goce de los derechos sociales deban darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una mejora continua de las condiciones de existencia, como lo establece el artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Corte de Constitucionalidad ha indicado: “...*se atribuye a aquellos derechos que requieren la adopción de conductas que habrán de implementarse durante un lapso para lograr la satisfacción del derecho de que se trate. Implicará entonces, la adopción de medidas cuyo resultado sólo se logrará con posterioridad al inicio de la actividad del Estado destinada a cumplirlas...*”⁹ Con ello, ese Tribunal agrega a este principio, la implementación de medidas estatales para la concreción del derecho social en cuestión, que permitan su cobertura a partir del inicio de actividades para su

⁸ Sentencia de 17 de febrero de 2010, expediente 1205-2008.

⁹ Sentencia de 25 de abril de 2007, expediente 2863-2006.

satisfacción. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José–, en su artículo 26, establece el compromiso estatal de adoptar medidas para lograr “progresivamente” la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– regula, en su primer artículo, la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias, “hasta el máximo de los recursos disponibles”, para lograr “progresivamente” la plena efectividad de los derechos reconocidos en el mismo.

- **El elemento de no regresividad:** la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales conlleva a impedir que el Estado dé marcha atrás a los niveles alcanzados de satisfacción de esos derechos, de modo que las obligaciones del Estado en relación con los derechos sociales deben sostenerse o ampliarse, pero no reducirse o eliminarse. Por ello, toda medida regresiva presupondría violación al derecho social en cuestión, salvo que el Estado pruebe que la medida, aunque regresiva, está justificada, dada la existencia de un interés estatal permisible o el carácter imperioso de la medida. El principio de la no regresividad de los derechos sociales deriva de la imposibilidad que tiene el Estado de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, luego de haberlo reconocido por medio de normas nacionales o internacionales. Una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce por medio de un servicio prestado por el Estado implica el reconocimiento de un *status* jurídico básico de inclusión social, por lo que su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. Este principio de no regresividad se ve recogido en el artículo 78 constitucional, al establecer que los derechos adquiridos por el magisterio nacional tienen carácter de mínimos e irrenunciables, y el 106, al indicar que los derechos referentes al trabajo son irrenunciables y susceptibles de ser superados; irrenunciabilidad que conlleva esa prohibición de regresividad. Con el principio de no regresividad –en la interpretación– se añade una limitación a la regulación de los derechos fundamentales que veda en consecuencia a las autoridades estatales la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel alcanzado por los derechos sociales y de las prestaciones de que goza la población. Así lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad, recientemente: “...*la obligación de no regresividad constituye una limitación que la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos imponen a los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales...*”¹⁰.

En consecuencia, una medida resulta regresiva y no progresiva: a) cuando recorta o limita el ámbito de protección del respectivo derecho prestacional; b) cuando aumenta los requisitos exigidos para acceder al derecho; c) cuando disminuye o desvía los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. Con esa base base, el tribunal constitucional guatemalteco –comparó los contenidos de las normas anteriores con las reformadoras para determinar en cuáles hubo progreso o regresión, y concluyó que la medidas regresivas eran las siguientes:

- i) El segundo rubro de la pensión de vejez –“*el 0.5% de la remuneración base por cada seis meses de contribución que tenga el asegurado en exceso*”– se concede al cumplir con ciento ochenta (180) meses de contribución o más, y ya no con ciento

¹⁰ Sentencia de 20-05-2010, expediente 4095-2009.

veinte (120).

- ii) Se eliminó el beneficio del “10 % de la remuneración base” por cada dependiente del afiliado (que podía transformarse hasta en 30%, tomando como límite máximo el 80% que determina el art. 9 del reglamento en cuestión) y se estableció un solo 10% para todo el grupo familiar del afiliado;
- iii) El veinticinco por ciento (25%) adicional de los pensionados de “*Gran Invalidez*” que no adquieran el rubro de asignación familiar es calculado sobre el rubro primero únicamente (el 50% de la remuneración base);
- iv) Las condiciones para que determinada población pueda optar al derecho prestacional por vejez aumentaron en el número de contribuciones;
- v) La edad mínima para que determinada población pueda optar a la pensión por vejez aumentó en dos años.

No obstante, la Corte de Constitucionalidad argumentó que las dificultades financieras que el Estado enfrente, en un momento dado, pueden dar lugar a establecer medidas que disminuyan una protección alcanzada a un derecho social; sin embargo, remarcó que ello debe ser racional y proporcional al fin que se pretende alcanzar, con lo cual agregó dos elementos de ponderación:

- **El elemento de la razonabilidad**, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso y relevante que justifique una intervención en el seno de los derechos fundamentales.
- **El elemento de proporcionalidad** implica analizar la idoneidad del medio empleado, la necesidad y ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto).

De esa cuenta, se analiza si las medidas adoptadas son progresivas o regresivas y si son regresivas: a) buscan satisfacer un fin constitucional; b) son válidas para lograrlo; c) fueron evaluadas otras alternativas; d) no afecta el contenido esencial del derecho; y e) el beneficio que alcanza es proporcional al costo que previene.

4. Ponderación en tiempos de crisis financiera.

La Corte de Constitucionalidad realizó el análisis de las medidas adoptadas de la forma siguiente:

- **Test de razonabilidad:** la finalidad de las medidas regresivas adoptadas fueron las de “evitar un déficit financiero al régimen de seguridad social”, lo cual resulta ser un fin constitucionalmente válido, porque está instituido como una función pública, nacional, unitaria y obligatoria.
- **Test de idoneidad:** por ser el emisor de la regulación denunciada un ente administrativo, la validez de su normativa se centra primordialmente en el cumplimiento de las facultades establecidas por la legislación que le rige. El ente regulador se basó en los estudios actuariales y en los arts. 44 de la ley que le rige (Ley del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social).

–Según el art. 44, en caso de que una revisión actuarial indique déficit, lo que el legislador permite –incluso obliga– es reajustar los beneficios, reajustar las cuotas o contribuciones, mantener la escala de beneficios en proporción al índice de solvencia o aplicar esas tres medidas. Lo que permite el legislador reajustar, con fundamento en revisiones actuariales, son **a)** beneficios, **b)** las contribuciones, **c)** mantener los

beneficios en forma proporcional a su solvencia, o **d)** incluso aplicar esas tres medidas; es decir, la norma permite reajustes financieros.

–Las medidas regresivas se refieren a reajustes financieros y subjetivos en los beneficios y las contribuciones, por ende, poseen justificación legal y actuarial.

–Por lo tanto, los estudios actuariales empleados y las normas legales aplicables justificaron, en forma idónea, los reajustes a los beneficios y a las contribuciones, por ser medidas válidas las de reducir un tanto los beneficios de las pensiones por invalidez o por vejez y el monto de contribuciones para acceder a este último.

–Lo que no resultó ser idónea, por no poseer fundamento legal fue la medida de “aumentar la edad para acceder al programa de vejez”, pues la ley permite reajustes financieros y no subjetivos.

• **Test de necesidad:** consistió en un cotejo de medidas a medidas, entre las que inciden o intervienen en los derechos fundamentales en cuestión, comparando las medidas adoptadas por la regulación denunciada y medidas hipotéticas alternativas que podría haber adoptado el ente regulador, para determinar si tales alternativas hubieran sido igualmente idóneas a las adoptadas o si permitían alcanzar el objetivo buscado sin necesidad de afectar u ocasionar una intervención en el contenido del derecho fundamental. Si el resultado se refleja en el segundo supuesto la medida adoptada es inconstitucional.

–Art. 44 de la Ley del IGSS: los reajustes que se establezcan deben ser únicamente “*para la gradual eliminación del déficit*”, lo que conlleva a que las medidas adoptadas sólo puedan establecerse en forma temporal, lo cual es conteste con el fin constitucional de “*procurar el mejoramiento progresivo*” y el de evitar un déficit financiero del régimen de seguridad social, en determinado momento histórico. No obstante, las normas denunciadas no reflejaron un carácter temporal, sino perdurable. Lo cual fue considerado como elemento de invalidación para las medidas adoptadas, pues no reflejaban la pretensión de guarecer temporalmente el régimen de seguridad social para evitar determinada situación deficitaria, sino convertirlas en atemporales, lo que resulta contrario al fin constitucional de “*procurar el mejoramiento progresivo*”.

–Art. 42 del mismo Reglamento sobre Protección Relativa al IVS: “*...cuando en un ejercicio financiero el total de los ingresos efectivos por concepto de contribuciones, y del rendimiento del Fondo de la Reserva Técnica, sea inferior al total de los egresos por concepto de prestaciones y gastos administrativos de este Programa, y sin perjuicio de lo establecido en el Art. 44 de la Ley Orgánica, el Instituto aumentará las tasas de contribución a un nivel que garantice el equilibrio financiero por un período no menor de cinco años, conforme a los estudios actuariales correspondientes...*”; es decir, el mismo reglamento prevé las medidas financieras alternativas a adoptar en caso de déficit: “*aumentar las tasas de contribución*”. En este caso, no fue tomada esta alternativa, sino que fueron directamente reducidos los beneficios y su cobertura.

–Otra alternativa que presenta ese mismo artículo es: “*El indicado aumento de las tasas de contribución, podrá postergarse si el Estado aporta al Instituto los recursos necesarios para cubrir íntegramente el exceso de los egresos sobre los ingresos*”; en consecuencia, el IGSS podía requerir al Gobierno central provisiones para cubrir sus necesidades financieras, previo a determinar la reducción de los beneficios de la seguridad social.

- Al no constar que hubieran sido evaluadas las distintas alternativas (pues ante el estudio actuarial elaborado fue tomada la decisión de afectar beneficios alcanzados), no reflejó que las medidas adoptadas hubieran sido las más benignas dentro de las que podían acoger, tomando en cuenta que las medidas alternativas no afectarían los derechos a las pensiones por invalidez o vejez, por lo que no superaron el test de necesidad.
- Lo que sí resultó superar el test de necesaria, fue la de aumentar gradualmente el número de contribuciones para optar a la pensión por vejez, pues esa medida estaría dirigida a los afiliados activos que –en su momento– serán los beneficiarios del programa de vejez y que, atendiendo a que se estima que vivirán por más tiempo (según los estudios actuariales), su nivel de aportación debe ser proporcional al beneficio que obtendrán; además, ello se asemeja a la alternativa de “aumentar las tasas de contribución”, pues lo que efectuó el ente regulador fue un incremento gradual en el aporte para los casos futuros, en atención a los resultados reflejados en los estudios actuariales.
- **Test de proporcionalidad en sentido estricto:** fue empleado para ponderar si el grado de afectación de derechos prestacionales con las medidas regresivas era proporcional al grado de protección financiera del régimen de seguridad social que se pretendía, con base en la fórmula de la ponderación siguiente: *“cuanto mayor es el grado de afectación de los derechos a las pensiones por invalidez y vejez, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con las modificaciones al régimen de seguridad social”*. Para realizar la ponderación debida, la Corte de Constitucionalidad examinó cada una de las intensidades y los grados de realización, para luego determinar si cumplían o no ese juicio de ponderación. La valoración de las intensidades fue catalogada como: *grave, medio o leve*, escala que es equivalente por oposición a la de: *elevado, medio o débil*, para el caso de la realización.
 - “El 0.5% de la remuneración base por cada seis meses de contribución que tenga el asegurado en exceso” al cumplir 180 meses de contribución o más, conllevaba un aumento de 60 meses (5 años) a 120 meses (10 años) más de contribuciones, lo cual consideró el Tribunal como una afectación *leve*, al tomar en cuenta que deriva de una expectativa a poder trabajar por más tiempo frente a un riesgo menor a accidentes o a una muerte temprana, según estudios actuariales y que el rubro en juego es mínimo (0.5%);
 - El 25% adicional de los pensionados de “*Gran Invalidez*” que no adquirirían el rubro de asignación familiar, calculado únicamente sobre el cincuenta por ciento (50%) de la remuneración base, variaba una décima parte del monto calculado, lo que redundaba en un 2.5% de diferencia con el cálculo sobre el 60% en el otro supuesto. Afectación que fue considerada *leve*, por estimar que la diferencia entre un supuesto y otro es la existencia de asignación familiar.
 - El aumento hasta de 60 meses (5 años) de contribución como condición para optar a la pensión de vejez fue considerada una afectación *leve*, porque derivó de una expectativa a poder trabajar por más tiempo frente a un riesgo para el régimen de seguridad social de que el beneficiario viva más del tiempo del periodo de sus aportaciones, según estudios actuariales.
 - En cuanto al fin constitucional de proteger el régimen de seguridad social, se considera que el grado de satisfacción es *elevado*, si se toma en cuenta el número de afiliados

que posee el IGSS y que la pretensión de las modificaciones constituye la sostenibilidad del programa Invalidez, Vejez y Sobrevivencia (IVS) y que las prestaciones pecuniarias se puedan seguir otorgando a la población beneficiaria.

–En consecuencia, el tribunal determinó que las tres medidas analizadas resultaron ser estrictamente proporcionales con el fin constitucional a satisfacer, por ser su afectación leve frente la elevada satisfacción del otro.

Finalmente, la Corte de Constitucionalidad concluyó que las medidas regresivas que no habían superado alguno de los test realizados violaban el artículo 100 constitucional, por no ser razonables ni proporcionales, contrariando los principios de progresividad, no regresividad, racionalidad y proporcionalidad. En su declaratoria de inconstitucionalidad, emitió una sentencia atípica exhortativa por tratarse de derechos sociales prestacionales, para que el ente regulador dicte las normas necesarias en las que determine en abstracto las situaciones de todos los beneficiarios del régimen en cuestión, con respecto a las medidas que debe regular de nueva cuenta.

5. Conclusiones.

- Para la debida tutela de los derechos a pensiones sociales, se deben observar elementos de interpretación como: **a)** el elemento del mínimo existencial (que permite el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, evitando que se vulnere el derecho fundamental a la vida y a la inalienabilidad corporal); **b)** el elemento de progresividad (la interpretación de una norma de derechos sociales no puede realizarse de tal manera que resulte una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos del derecho en cuestión); **c)** el elemento de no regresividad (prohíbe que el Estado de marcha atrás a los niveles alcanzados de satisfacción de cierto derecho social); **d)** el elemento de la solidaridad (todos deben contribuir con el Estado para la realización del bien común); y **e)** el elemento de protección de la niñez, de la maternidad, de las personas con discapacidad y las de la tercera edad (porque el Estado debe principal protección a esas categorías de personas);
- Las pensiones sociales prestadas a grupos vulnerables, como derechos fundamentales que son, resultan ser irreversibles, pues no puede desconocerse un mínimo ya reconocido por el Estado, y progresivos, ya que debe procurar mejorar esos niveles alcanzados.
- En caso de crisis financiera, las medidas que se adopten para evitar un déficit del sistema de pensiones sociales, que conlleven la afectación de estándares obtenidos –como elevar el número de contribuciones o retrasar la edad para acceder a la jubilación–, deben ser racionales y proporcionales al fin que pretendan alcanzar, en consecuencia, deben estar basadas en la satisfacción de otro fin constitucional y ser válidas para lograrlo, haber evaluado otras medidas y determinar que las adoptadas eran las menos gravosas, por ende necesarias; no pueden afectar el contenido esencial del derecho a la pensión social; y, por último, el grado de satisfacción para evitar el déficit del régimen de previsión social debe ser proporcional a la afectación del derecho a la pensión social, de lo contrario, las medidas serían arbitrarias e inconstitucionales.
- En caso de normas de seguridad social prestacionales declaradas inconstitucionales, la Corte de Constitucionalidad no puede declarar los efectos clásicos de expulsar del ordenamiento jurídico la norma nula al día siguiente de la publicación del fallo en el Diario Oficial, pues podría producir la desregulación de las medidas prestacionales, por lo que debe proyectar su expulsión en un tiempo prudente, en tanto el ente regulador emite la nueva normativa que supla la que será anulada.

Bibliografía.

- **Obras consultadas.**

- Recaséns Siches, Luis; **Tratado General de Filosofía del Derecho**; México, Editorial Porrúa, S. A., 2ª. edición, 1961.
- Ferrajoli, Luigi; **Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia**, traducción de Andrea Greppi; España, Editorial Trotta, 2ª. Edición, 2009.
- Alexy, Robert; **Derechos Sociales Fundamentales**. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/4.pdf>.
- Alexy, Robert; **Teoría de los derechos fundamentales**, traducido al español por Ernesto Garzón Valdés; España, Centro de Estudios Constitucionales; 1993.

- **Sentencias citadas.**

- Expediente 1743-2003
- Expediente 2274-2003
- Expediente 568-2004
- Expediente 1205-2008.
- Expediente 2863-2006.
- Expedientes acumulados 3, 4, 52 -2011