



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEZ DEL CONVIVIENTE SUPERSTITE EN EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

Juan Irazábal-Chávez

Piura, febrero de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Irazábal, J. (2015). *El derecho a la pensión de viudez del conviviente superstite en el Sistema Nacional de Pensiones*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura



UNIVERSIDAD DE PIURA
Facultad de Derecho

**EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEZ DEL
CONVIVIENTE SUPERSTITE EN EL SISTEMA
NACIONAL DE PENSIONES**

Tesis que presenta el Bachiller Juan Gabriel Irazábal
Chávez para optar el título de Abogado, dirigida por el Dr.
Luis Fernando Castillo Córdova

Piura, 03 de febrero de 2015

INDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO I	01
1. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA PENSIÓN	01
1.1. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	01
1.2. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEZ.....	06
1.3. EL DERECHO A PENSIÓN DE VIUDEZ ENTRE CONVIVIENTES EN EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES COMO EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	12
CAPITULO II	19
2. LAS REGLAS JURÍDICAS CREADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEZ	19
2.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO Y LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	19
2.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CREADOR DE NORMAS CONSTITUCIONALES ADSRIPTAS	27
2.3. NORMAS CONSTITUCIONALES ADSRIPTAS CREADAS EN LA SENTENCIA EXP. 03605-2005 (INICIAL POSICIÓN).....	31
2.4. NORMAS CONSTITUCIONALES ADSRIPTAS CREADAS EN LA SENTENCIA EXP. 06572-2006 (ACTUAL POSICIÓN)	34

2.5. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD MATERIAL DE LAS NORMAS ADSCRIPTAS CREADAS POR EL TRIBUNAL	42
CAPITULO III	47
3. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 53° DEL DECRETO LEY N° 19990	47
3.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS.....	47
3.2. EL ARTÍCULO 53° DEL DECRETO LEY N° 19990.....	50
3.3. VINCULACIÓN DE LA OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL A LAS NORMAS ADSCRIPTAS CREADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	59
3.4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN.....	69
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	77

INTRODUCCIÓN

El artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 prescribe que tiene derecho a la pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta. Una simple lectura de esta disposición legal nos llevaría a la conclusión de que los convivientes no están incluidos como beneficiarios dentro de los alcances de dicha disposición legal.

Sin embargo, la cuestión no parece tan sencilla desde que en un Estado constitucional de derecho lo debido no se configura solamente de la mano de la disposición legal, sino más bien, se construye con base en las exigencias de justicia constitucionalizada que representan los derechos fundamentales; y desde que la decisión legal de expresamente reconocer el beneficio solamente para el conyugue se tomó en una realidad en la que la convivencia era una realidad excepcional.

En efecto, este artículo del Decreto Ley N° 19990 emitido en el año 1973 no podría interpretarse hoy sin tener en cuenta una realidad social tan latente en nuestros días como son las uniones de hecho, más aún si se considera que a partir de la Constitución de 1979 se reconoció en nuestro ordenamiento que este tipo de uniones genera vínculos de naturaleza patrimonial similares al matrimonio.

Precisamente, la vigente Constitución Política de 1993 en su artículo 5° recoge una disposición similar a la contenida en la Constitución Política de 1979 y establece que la unión de hecho entre un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial que forman un hogar, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le sea aplicable.

En tal sentido, con el ánimo de establecer la constitucionalidad del indicado artículo 53° y sus alcances, la presente investigación partirá de desarrollar en qué consiste el contenido constitucional de un derecho fundamental. En seguida, pasaremos a centrarnos en el contenido constitucional del derecho fundamental a la pensión de viudez para determinar cuál es el bien humano que justifica tal derecho. Estableceremos, de esa forma, la finalidad que y acabaremos concluyendo si tal finalidad se predica solamente de viudos casados o también de viudos concubinos, interpretando las disposiciones constitucionales desde el derecho a la igualdad.

En el tercer apartado, se examinará dos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, en los cuales se demuestra su rol de creador de normas jurídicas en nuestro ordenamiento. Estos fallos dejan en claro que el Supremo Interprete de la Constitución no ha sido ajeno al tema de el acceso pensionario en las uniones de hecho y que si bien en un primer momento, optó por rechazar las pretensiones de los convivientes dirigidas a obtener una pensión de sobrevivientes, sobre la base de que la Constitución buscaba favorecer el matrimonio y que

la pensión no tenía carácter patrimonial, finalmente dio un giro en este inicial criterio y acabó por aceptar que los convivientes podían tener derecho a una pensión de sobrevivientes, aunque sin especificar en detalle las razones de esta inclusión.

Llegaremos a establecer, seguidamente, que con el último de estos pronunciamientos, el Tribunal creó normas adscriptas a las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 4° y 5° de la Carta de 1993, en lo que respecta a la protección de la familia, promoción del matrimonio y efectos de las uniones de hecho. Como punto obligado, se revisará la constitucionalidad material de las indicadas normas, comparándolas con las creadas en el anterior pronunciamiento que tenía un sentido contrario, para determinar cuáles son las válidas por tener una justificación constitucional correcta.

El cuarto acápite nos servirá para analizar, a la luz de lo expuesto en los puntos precedentes, si la norma que brota del artículo 53 es contraria a las normas constitucionales adscriptas creada por el Tribunal Constitucional o si es posible hacer una interpretación de él que lo haga acordé a estas normas.

Se revisará también la posición de la Oficina de Normalización Previsional, entidad encargada de administrar los fondos del Sistema Nacional de Pensiones, que continúa denegando en sede administrativa las solicitudes de pensiones presentadas por los

convivientes supérstites, so pretexto de que se debe adjuntar la partida de matrimonio conforme lo establece su TUPA. Plantearemos cuál debería ser la posición de este ente gubernamental, en su condición de administración pública vinculada primordialmente a los mandatos constitucionales.

Para finalizar el cuarto capítulo, se expondrá la necesidad de establecer a nivel normativo el derecho de acceso de los miembros sobrevivientes de una unión de hecho a una pensión de viudez, siempre que se cumplan determinados requisitos, lo cual se logrará con una modificación al ya aludido artículo 53°. Con ello se evitará que la entidad previsional continúe amparándose en un mal entendido principio de legalidad administrativa y obligando a los asegurados a recurrir a la vía judicial para el reconocimiento de su derecho.

Finalmente, el trabajo se cierra con las conclusiones a las que se ha arribado tras la presente investigación con la que esperamos contribuir a obtener el reconocimiento normativo, desde que ya lo tiene a nivel jurisprudencial, del derecho a la pensión de viudez del conviviente sobreviviente en el Sistema Nacional de Pensiones.

CAPITULO I

1. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEZ

1.1. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo con Pérez Luño¹ los derechos fundamentales, constituyen la principal garantía con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema político y jurídico en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana, en su estricta dimensión individual. Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos y al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.

Hay quienes realizan una serie de distinciones terminológicas entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, pero en este espacio no interesa entrar a detallar esa discusión, por lo que nos quedamos con la opinión que nos parece la

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos S.A. Séptima Edición. Madrid-España 1998. Pág. 98.

más adecuada y es la que sostiene el profesor Castillo Córdova² quien señala que con la expresión derechos fundamentales o derechos constitucionales se hace alusión a lo mismo: a la constitucionalización de una serie de exigencias de justicia que, formuladas como bienes humanos, son debidos a la persona por ser tal.

De modo que en términos generales, los derechos fundamentales pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser persona y cuyo goce y adquisición le generará grados de realización personal.

Una vez definidos los derechos fundamentales, conviene atender ahora a su contenido jurídico constitucional. Habiendo dejado sentado previamente que los derechos humanos son bienes humanos que brotan de la naturaleza y esencia humana, es posible entender los derechos fundamentales como los derechos humanos constitucionalizados, tal como señala el profesor Castillo Córdova³. Al recogerse en la Constitución, el derecho lleva consigo su esencia, la cual conforma el contenido esencial del derecho fundamental. Este es un contenido constitucional único y que es calificado de esencial no para diferenciarlo de un supuesto contenido constitucional no esencial, sino para significar que todo él brota de la esencia del

² CASTILLO CORDOVA, Luis Fernando. *El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid 2010. Pág. 93.

³ *Ibidem* pp. 102

derecho que se trate, es decir, de aquello por lo cual el derecho es el que es y no es un derecho diferente. Por constituir la esencia del derecho, el contenido único no puede ser sacrificado ni restringido, pues sacrificar la esencia de la cosa supondrá su desaparición; es decir, el sacrificio de la esencia del derecho fundamental supondrá su vulneración.

Este contenido esencial o constitucional del derecho fundamental que es uno sólo, está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y da sentido a su existencia y a su alcance. Tal finalidad es satisfacer una necesidad o exigencia humana para permitir una mayor realización o perfeccionamiento humano, de modo que el contenido esencial del derecho fundamental estará compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que, se ha de insistir, no sólo es individual, sino también social, y no sólo es material, sino también espiritual. Esto obliga a considerar que el contenido esencial de un derecho fundamental necesariamente es un contenido limitado, no sólo porque la esencia es siempre limitada, precisamente porque permitirá la existencia de una determinada cosa, no de todas las cosas o de cualquier cosa; sino también porque no es una esencia disparatada, sino guiada por una finalidad concreta, de manera que sólo conformará el contenido esencial las atribuciones y facultades encaminadas a la consecución de esa finalidad. En base a lo indicado, el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental

puede ser caracterizado como un contenido único, limitado, ilimitable y delimitable.

Esta categoría jurídica fue recogida por primera vez en la Constitución Alemana, en la cual se hizo expresa mención al contenido esencial de los derechos desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que establece:

“Artículo 19. Restricción de los derechos fundamentales.

1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.”

De la Constitución Alemana pasó a otras Constituciones, como la Española de 1978 que se refirió expresamente a este concepto al indicar en su artículo 53° que:

“Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su

contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)”

El Tribunal Constitucional Español en su sentencia 11/2981, del 8 de abril, señaló que: “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decir así. Todo ellos referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas (...) se puede hablar de una esenciabilidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa, se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan mas allá de los razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

Nuestro Tribunal Constitucional por su parte ha dejado dicho⁴ que el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación

⁴ STC Exp. N.º 1417-2005-AA/TC (Caso Anicama), F. J. 21.

medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En definitiva, lo realmente trascendente en temas de derechos fundamentales es saber determinar cuándo una pretensión forma parte de su contenido esencial o constitucional por tratarse del ejercicio razonable de una o más de las atribuciones o facultades que lo componen.

1.2. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEZ

En atención a lo señalado en el acápite precedente, se puede colegir que para determinar el contenido esencial o constitucional del derecho a la pensión de viudez debemos tener presente que éste será aquello que hace que el derecho a la pensión de viudez sea derecho a la pensión de viudez y no otro derecho diferente, porque brota de su esencia.

Con tal motivo hemos de analizar previamente el concepto de seguridad social para entender plenamente el concepto de pensión. La seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el

fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones⁵, al menos en el Sistema Nacional de Pensiones.

En esa línea, la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida⁶.

Bajo esta premisa, nuestra Constitución Política de 1993 en su artículo 10° reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. A su vez el artículo 11° de la Constitución añade que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

⁵ STC 0011-2002-AI, F.J 14

⁶ Véase el F.J. 54 de la STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI (acumulados).

A nivel infra-constitucional, el Decreto Ley 19990 regula el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), disponiendo los requisitos para que el titular acceda a una pensión de jubilación, de invalidez, así como los requisitos que deben cumplir los sobrevivientes a fin de acceder a una pensión de viudez, orfandad o ascendentes. Es el artículo 53° del aludido Decreto Ley, el que regula lo referente a la pensión de viudez, estableciéndose lo siguiente:

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

En el Sistema Privado, es el artículo 117° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 004-98-EF) el que establece;

“Tienen derecho a la pensión de sobrevivencia los beneficiarios del afiliado que no se hubiere jubilado, siempre que su muerte no resulte consecuencia de

accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias. El orden es el siguiente: El cónyuge o concubino conforme a lo establecido en el Artículo 326 del Código Civil; Los hijos que cumplan con los requisitos previstos en el inciso e) del Artículo 113 que antecede”.

El análisis sistemático de las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho fundamental a la seguridad social (artículo 10) y el derecho fundamental a la pensión (artículo 11º) así como las disposiciones del Decreto Ley N° 19990 y el artículo 117º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 004-98-EF), nos permitirán determinar el contenido esencial de derecho a la pensión de viudez, sin que deba dejarse de lado el análisis del bien humano que se encuentra detrás de este derecho.

En efecto, cabe recordar como señala el profesor Castillo Córdova⁷ el contenido constitucional del derecho fundamental es un conjunto de facultades dirigidas a la adquisición del bien humano y consecuente realización personal, esta es su finalidad. En tal sentido, para

⁷ CASTILLO CORDOVA, Luis Fernando. “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid 2010. Pág. 107.

determinar el contenido esencial del derecho a la pensión de viudez debemos preguntarnos también cuál es la finalidad de este derecho.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la pensión de sobrevivencia debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad⁸.

De este primer acercamiento se desprende que la finalidad de las pensiones de sobrevivencia se encuentra en el ánimo de mantener para sus beneficiarios, un grado similar de estabilidad económica al que contaban cuando el pensionista se encontraba en vida. En tal sentido, la razón de ser de las prestaciones de sobrevivencia es brindar apoyo económico a los familiares del pensionista o afiliado fallecido en el entendido de que dependían de él en el ámbito financiero y que no podrán hacer frente por sí solos a las necesidades que surgen como consecuencia de su deceso. Se busca garantizar la continuidad de una vida digna para los dependientes sobrevivientes.

En ese orden de ideas, queda meridianamente claro que el sentido y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes radica en evitar en lo posible que quien haya convivido y dependido

⁸ Sentencia del Expediente 0050-2004-AI/TC, F.J. 143.

efectivamente del causante, se vea en la obligación de afrontar individualmente las cargas económicas que supondrá su partida, impidiendo de esta forma que se pueda poner en peligro su propia subsistencia en el supuesto de que su situación le impida afrontar por sí solo dichas cargas.

Por tanto consideramos válido afirmar que el bien humano que se encuentra detrás del derecho a las pensiones de sobrevivencia, y de la de viudez en estricto, es procurar una calidad de vida digna para el sobreviviente que dependía del pensionista o afiliado que fallece y de esta forma permitir su realización personal, no sólo a nivel material, sino también espiritual.

Por tal razón, creemos que la finalidad de las pensiones de sobrevivencia no se encuentra ni siquiera mínimamente ligada a la institución del matrimonio, sino que su fundamento es sencillamente paliar el estado de necesidad del supérstite que logre acreditar que económicamente se sostenía gracias a los ingresos del desaparecido, sin que sea imprescindible que se haya celebrado el contrato matrimonial, sino que también se podría acreditar una convivencia estable⁹. Y es que el matrimonio no hace más o menos digna la vida.

⁹ El artículo 326° del Código Civil señala que la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, debe haber durado por lo menos dos años continuos para que le sean aplicables algunas disposiciones propias del matrimonio.

En consecuencia, desde nuestra posición la finalidad de la pensión de viudez no sólo resulta predicable de los viudos que habían contraído matrimonio sino también de los viudos de una unión de hecho, puesto que el tener una calidad de vida digna ante la contingencia de perder a quien la garantizaba no es una exigencia exclusiva del régimen matrimonial.

1.3. EL DERECHO A PENSIÓN DE VIUDEZ ENTRE CONVIVIENTES EN EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES COMO EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad proclama que todas las personas deben ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en la Constitución y que son el corolario de la dignidad humana.

En ese sentido, el principio de igualdad además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos

fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable¹⁰.

En tal sentido, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables. El Tribunal Constitucional ha señalado que para poder determinar si se ha violentado el principio de igualdad se debe determinar si se está ante una diferenciación o ante una discriminación. La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable¹¹.

De las disposiciones legales antes transcritas, se habrá podido apreciar que existe un tratamiento dísimil entre el Sistema Nacional y el Sistema Privado de Pensiones respecto a la pensión de viudez del concubino sobreviviente de una unión de hecho. La unión de hecho se entiende como aquella situación fáctica derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unidos por el matrimonio pero sí para cumplir finalidades semejantes al matrimonio y que comparten un

¹⁰ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Vol I. Madrid, Tecnos, 4º edición, 2003. pp. 324-325

¹¹ STC Expediente 02974-2010-PA/TC, F.J. 8.

proyecto de vida común basada en relaciones afectivas dotadas de estabilidad y permanencia.

Ahora bien, el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo responsabilidades, preocupaciones, alegrías, intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye por lo tanto, que alguno de los convivientes estén casado o tenga otra unión de hecho¹².

En nuestro ordenamiento, no existe actualmente una regulación sistemática e integral de este tipo de relaciones, aunque sí ha merecido espacio en la vigente Constitución Política de 1993 que en su artículo 5° establece que la unión de hecho entre un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial que forman un hogar, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le sea aplicable.

Por su parte, el artículo 326° del Código Civil señala que la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de

¹² STC Expediente 06572-2006-PA/TC, F.J. 17.

gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

El artículo 4° de la Ley N° 30007, publicada el 17 abril 2013, agregó un párrafo al artículo 326° del Código Civil en el cual se reconoce que las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en dicha disposición producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, que se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Volviendo a la cuestión que atañe a nuestro estudio, se indicó anteriormente que en ámbitos previsionales existe un diferente tratamiento de las uniones de hecho en los sistemas pensionarios existentes en nuestro país. En efecto, mientras la Ley del Sistema Privado de Pensiones contempla esta posibilidad, el Decreto Ley N° 19990 la excluye.

Entonces cabe preguntarse si el distinto tratamiento legal a esta misma situación obedece a alguna causa justificada o si, por el contrario, nos encontramos frente a un trato discriminatorio.

Para Potozen Braco¹³ existen diferencias objetivas y razonables que justifican un tratamiento diferenciado del asunto, entre ellas la

¹³ Potozen Braco, Boris Gonzalo. “El Derecho de pensión de viudez de la concubina en el Sistema Nacional de Pensiones. Comentarios a partir de la STC Exp. N° 06572-

cantidad de obligaciones que atiende cada sistema, el número de afiliados, los montos de cotización que realizan para cada fondo. A ello le agrega la situación financiera crítica que supuestamente atraviesa el Sistema Nacional y que “no es ni siquiera asimilable al SPP”, indica el referido autor. Igualmente refiere que no resulta comparable la estructura previsional del Sistema Nacional, que se basa en un fondo solidario, con la del Sistema Privado, con el método de capitalización individual.

Nosotros consideramos que ninguna de estas razones resulta constitucionalmente válida para justificar un trato desigual. Y es que es inadmisibles sostener que el hecho de que un sistema de pensiones funcione mejor que otro sea motivo suficiente para denegar el acceso a una prestación de naturaleza alimentaria como es la pensión, en la que está en juego la propia subsistencia del beneficiario. Que el Sistema Nacional no recaude como debiera es una cuestión que atañe a la entidad encargada de la recaudación, que debe ajustar sus procedimientos de cobranza y recuperación, pero de ninguna manera debe afectar a los asegurados que aportaron o cuyo empleador debió haber aportado¹⁴.

2006-PA/TC”, *Actualidad Jurídica N° 173*, Lima 2008, Editorial Gaceta Jurídica, Pág. 250-258

¹⁴ De acuerdo con el Precedente Vinculante Exp. N° 04762-2007-PA/TC y la Ley N° 29711: “*Para los asegurados obligatorios, son períodos de aportaciones los meses, semanas o días que presten o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13. Son también períodos de aportaciones las licencias con goce de remuneraciones*”

En tal sentido, debe resaltarse que no toda diferencia constituye causa legítima para establecer un distinto tratamiento, como en este caso señala el Dr. Potozen Braco, pues en nuestro criterio, la diferencia estructural entre el Sistema Nacional y del Sistema Privado de Pensiones es un aspecto que carece de relevancia suficiente al momento de determinar el derecho de acceso a una prestación pensionaria, porque de lo que se trata en ambos casos es de asegurar una igual necesidad a quienes estuvieron bajo dependencia del causante y, por tanto, en ambos casos es debido el mismo bien humano.

otorgadas por ley o por el empleador, así como los períodos durante los que el asegurado haya estado en goce de subsidio.

Corresponde al empleador cumplir con efectuar la retención y el pago correspondiente por concepto de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) de sus trabajadores. Sin embargo, es suficiente que el trabajador pruebe adecuadamente su período de labores para considerar dicho lapso como período de aportaciones efectivas al SNP. De la misma forma, las aportaciones retenidas que no hayan sido pagadas al SNP por el empleador son consideradas por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en el cómputo del total de años de aportación, independientemente de las acciones que realice la ONP para el cobro de las mismas, conforme a ley.”

CAPITULO II

2. LAS REGLAS JURÍDICAS CREADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEZ

2.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO Y LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La actividad jurídica constituye un intento por responder en cada momento histórico a los problemas planteados por las relaciones humanas, tanto los de siempre como los de cada época. La respuesta no siempre es ni debe ser la misma, a veces resultan necesarios cambios de concepción del Derecho en aras de afrontar de modo satisfactorio tales nuevas exigencias.

En esa línea, el modelo que constituyó la referencia en los últimos siglos durante la vigencia del positivismo, era el Estado de derecho legislativo, la época del imperio de la ley¹⁵. Sin embargo, dicho modelo debió ceder paso a un nuevo fenómeno que se ha denominado neoconstitucionalismo y que pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después

¹⁵ Cfr. SEOANE, José Antonio. “La configuración Jurisprudencial de derechos fundamentales”. En *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*. Buenos Aires 2006, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Pág. 121-131

de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX.

Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, además de contener amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos¹⁶.

De acuerdo con Guastini¹⁷ se puede entender por constitucionalización del ordenamiento jurídico a aquel proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.

¹⁶ CARBONELL SANCHEZ, Miguel. *El canón neoconstitucional*. Primera Edición Bogotá 2010, Universidad Externado de Colombia, p. 161-162

¹⁷ Guastini, Ricardo. “Estudios de Teoría Constitucional”. México DF. UNAM-FONTAMARA. Tercera Edición 2007, p. 153-154.

En esa misma línea, Prieto Sanchis¹⁸ ha señalado que el neoconstitucionalismo alude a una nueva cultura jurídica que se desarrolla dentro del Estado Constitucional del Derecho y cuyos rasgos esenciales son: a) el reconocimiento de la plena fuerza normativa de la Constitución; b) la rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto de un denso contenido material de principios y derechos fundamentales que no solo regulan quién manda y cómo se manda (normas de competencia y procedimiento) sino también en buena medida qué puede mandarse y no mandarse (normas sustantivas); c) la garantía judicial de la Constitución a través de la justicia ordinaria y constitucional; y d) la rigidez constitucional.

El Perú no ha sido ajeno a este fenómeno y, consideramos, puede señalarse válidamente que nuestro ordenamiento jurídico es uno constitucionalizado desde que podemos reconocer en él las características propias de este tipo de sistema. La supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside en ordenamiento jurídico¹⁹ (Principio de

¹⁸ Prieto Sanchiz, Luis. *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*. Trotta, Madrid 2003, p. 101.

¹⁹ Artículo 51°. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Jerarquía Normativa²⁰), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos²¹ o de la colectividad en general²² puede vulnerarla válidamente.

La Constitución es, pues norma jurídica y como tal, vincula. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente de derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no solo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme a la Constitución)²³.

La Constitución entonces es la cúspide, colocando las bases del sistema, ordenándolo y organizándolo, pero la solución de conflictos queda en manos de las leyes y normas inferiores. La forma en que la

²⁰ El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella

²¹ Artículo 45°. El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

²² Artículo 38°. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

²³ ETO CRUZ, GERARDO. *El tribunal Constitucional reescribe el derecho: Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho*?. Gaceta Constitucional Lima 2011.

constitución se proyecta hacia el orden sub constitucional por vía de los derechos fundamentales, se denomina el efecto de irradiación. En palabras de Hesse²⁴ “al derecho privado que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien conste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados”.

Este efecto de irradiación de los se realiza de dos maneras distintas:

- A) Como normas objetivas: Junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento; este efecto de irradiación afecta las tres funciones del Estado: se extiende a la conformación material de prescripciones de Derecho por parte del legislador, con lo que éstas toman en sí el contenido objetivo de los derechos fundamentales; a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones y a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte del juez.

²⁴ KONRAD HESSE. *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Cívitas, 1995, p. 59.

Esta dimensión objetiva del derecho fundamental, lo convierte en un mandato de optimización; es decir, los derechos fundamentales en su vertiente objetiva comportan un determinado contenido normativo que debe ser realizado por los poderes públicos, y la optimización de esa dimensión objetiva requiere actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental.

Respecto al contenido objetivo del derecho fundamental el mandato impone, de un lado, que todo poder público tiene el deber positivo de proteger los derechos fundamentales que puedan estar presentes en una determinada situación; de otro lado, le obliga a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda resultar contrario al citado deber positivo. De este modo, y como resultado del mandato, los poderes públicos se erigen en garantes de los derechos fundamentales cuando en el ejercicio de sus potestades se ven implicados derechos fundamentales, lo que cobra una especial relevancia en el caso de los órganos judiciales.

Merced a la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales irradiándose en todos los ámbitos del Derecho, tales derechos dejan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano para transformarse en principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto. Y es que los

derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino también deberes positivos por parte de éste.

- B) A través de la eficacia horizontal: que implica reconocer que un sujeto particular pueda reclamar por la vulneración de un derecho en contra de otro particular pues es una constante en el constitucionalismo contemporáneo reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado. En efecto, aunque los derechos y libertades fundamentales hayan sido concebidos inicialmente como derechos públicos subjetivos, y, por ello, hallan su principal obligado en el poder público, lo cierto es que la extensión de la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares, sean éstos personas físicas o personas jurídicas, es una consecuencia paralela del hecho de que sea la Constitución la norma máxima del Estado. Por tanto, hoy ya no se puede negar que también los particulares están sometidos al respeto de los derechos fundamentales.

En esa línea, a fin de cautelar que ningún acto de los poderes públicos (eficacia vertical) o de los particulares (eficacia horizontal) contravenga las disposiciones constitucionales, se hace necesaria la existencia de un sistema de control de la constitucionalidad del derecho, de un órgano autónomo que cumpla tal encargo. En nuestro

país dicha función se le ha encomendado al TC y a los jueces, pero es el primero quien lo ejerce de modo supremo.

El TC tiene en el ordenamiento jurídico peruano la posición de supremo controlador y supremo intérprete de la Constitución, por mandato expreso del artículo 201 de la Constitución de 1993 que a la letra dice: “*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución*”. Con base en las atribuciones del Tribunal Constitucional recogidas en el artículo 202, es posible concluir que el mencionado Tribunal es el órgano de control de la constitucionalidad de los actos públicos (tanto normativos, ejecutivos como judiciales) y privados que contravengan la Constitución, en el fondo o en la forma.

Así, se ha reconocido a este Tribunal la posibilidad de declarar inconstitucionales con efectos derogatorios normas con rango de ley que contravengan la Constitución; la posibilidad de invalidar en última instancia los actos públicos o privados que contravengan el contenido constitucional de los derechos fundamentales; y la posibilidad de anular decisiones y actuaciones públicas que signifiquen el ejercicio inconstitucional de atribuciones y competencias de los órganos públicos²⁵.

²⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 39, Marzo 2011, ps. 21-33.

Agregado a ello, debe recordarse que la interpretación vinculante de la Constitución en nuestro ordenamiento está en manos del Parlamento, del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo y de todos los órganos constitucionales autónomos a los que se les asigna una función pública determinada, sin embargo de entre ellos la interpretación más importante la realizará el TC pues dada su posición de Supremo Intérprete y controlador de la constitucionalidad, sus interpretaciones son vinculantes y supremas.

2.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CREADOR DE NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS

La Constitución es un tipo de texto jurídico que exige ser interpretado, tanto en su contenido material como en el formal²⁶, pues sus disposiciones abiertas e imprecisas requieren de concreción, principalmente las referidas a derechos fundamentales. Como ya hemos señalado, esta labor recae principalmente en nuestro Tribunal Constitucional por encargo de la propia Constitución.

De acuerdo con el profesor Robert Alexy²⁷, las disposiciones constitucionales tienen un ámbito normativo conformado por normas directamente establecidas y por normas adscriptas a estas. Las

²⁶ SOSA SACIO, Juan Manuel. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima 2011, pp. 33-39.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 63-73.

primeras pueden ser definidas como se formulan a partir del texto de las disposiciones consideradas como integrantes de una unidad. Estas normas, por lo general, tienen una estructura abierta e indeterminada que requiere ser especificada para operar efectivamente. En esa línea, las normas adscriptas son concreciones de la norma directamente establecida.

Como explica el profesor Castillo Córdova, al ser concreciones de la norma constitucional directamente establecida y no derivaciones sucesivas de la misma, tienen su misma naturaleza, es decir son también normas constitucionales, son la misma norma especificada²⁸. Por tratarse de normas, no todos podemos crearlas, sólo tendrán esta capacidad aquellos que pueden interpretar vinculantemente la Constitución.

Como se ha dejado sentado, el TC es el supremo intérprete vinculante de nuestra Constitución. Cuando especifica algún elemento de la esencia de la realidad jurídica regulada en una disposición constitucional abierta y vaga, la está interpretando, y al hacerlo le asigna un significado que se formula en términos de una norma que no existía antes de la actividad concretadora.

Por esto, el TC, al interpretar una disposición constitucional, está precisando el alcance de su naturaleza jurídica (esencia) y, con ello,

²⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional”, *Gaceta Jurídica* Lima 2014, pp. 15-30.

está creando una norma constitucional que es concreción de la disposición constitucional. Está creando, pues, Derecho de rango constitucional, y sus sentencias –que contienen las concreciones– se convierten en fuente de Derecho Constitucional²⁹. En base a ello, es posible sostener que toda interpretación que formule el TC de la Constitución, es una norma, la cual tendrá el rango de la norma directamente concretada a la cual se adscribe y existe adherida a ella³⁰.

Ahora bien, cabría cuestionarse si todas las normas adscriptas creadas por el Tribunal son siempre constitucionales o si, por el contrario, podría ocurrir que una interpretación del TC de una norma directamente estatuida en realidad no sea una concreción de la misma por vulnerar su contenido normativo.

Para el profesor Robert Alexy³¹ es posible que existan normas adscriptas que no pueden reconocerse como normas constitucionales y esto ocurrirá cuando no es posible dar una fundamentación constitucional correcta a su adscripción a una norma directamente establecida. En tanto, para el profesor Castillo Córdova, las normas adscriptas creadas en vía de interpretación por el TC serán siempre constitucionales desde el punto de vista formal, dado que el Tribunal

²⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 37, enero 2011, ps. 23-38.

³⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”, en *Gaceta Constitucional*, número 77, ps. 28-34.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales ... Ob. cit.*, p. 70.

la emite en ejercicio de su función pública de efectos vinculantes y de carácter supremo³². Por tal razón, la concreción de la norma directamente estatuida por parte del TC se adscribe a dicha norma irremediabilmente y sólo después de ello, será posible evaluar su constitucionalidad desde el punto de vista material³³.

De esta forma, es posible que el Tribunal Constitucional pueda formular una interpretación inconstitucional desde el punto de vista material, que será aquella que se sostiene sobre razones manifiestamente incorrectas pues la creación constitucional necesita de justificación suficiente que haga que la concreción presentada sea constitucionalmente válida y por ello exigible, aunque como se ha explicado desde la perspectiva formal será siempre una norma adscripta constitucional.

Teniendo claras estas posibilidades, en los puntos siguientes se analizará las normas adscriptas creadas por el TC tanto en la STC 03605-2005-PA/TC como en la STC 06572-2006-PA/TC y se intentará determinar cuál de estas normas formalmente válidas es la materialmente constitucional desde que las dos no pueden serlo por tener contenido contradictorio entre sí.

³²En palabras del propio Tribunal: “éste es el Intérprete Supremo de la Constitución (...), por lo que no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales” EXP. N.º 2704–2004–AA/TC, F. J. 2.e.

³³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*”, Gaceta Jurídica Lima 2014, pp. 15-30.

2.3. NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS CREADAS EN LA SENTENCIA EXP. 03605-2005. INICIAL POSICIÓN

La sentencia al EXP. N.º 03605-2005-AA/TC, fue emitida el 8 de marzo de 2007, y en ella el Tribunal Constitucional reitera y profundiza el criterio que fue el sostenido hasta ese momento, esto es, el de negar a los convivientes sobrevivientes el derecho a una pensión de viudez del Sistema Nacional de Pensiones. Las normas adscriptas que se formulan en este fallo, fueron las siguientes:

A. PROTECCIÓN DE LA FAMILIA MATRIMONIAL

En el fundamento 5 de esta Sentencia, tiene dicho el TC que:

“5. (...)”

En consecuencia, hay que entender que no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues al ser situaciones disímiles deben ser tratadas desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. Y lo que la Norma Fundamental quiere es favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional.”

De este lineamiento, se formula la siguiente norma constitucional adscripta:

“N5. Está ordenado reconocer como instituciones disímiles al matrimonio y a la unión de hecho por lo que no se le puede reconocer los mismos efectos previsionales”

Como sustento de esta norma adscripta³⁴ está la intención de favorecer el matrimonio como institución constitucional. El Tribunal señala que es cierto que la Constitución tutela a la familia y sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudieran encontrarse. Indica que ese es el sentido del artículo 4° de la Constitución, sin embargo ello no puede trasladarse de manera automática a la figura de las uniones de hecho.

B. UNIONES DE HECHO Y DERECHOS PATRIMONIALES

Por su parte en el fundamento 7 de la Sentencia, el Tribunal ha señalado que:

³⁴ Al artículo 4° de la Constitución que establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

“7. (...)”

Según establece la norma constitucional (artículo 5), sólo habrá generación del régimen de la sociedad de gananciales sobre bienes de carácter patrimonial, compartidos dentro de una unión de hecho, mas no podrá generarse derechos pensionarios, ya que para el otorgamiento de este derecho deberán estar sujetos a su norma específica, en la cual se establecerán los parámetros para dicho otorgamiento, tal como se anotó supra.”

De este lineamiento, se formula la siguiente norma constitucional adscripta:

“N7. Está ordenado que las uniones de hecho únicamente generan sociedad de gananciales sobre bienes patrimoniales pero no derechos pensionarios”

Como sustento de esta interpretación del artículo 5° de la Constitución, el TC expresa que la norma constitucional reconoce la relación concubinaria para efectos sólo de naturaleza patrimonial, al asemejarsele con el régimen de la sociedad de gananciales propia del matrimonio, mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario durante la vigencia de la relación y el hereditario entre concubinos.

2.4. NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS CREADAS EN LA SENTENCIA EXP. 06572-2006: LA ACTUAL POSICIÓN

Esta sentencia al EXP. N.º 06572-2006-PA/TC fue emitida el 6 de noviembre de 2007, y representa un cambio en el inicial criterio denegatorio que había mantenido el TC respecto a la pensión del concubino supérstite. En este fallo, el Supremo Interprete Constitucional se decanta por asumir que es posible desde el texto constitucional interpretar que sí corresponde la percepción de este derecho a los miembros sobrevivientes de una unión de hecho. Es el criterio vigente y ha sido reiterado en numerosos pronunciamientos posteriores³⁵.

Las normas adscriptas que se formulan en este fallo, a nuestro parecer son las siguientes:

³⁵ A modo de ejemplo puede verse la STC 02263-2008-PA/TC, STC 02556-2010-PA/TC, STC 04932-2011-PA/TC.

A. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA MATRIMONIAL Y LA EXTRAMATRIMONIAL

En el fundamento 11 de la Sentencia mencionada, dice el TC que:

“11. De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos.”

De este lineamiento, es posible sostener la siguiente norma constitucional adscripta:

“N11. Está ordenado brindar protección a la familia matrimonial y no matrimonial frente a las injerencias

que puedan surgir del Estado y de la sociedad sin importar su origen y sin que ello signifique que el Estado incumple su función constitucional de promoción del matrimonio.”

Como sustento de esta nueva norma, el TC haciendo un recuento de la institución de la familia indica que fue la Constitución de Weimar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia. Sin embargo, señala que en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. Dentro de esta tendencia de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar.

Indica que a nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”³⁶, “elemento natural y fundamento de la sociedad”³⁷, “fundamento de la sociedad”³⁸, “asociación natural de la sociedad y como el espacio

³⁶ Artículo 42° de la Constitución de Colombia y artículo 1 de la Constitución de Chile.

³⁷ Artículo 51° de la Constitución de Costa Rica.

³⁸ Artículo 49° de la Constitución de Paraguay

fundamental para el desarrollo integral de las personas”³⁹, “base de la sociedad”⁴⁰, “célula fundamental de la sociedad”⁴¹, por citar algunos. Agrega que el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Refiriéndose al caso peruano, el TC señala que es la Constitución de 1933 la que por primera vez dispone, de manera expresa, la tutela de la familia. En ese sentido, se ha dispuesto la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13° que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.

³⁹ Artículo 75° de la Constitución de Venezuela

⁴⁰ Artículo 45° de la Constitución de Uruguay.

⁴¹ Artículo 39° de la Constitución de Cuba

El sustento principal que de esta norma adscripta presenta el Tribunal es que a pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto. Señala que es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos “legítimos” y “no legítimos”.

Finalmente, alega que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos. Considera que ello es de suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias.

Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las

uniones de hecho, las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. Bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente, sino que también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales.

B. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN DE HECHO

El TC indica en el fundamento 21 de la sentencia a la que ahora se hace referencia, que:

“21. No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un aparente matrimonio. De lo que se infiere que existen también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.”

De este lineamiento, se formula la siguiente norma constitucional adscripta:

“N21. Está ordenado reconocer que la unión de hecho debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, razón por la que se establece que este tipo de comunidad de vida no sólo genera efectos patrimoniales sino que incluso puede generar efectos previsionales”

Como fundamento de esta norma adscripta al artículo 5° de la Constitución, el Tribunal indicó que si bien se está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad. El TC señala que la Constitución reconoce una realidad pero al mismo tiempo, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, la Constitución reconoció expresamente el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto les sea aplicable. Con esto, fenómenos como el comentado se verían

refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas.

Pero entiende el TC que esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, ya que la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión tales como obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. El Supremo Constitucional ejemplifica una de estas situaciones señalando el supuesto en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, agrega, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia. Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

Concluye el TC su razonamiento, indicando que debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes, por lo que esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua, motivos por los cuales no se puede limitar a efectos patrimoniales únicamente este tipo de unión.

2.5. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD MATERIAL DE LAS NORMAS ADSCRIPTAS CREADAS

Llegados a este punto, corresponde analizar cuál de las normas adscriptas creadas en las dos sentencias antes analizadas resisten el análisis de constitucionalidad material, puesto que como es lógico, no pueden serlo ambas desde que tienen contenidos normativos contrarios entre sí. En ese afán, analizaremos las normas adscriptas expuestas en la STC 03605-2005-PA/TC, que consideramos contiene las normas adscriptas inconstitucionales, y expondremos las razones por las que consideramos son materialmente incorrectas. Las razones por las que las reputamos inconstitucionales serán las mismas por las que estimamos constitucionales las normas creadas en la STC 06572-2006-PA/TC, desde que han sido dadas en el sentido exactamente inverso.

A. RESPECTO A LA NORMA DE FAVORECIMIENTO DEL MATRIMONIO

Como se recordará, la norma N5 de la STC 03605-2005-PA/TC dispone lo siguiente:

“N5. Está ordenado favorecer al matrimonio por ser una institución constitucional que no puede equipararse a las uniones de hecho, al ser situaciones disímiles y, por lo

tanto, no se les puede trasladar los efectos previsionales propios del matrimonio”

Esta norma fue creada y adscripta al artículo 4° de la Constitución de 1993, el mismo que señala que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”*

La norma adscripta señala que la Constitución ha ordenado promover el matrimonio y que, por ello, vulneraría esta disposición al reconocerle similares efectos a la unión de hecho. El TC no consideró, al asumir esta posición, que el texto de la norma en ningún sentido indica que se protege únicamente a las familias matrimoniales y que como consecuencia de ello se debe desproteger o desatender otras formas de unión.

Por el contrario, pensamos que su ratio es imponer al Estado la carga de fomentar o favorecer la realización del matrimonio, que bien podría entenderse como el deber de estimular la formalización de las uniones de hecho a través del matrimonio promoviendo y –de ser el caso. brindando las condiciones necesarias para ello, como por ejemplo: la realización de matrimonios masivos, la gratuidad y agilización de los trámites para la celebración del matrimonio, o la aplicación a nivel legal del principio *favor matrimonii* a fin de

propender a la conservación del vínculo y al reconocimiento de sus efectos jurídicos si el matrimonio se contrajo de buena fe.

En ese sentido, consideramos que la correcta concreción de la disposición constitucional contenida en el artículo 4° es entender que se ha dispuesto la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad sin importar si nace de un vínculo matrimonial o no, pero sin dejar de lado el deber que al mismo tiempo impone la norma de fomentar la formalización de las uniones de hombre y mujer a través del matrimonio por ser lo ideal.

En consecuencia, por las razones indicadas es posible concluir que esta norma adscripta contenida en la STC 03605-2005-PA/TC es materialmente inconstitucional y, consecuentemente, la norma adscripta N11 de la STC 06572-2006-PA/TC, según la cual por mandato constitucional se debe proteger a la familia sin importar su origen, es materialmente constitucional.

B. RESPECTO DE LA NORMA SOBRE LAS UNIONES DE HECHO Y SUS EFECTOS

Se vio anteriormente que la norma N7 de la STC 03605-2005-PA/TC establecía que:

“N7. Está ordenado que las uniones de hecho únicamente generan sociedad de gananciales sobre bienes patrimoniales pero no derechos pensionarios”.

Esta norma fue creada y adscripta al artículo 5° de la Constitución que establece que: *“la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”*.

En STC 03605-2005-PA/TC el Tribunal Constitucional interpretó la norma constitucional en el sentido de que una unión de hecho no podía generar más que efectos patrimoniales, luego de cumplidos ciertos requisitos. Sin embargo, esta aseveración resulta ajena a la realidad pues como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional los miembros de una unión de hecho se comportan como si de un matrimonio se tratase, esto implica que la propia dinámica del concubinato en definitiva genera en los cónyuges expectativas más allá de las patrimoniales como son el deber de fidelidad, el deber de apoyo moral recíproco, el deber de asistencia alimentaria en caso de algún tipo de contingencia del otro, etc.

En consecuencia, limitar al ámbito patrimonial los efectos de las uniones de hecho es desatender la realidad, lo cual ha sido entendido por el legislador ordinario en otros ámbitos como el de los derechos hereditarios o el derecho a pensión de sobrevivencia en el Sistema Privado.

Por las razones indicadas concluimos señalando que esta norma adscripta contenida en la STC 03605-2005-PA/TC es materialmente inconstitucional y, consecuentemente, la norma adscripta creada en la STC 06572-2006-PA/TC, según la cual el mandato constitucional no excluye la generación de efectos más allá de los patrimoniales en las uniones de hecho, es materialmente constitucional.

CAPITULO III

3. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 53° DEL DECRETO LEY N° 19990

3.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS

Se dejó dicho anteriormente que la Constitución en el ordenamiento peruano constituye el fundamento de todo el “orden jurídico” y la más importante fuente normativa. Como bien se ha dicho “la Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad (...) es además, la fuente que incorpora las normas fundacionales del ordenamiento mismo, a partir de las cuales se determinara la legitimidad del resto de las normas del sistema jurídico”⁴².

Nuestro Tribunal Constitucional también ha señalado que en cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás normas y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez e ineficacia de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales.

⁴² BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho*, T. II . Madrid: Tecnos, 1992, p. 28.

Es por esto que la Constitución termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino más bien de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto⁴³.

En efecto, abunda el TC⁴⁴, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice superior del ordenamiento jurídico.

En esa línea, señala el Dr. García Toma que la jurisdicción constitucional es aquella parte del derecho que, teniendo como

⁴³ Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, Fundamento 2, párrafos 1 y 2,

⁴⁴ Caso Hoja de Coca, Exp. N.º 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 19.

presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio de la fuerza estatal a la racionalidad del derecho, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental.

Dentro de la jurisdicción constitucional es donde se ejerce la actividad del control constitucional. Por ende, viabiliza la utilización del conjunto de procesos que permiten asegurar la plena vigencia y respeto del orden constitucional, al cual se encuentra sometido toda la normatividad que emane de los poderes constituidos y la conducta funcional de sus apoderados políticos⁴⁵.

En efecto, como acertadamente ha dicho el Dr. Gutierrez-Ticse⁴⁶, un Estado democrático constitucional comporta no solamente el establecimiento del equilibrio de los poderes sino además un marco institucional que ponga en movimiento el sistema dando realce a lo constitucional como garantía para la vigencia de la dignidad. Ello requiere un verdadero sistema de control que elimine cualquier rastro

⁴⁵ GARCIA TOMA, Victor. “*La Jurisdicción Constitucional. El Tribunal Constitucional*”. Tomado de http://www.law.ufl.edu/pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/LA_JURISDICCION_CONSTITUCIONAL

⁴⁶ GUTIERREZ TICSE, Luis Gustavo. “*EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD: A PROPOSITO DEL CASO MANUEL LAJO*” Tomado de <http://blog.pucp.edu.pe/item/74498/el-proceso-de-inconstitucionalidad-a-proposito-del-caso-manuel-lajo>

de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado y en lo que respecta a las relaciones sociales.

Sin duda alguna, el control de la constitucionalidad de las normas significa hoy en día uno de los instrumentos más importantes de tensión y de armonización del poder, y en ese sentido, su valoración se da en la medida que en un Estado se preserve el sometimiento del hombre y de los detentadores del poder al derecho y el derecho enarbole a la persona como fin supremo de la sociedad.

En ese afán, en el punto siguiente determinaremos si la disposición contenida en el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990, norma reguladora del Sistema Nacional de Pensiones, es coherente y conforme con las disposiciones de la Constitución de 1993, incluyendo las normas adscriptas creadas por el TC en la STC 06572-2006-PA/TC, que acabamos de revisar en el punto anterior y que son también normas de rango constitucional.

3.2. EL ARTÍCULO 53° DEL DECRETO LEY N° 19990

El Decreto Ley N° 19990 es la norma que regula el Sistema Nacional de Pensiones. Entró en vigencia el 1 de mayo de 1973, durante el gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas, con el fin de unificar las disposiciones pensionarias de los trabajadores obreros y empleados, que en aquel entonces recibían un tratamiento legal diferenciado.

El citado cuerpo normativo estableció tres tipos de prestaciones pensionarias:

- (i) Pensión de invalidez, que se otorga al asegurado que haya aportado durante un número determinado de años y que se encuentre en incapacidad física o mental declarada mediante certificado de una Comisión Médica acreditada para ello;
- (ii) Pensión de jubilación, que se reconoce en favor del asegurado que cumple la edad avanzada (vejez) prevista por ley, contando con determinados años de aportes; y,
- (iii) Pensión de sobrevivientes, que se pagarán a determinados familiares del pensionista o asegurado que fallece, siempre que (al deceso) cumplan ciertos requisitos; comprende a la pensión de viudez, orfandad y ascendientes.

En cuanto a las pensiones de viudez, que es el tema del que se ocupa esta investigación, se debe indicar que ha sido el artículo 53° del aludido Decreto Ley el encargado de regular este acápite, estableciéndose lo siguiente;

“Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista

fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.

Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio los casos siguientes:

a) Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;

b) Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes;

y

c) Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado.”

Desde la literalidad de esta disposición, es posible corroborar que esta norma no contempla el derecho a una pensión de viudedad para el conviviente supérstite, al señalar expresamente que tiene derecho a tal prestación el “cónyuge” del asegurado o pensionista fallecido. Como ha indicado el Tribunal Constitucional, la explicación de esta omisión debe encontrarse en la inexistencia de regulación de la figura de la unión de hecho en la legislación nacional al momento de entrar en vigencia esta disposición legal, que como vimos fue expedida en el año 1973, cuando se encontraba aún en vigor la Constitución de 1933.

Como indicáramos líneas arriba, la institución de la unión de hecho recién tuvo cabida en nuestra legislación y a nivel constitucional con la Constitución de 1979, que entró en vigencia en el año 1980 durante el gobierno de Fernando Belaunde Terry. El artículo 9° de la referida Carta establecía: "*La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable*".

Posteriormente, es recién en 1984 que se da contenido legal a este dispositivo constitucional en el artículo 326° del Código Civil que estableció: "*La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.*

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización

o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.”⁴⁷

En tal sentido, si bien al momento de su entrada en vigencia el artículo 53° era compatible con las disposiciones de la Constitución de 1933, ese no puede ser ya el parámetro para determinar su constitucionalidad. Por tanto, este artículo debe ser interpretado y aplicado tomando en cuenta los derechos, principios y valores recogidos en la Constitución de 1993, que es la Norma Fundamental vigente. Este análisis desde luego incluye a las normas adscriptas creadas por el Tribunal Constitucional en relación con este punto, y que han sido formuladas líneas atrás.

Como se ha visto el artículo 5° de la Constitución de 1993 establece que: “la unión estable de un varón y una mujer, libres de

⁴⁷ El Artículo 4 de la Ley N° 30007, publicada el 17 abril 2013, ha incorporado el quinto párrafo en los términos siguientes: “Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.”

impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

En el acápite anterior se dijo que el Tribunal en la STC N° 06572-2007-PA/TC había creado las dos siguientes normas adscriptas respecto al tratamiento constitucional de las uniones de hecho:

“N11. Está ordenado brindar protección a la familia frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad sin importar su origen y sin que ello signifique relevar al Estado de su función de promoción del matrimonio”.

“N21. Se reconoce que la unión de hecho debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, razón por la que se establece que este tipo de comunidad de vida no sólo genera efectos patrimoniales sino que incluso puede generar efectos previsionales”.

Partiendo de la premisa de que en el caso de la Seguridad Social, es el legislador ordinario quien configura legalmente los supuestos por los cuales se accedería al derecho, de una simple lectura del artículo 53°

del Decreto Ley N° 19990, podría concluirse que no se ha contemplado normativamente que las parejas de hecho sobrevivientes accedan a una pensión de viudez. Y en base a esa potestad de regulación conferida al legislador ordinario, ésta disposición debería entenderse constitucionalmente válida.

Sin embargo, como se ha expuesto, sería un error grosero interpretar esta disposición exclusivamente desde de la ley, cuando por el contrario, en el Estado social y democrático de Derecho, es a partir de la Constitución desde donde se interpretan las demás normas del ordenamiento jurídico y en este caso concreto, a partir de la Constitución de 1993.

Como hemos visto en las normas constitucionales creadas por el TC, y que consideramos constitucionalmente válidas, la Constitución de 1993 extiende su ámbito de protección también hacia las uniones de hecho y establece la viabilidad de la producción de efectos previsionales entre sus miembros. Ante este panorama, una interpretación restrictiva nos conduciría a considerar que el Artículo 53° del Decreto Ley N°19990 es una norma inconstitucional, toda vez que restringiría sin sustento el acceso a una prestación pensionaria sólo a los cónyuges supérstites.

Sin embargo, es sabido que en el ámbito jurídico también es posible encontrar situaciones en las que el tenor literal de la norma no coincide con su sentido y de su aplicación se producen resultados

injustos o que contravienen la Constitución. Es en estos supuestos donde es posible, siempre justificadamente, recurrir a la interpretación extensiva como un medio destinado a evitar resultados inconstitucionales, al atribuirle a un texto normativo un significado más amplio del que tendría según el uso común de las palabras y de las reglas gramaticales. La interpretación jurídica surge de la necesidad de aplicar el Derecho a la realidad social. Las normas jurídicas son expresadas de modo general y abstracto, por lo tanto resulta indispensable determinar el verdadero sentido y alcance de los preceptos jurídicos para poder aplicarlos.

En este sentido, de lo analizado en los párrafos precedentes podemos inferir que los nuevos principios y lineamientos que trajo consigo la Constitución de 1993, respecto a las uniones de hecho y sus derechos, nos obliga a dejar de lado la interpretación restrictiva del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 y entender, en clave de protección del derecho fundamental a una pensión de viudez, que sus disposiciones no solo son aplicables a los cónyuges sino que se extienden a los convivientes, por ser esta la única interpretación que haría compatible la Ley con las normas adscriptas constitucionales antes referidas. De lo contrario, tendría que aceptarse su derogatoria tácita y ello llevaría a algo aún más injusto pues quedarían sin regulación no sólo los convivientes sino también los cónyuges.

Dicho con otras palabras, el hecho que en el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 solo se haya hecho mención expresa a los cónyuges, no

puede ser interpretado como si la protección estuviese prohibida para los convivientes, no al menos desde las disposiciones de la actual Constitución, y no desde las normas constitucionales adscriptas creadas por el Tribunal Constitucional, las mismas que ordenan proteger a la familia, independientemente que provengan de matrimonios formalizados o de la convivencia de la unión de hecho. De esta manera, las exigencias de justicia constitucionalizada permiten reconocer tanto en el cónyuge supérstite como en el concubino supérstite, una misma necesidad de protección como personas humanas, en caso de fallecimiento del asegurado o pensionista.

En conclusión, el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 interpretado conforme a las disposiciones de la Constitución de 1993 y a las normas constitucionales adscriptas creadas por el Tribunal Constitucional, permite el acceso a una pensión de viudez a favor del conviviente supérstite y, por tanto, no puede ser tenida como una norma inconstitucional.

3.3. VINCULACIÓN DE LA OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL A LAS NORMAS ADSCRIPTAS CREADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho es un postulado que deriva de la concepción de la separación de los poderes y el principio de legalidad propio del Estado de Derecho⁴⁸. Es común afirmar que el tipo de vinculación que la Administración tiene a la ley y al Derecho es distinto del que tienen otros sujetos jurídicos, en concreto los particulares. En las relaciones jurídicas privadas el principio fundamental es el de autonomía de la voluntad, manifestación de la libertad individual. La ley es solo el marco en la que los particulares desarrollan sus actividades, persiguiendo sus legítimos intereses y relacionándose con los demás normalmente mediante el concierto de voluntades. La ley, en este ámbito determina los confines de lo que es lícito y lo que no lo es. Constituye, pues un límite negativo de la libertad de decisión. En este sentido se habla de vinculación negativa a la ley. En términos muy simples, quiere decirse que lo que no está expresamente prohibido por la ley (o por otras normas jurídicas) está permitido.

Cuando se trata de la Administración y al ser esta una organización totalmente sometida a la ley y el derecho, le estaría vedada cualquier

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires 2009. Marcial Pons, pp. 239

iniciativa propia, de forma que solo podría llevar a cabo aquellas actividades que la ley le permite expresamente. En consecuencia, ninguna actuación administrativa sería lícita si no existe una previa autorización o apoderamiento legal. Esto es si la ley no ha atribuido a la Administración el poder o la potestad de realizarla, fijando los límites y condiciones para el ejercicio de esa actividad. Es lo que se denomina vinculación positiva de la Administración a la ley, lo que supone que todo lo que no le permite expresamente la ley, le está prohibido por principio⁴⁹.

Pese a lo indicado, el principio de legalidad no debe ser entendido como actuación limitada y parametrada exclusivamente a lo que dispone la Ley en sentido estricto, por el contrario, debe entenderse como actuación sujeta, en primer lugar, a los mandatos constitucionales⁵⁰.

Y es que en efecto, el concepto de legalidad suele ser utilizado en el ámbito jurídico sin demasiada precisión. No se aclara si por observar o respetar la legalidad entendemos observar o respetar la Ley en un sentido formal (ya sea la Ley en sentido estricto, ya sean normas con

⁴⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid, La Ley 2010. pp 1616.

⁵⁰ Consagrado expresamente en dos constituciones europeas (como la alemana que se sancionó al culminar la Segunda Guerra Mundial y la española de 1978), el postulado está lejos de someter absolutamente a la Administración al Poder Legislativo, como aconteció en las primeras constituciones francesas, sino que traduce el sometimiento a todas las leyes sancionadas por los representantes del pueblo pero también al derecho, es decir, a la justicia.

rango de Ley –destacadamente los Decretos leyes o Decretos legislativos–), o si por el contrario dentro del concepto de legalidad se incluyen también las normas con rango inferior a la Ley o, incluso, la norma superior a la misma (la Constitución) o si, por último, en el concepto incluimos también el respeto o la observancia del Derecho con todas sus fuentes (tratados internacionales, costumbre, principios generales del Derecho).

En todo caso la distinción entre ley en sentido formal y sentido material pone de manifiesto que si por Ley se entiende una regulación de las conductas, la misma puede contenerse tanto en una norma emanada del Congreso, como emanada de cualquier otra autoridad con facultades para ello. Es claro que el concepto de legalidad es más amplio que el de la Ley formal. El artículo 45° de nuestra Constitución de 1993 señala que el poder del Estado emana del pueblo y que quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

En idéntico sentido, el artículo IV numeral 1.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En este último artículo se matiza con claridad que la Ley no agota el alcance del sometimiento de la Administración, sino que hay un concepto más amplio al que queda sometida ésta: el Derecho, que es un término que abarca más que la Ley formal; pues va más allá de la Ley para comprender, además de a ésta, a la Constitución y las demás fuentes del ordenamiento jurídico, los principios generales del Derecho, etc.

La Administración pública no está, pues, como dice la Constitución, sólo sometida a la Ley, sino también al Derecho que es un concepto más amplio y omnicomprendivo. En ese sentido se ha de reconocer que la Administración no se ajusta a Derecho, aun cuando no infrinja directamente a la Ley, pero, en cambio, sí contradiga otros contenidos normativos válidos, como por ejemplo, la Constitución, las normas constitucionales adscriptas creadas por el Tribunal Constitucional, algún reglamento o algún principio general del Derecho.

En tales casos se puede calificar tal actuación de antijurídica como contraria al Derecho, aunque lo infringido no haya sido precisamente la Ley. Esto permite sostener una idea de la amplitud de criterio exigido por el Estado constitucional de derecho a la hora de definir la validez jurídica de la actuación de la Administración pública: sus actuaciones serán válidas solamente si no niegan ningún mandato jurídico válido; y sus actuaciones pueden ser inválidas cuando a pesar de cumplir con la Ley, ha negado una exigencia de justicia reconocida en la Constitución o en las normas constitucionales creadas por el

Tribunal Constitucional. Este modo ensanchado de entender la legitimidad en la actuación de la Administración pública, exige ensanchar también el concepto de control de legalidad que sobre sus actos puede ser realizado por el Juez. Ya no se trata de que éste controle la sujeción de la Administración al texto de la ley, sino más bien a las exigencias de justicia constitucionalizadas y concretadas por el Tribunal Constitucional en sus normas constitucionales adscriptas⁵¹.

Siempre es oportuno reiterar que en un Estado constitucional de derecho como el actual, el Derecho no viene definido exclusivamente por la Ley (como ocurría en el Estado legal de derecho), sino también e incluso de modo preponderante, por lo decidido en la Constitución y en las normas constitucionales adscriptas creadas por el supremo intérprete de la Constitución. De esta manera, está exigido a la Administración pública que interprete el texto de la ley a la luz de la Constitución y de las interpretaciones que de ésta ha formulado el Tribunal Constitucional en sus normas constitucionales adscriptas. Particularmente, y en relación al artículo 53º del Decreto Ley N° 19990, le está exigido interpretar esta disposición legal según ha sido justificado antes: asumiendo que el beneficio previsto no se circunscribe a los cónyuges, sino que se extiende también a los concubinos.

⁵¹ Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *El principio de legalidad en la actuación de las administraciones públicas*. Universidad Carlos III de Madrid. pp 22.

Sin embargo, y por desgracia, en nuestro país el principio de legalidad no parece haber sido comprendido adecuadamente en su real virtualidad. En efecto, nuestros órganos administrativos parecen haberse quedado aún con el abolido criterio de entender que su actuación no puede ir más allá de lo que la Ley formal ha ordenado expresamente en su texto gramatical. Equivocadamente entienden que si no hay una norma en papel y en el que clara y expresamente le permita hacer algo, la Administración no puede actuar pues su accionar carecería de sustento “legal”.

Esta postura errónea es la que mantiene hasta la fecha la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en el tema que nos ocupa. En efecto, pese a la existencia de un criterio reiterado y uniforme por parte del Tribunal Constitucional, desde fines del año 2007 con la expedición de la sentencia al Exp. 06572-2006-PA/TC, respecto a la procedencia del otorgamiento de pensión de viudez al conviviente supérstite, los funcionarios de esta institución estatal continúan denegando en sede administrativa este derecho, manteniendo el criterio desterrado de que sólo pueden ser beneficiarios los cónyuges.

Así puede verse que ni siquiera se ha modificado el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de esta entidad, que sigue restringiendo el acceso únicamente a aquellos que presenten el Acta de Matrimonio con no menos de tres meses de antigüedad, incurriendo por esto en una manifiesta inconstitucionalidad:

N° DE ORDEN	DENOMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	REQUISITOS	
		Número y Denominación	
7	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CAUSANTE NO PENSIONISTA (VIUDEZ, ORFANDAD Y ASCENDIENTES) A. PENSIÓN DE VIUDEZ Decreto Supremo N° 014-74-TR (07.08.1974) art. 4º, 5º Inciso a), 53º y 60º; Decreto Supremo N° 011-74-TR art. 7º, 47º y 50º; Decreto Supremo N° 015-98-PCM (25.04.1998) art. 3º, 22º, 43º, 49º, 64º y 84º inciso d); Ley N° 27444 (11.04.2001), art. 115º, 115.1, 40.1.5; Código Civil, art. 155º; Ley N° 26497 (12.07.1995) art. 2º, 7º y 44º;	1. Exhibir el Documento Nacional de Identidad vigente y en el caso de extranjeros, presentar copia simple legible del Carné de Extranjería o Pasaporte del solicitante. 2. Poder General, si la solicitud es presentada por un tercero o Poder Especial si además se faculta al apoderado a firmar Declaraciones Juradas. En dicho casos se debe exhibir el Documento Nacional de Identidad vigente de la persona que presenta la solicitud, del apoderado y del poderdante, según corresponda. En el caso de extranjeros, presentar copia simple legible del carné de extranjería o Pasaporte. 3. Partida o Acta de defunción del causante, sólo para aquellas que no se encuentren registradas en el RENIEC. 4. Copia del recibo de pago de algún servicio público y/o Declaración Jurada, sólo en los casos en los que el domicilio declarado no coincida con el consignado en el documento de identidad. 5. Partida o Acta de Matrimonio Civil de reciente expedición (máximo 3 meses de antigüedad), sólo para aquellas que no se encuentren registradas en el RENIEC. (Ver nota 2).	

En base al TUPA, ni siquiera se permite a los convivientes supérstites presentar su solicitud de pensión, escudándose en el hecho de que uno de los requisitos es que se anexe la Partida o Acta de Matrimonio Civil, devolviendo los documentos y generando que éstos envíen su solicitud mediante Carta Notarial, documentos que increíblemente no motivan la apertura de un expediente administrativo por no haberse completado personalmente, o a través de apoderado, el formulario correspondiente.

Así se observa en la siguiente imagen:

	PERÚ	Ministerio de Economía y Finanzas	Oficina de Normalización Previsional	
---	-------------	--	---	--

NOTIFICACION

SEÑOR (A) :
DIRECCIÓN :
DISTRITO : PIURA
PROVINCIA : PIURA
DEPARTAMENTO : PIURA
FECHA : 22/07/2011

De nuestra consideración:

Por el presente documento procedemos a comunicarle que es facultad de la ONP realizar las observaciones que corresponda a la solicitud presentada por el administrado al momento de su presentación; sin embargo al remitir su solicitud por carta notarial. Esta facultad consagrada en la Ley N° 27444-Ley del procedimiento Administrativo General no ha podido ser ejercida por nuestra entidad.

En tal sentido y no obstante no haber podido ejercer nuestra facultad al momento de la presentación de su solicitud; procedemos a indicarle los documentos que según el TUPA de la ONP se requieren o faltan para complementar su solicitud de Jubilación y darle el trámite correspondiente:

- A) SE ORIENTA A LA SEGURADA QUE PARA SOLICITAR PENSION DE VIUEZ DEBERA PRESENTAR:
- PARTIDAD DE MATRIMONIO EN ORIGINAL Y ACTUALIZADA TODA VEZ QUE ES UN REQUISITO INDISPENSABLE SEGUN EL TUPA.
- B) SE SUGIERE ACERCARSE A LA PLATAFORMA DE ATENCION MAS CERCANA A SU DOMICILIO DE O.N.P. (OFICINA DE NORMALIZACION PREVISIONAL) PARA UNA MEJOR ORIENTACION

En consecuencia, procederemos a devolver los documentos presentados, dado que no ha cumplido con los requisitos de la Ley N° 27444 y el TUPA de la ONP.

Atentamente,


SUB DIRECCION DE OFICINAS DEPARTAMENTALES
DEPARTAMENTAL DE PIURA

Es por ello que estas solicitudes no generan pronunciamiento alguno por parte de la ONP y obligan a los asegurados a recurrir al órgano jurisdiccional, conforme se aprecia:

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA
CUARTO JUZGADO DE TRABAJO TRANSITORIO DE PIURA**

EXPEDIENTE N°:

SENTENCIA

RESOLUCIÓN N°: 13

Piura, 27 de setiembre del 2011.

En los seguidos por contra **OFICINA DE NORMALIZACION PREVISIONAL** sobre **PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**; el señor Juez del Cuarto Juzgado de Trabajo Transitorio de Piura, ha resuelto de la siguiente manera:

I. PRETENSIÓN Y ARGUMENTOS EXPUESTO POR EL DEMANDANTE:

2.1. Argumentos expuestos por la demandante:

1. Con fecha 29 de mayo del 2007, en la ciudad de Lima falleció su conviviente de nombre, tal como lo demuestra con el acta de defunción, siendo que con número de expediente N° 2009-00567 ante el Segundo Juzgado de Familia, solicitó reconocimiento judicial de Unión de Hecho, con su difunto conviviente, Con resolución número 04 se declaró fundada su demanda, reconociéndose la unión de hecho desde el año 1964 hasta el 29 de mayo del 2007.
2. Al cumplir los requisitos idóneos para merecer una pensión de viudez, lo que implica se ordene a la demandada cumpla con otorgarle la pensión de viudez con los más de 20 años de aportaciones de su difunto conviviente y se restituyan los derechos inherentes que fueron vulnerados.
3. Mediante escrito del 02 de febrero del 2010, solicitó a la entidad demandada le otorgue pensión de viudez, sin embargo su petición no fue resuelta dentro del plazo legal; por lo que interpuso recurso de apelación contra la resolución ficta negativa, resolución que tampoco fue resuelta dentro del plazo legal; en tal sentido dio por agotada la vía administrativa.

III. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LA ENTIDAD DEMANDADA:

Se puede observar de las imágenes adjuntas que pese a que han transcurrido varios años desde la adopción del criterio favorable por parte del Tribunal Constitucional, la Oficina de Normalización Previsional continúa con la denegatoria de los derechos de los convivientes. No acepta el rango constitucional de las normas creadas por el Supremo Intérprete y por el contrario se ciñe a lo literalmente establecido por el Artículo 53° del Decreto Ley N° 19990.

En la idiosincrasia de nuestros funcionarios públicos no ha logrado calar la premisa de que la Administración puede ir más allá del contenido literal de la Ley cuando éste no resultase compatible con la Constitución, y pueda ser sostenido desde la misma literalidad un sentido interpretativo (una norma) más favorable a la Persona (al administrado) a partir de normas constitucionales o de sus concreciones jurisprudenciales formuladas por el Tribunal Constitucional. No debería ser una utopía pensar que en algún momento los servidores públicos que tienen en sus manos la posibilidad de resolver las solicitudes de los administrados, al momento de calificar realicen un análisis sistémico e integrador de las disposiciones legales, de modo que en sus decisiones no se limiten a reproducir el texto frío de la disposición.

Sin embargo, siendo que esta es una meta a largo plazo, y con el fin de evitar el perjuicio que ésta cerrada mentalidad genera en la parte más débil, que son los asegurados, entendemos necesario que se produzca una modificación del artículo 53° del Decreto Ley N°

19990, de modo que expresamente en el texto legal se incluya a los convivientes dentro de sus alcances. Esto, sin duda, disminuirá en gran medida los trámites administrativos engorrosos y la sobrecarga procesal del Poder Judicial en relación con el tipo de pretensión que aquí se ha venido tratando. Los términos de dicha modificatoria, los planteamos en el punto siguiente.

3.4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 53° DEL DECRETO LEY N° 19990

Siguiendo el razonamiento del punto anterior, al ser contrario el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 a las normas adscriptas creadas por el TC, que insistimos son válidas, se habría producido una derogación tácita de la referida norma desde la emisión de la STC N° 06572-2007-PA/TC.

Lamentablemente no a todos los operadores jurídicos en nuestro país les resulta tan sencillo entender esta dinámica y prefieren ver plasmada la modificación o derogación en un texto tangible. Por tanto, mientras la mentalidad de quienes se encargan de administrar justicia en el Perú no haya cambiado, es necesario que se emita una norma que delimite expresamente los alcances de la modificación o derogación de la norma que contraría los parámetros constitucionales.

En tal sentido, si bien hemos concluido que el referido artículo 53° debe interpretarse en forma extensiva incluyendo dentro de sus

alcances a los convivientes supérstites, para fines prácticos no resultaría fútil que se expida una norma que modifique la referida disposición a fin de hacerla compatible con los artículos 4° y 5° de la Constitución de 1993 y sus normas adscriptas.

En nuestra opinión, los términos de dicha modificación debieran ser los siguientes:

**“LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 53 DEL
DECRETO LEY 19990.**

Artículo 1°. Modificación del artículo 53 del Decreto Ley 19990. Modifíquese el artículo 53° del Decreto Ley 19990, en los términos siguientes:

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

Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio o inicio de la convivencia los casos siguientes:

a) Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;

b) Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes; y

c) Que la cónyuge o conviviente se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado.

La unión de hecho se acreditará con la Declaración Judicial o Notarial de la misma.”

CONCLUSIONES

Al resolver una demanda de otorgamiento de Pensión de Viudez planteada por la conviviente sobreviviente del fallecido pensionista y desempeñando su rol de máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional en la STC N° 06572-2006-PA/TC, del mes de noviembre de 2007, creó dos normas constitucionales adscriptas a los artículos 4° y 5° de la aludida Carta de 1993, que dejaron de lado el criterio que, en sentido contrario, mantenía hasta ese entonces.

Dichas normas se establecieron en relación, la primera, con el mandato constitucional del Estado de proteger a la familia y promoción del matrimonio, concluyéndose que éste se debía cumplir independientemente del origen matrimonial o no de la familia, con lo que se dejaba sentado que bajo ningún supuesto deriva del deber de promoción de la unión matrimonial un mandato de la Constitución que implique que el Estado inicie una especie de persecución contra las uniones de hecho. La segunda norma adscripta concluye que no puede sostenerse válidamente que entre los integrantes de una unión de hecho sólo se generan efectos patrimoniales, siendo posible, y hasta exigido, que se produzcan también efectos previsionales ya que la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones que no tienen carácter patrimonial.

El análisis de la validez formal y material de estas normas adscriptas, nos ha llevado a concluir, a lo largo de la presente investigación, que es posible y constitucionalmente adecuado entender que el conviviente sobreviviente puede ser beneficiario de una pensión de viudez, pues la finalidad de dicha prestación no sólo resulta predicable de los viudos que habían contraído matrimonio sino también de los viudos de una unión de hecho, puesto que el tener una calidad de vida digna ante la contingencia de perder a quien la garantizaba no es una exigencia exclusiva del régimen matrimonial.

La inclusión de los convivientes como beneficiarios de pensiones de sobrevivencia ha sido aceptada ya en el Sistema Privado de Pensiones, en el Régimen Militar Policial, entre otros, configurando una situación que a claras luces resulta discriminatoria de los asegurados del Sistema Nacional por vulnerar el Principio de Igualdad, pues como se ha expuesto es inadmisibile sostener que el hecho de que un sistema de pensiones funcione mejor que otro sea motivo suficiente para denegar el acceso a una prestación de naturaleza alimentaria como es la pensión, en la que está en juego la propia subsistencia del beneficiario; la baja o nula recaudación es una cuestión que atañe a la entidad encargada, que debe ajustar sus procedimientos de cobranza y recuperación, pero de ninguna manera debe afectar a los asegurados que aportaron o cuyo empleador debió haber aportado.

Pese a lo expuesto, la entidad encargada de administrar los fondos colectivos del Sistema Nacional de Pensiones, amparándose en un mal entendido principio de legalidad administrativa, hasta la fecha continúa sin aceptar que ante el fallecimiento de uno de los miembros de la unión de hecho, el otro tiene derecho a una pensión de viudez en caso de reunir los requisitos para ello, entre los cuales no se debe incluir el haber estado casado con el causante. Mantienen el absurdo de pensar que deben obedecer la Ley aún cuando ésta se haya tornado inconstitucional desde su contenido literal.

Desde nuestro punto de vista, en razón de su vinculación preeminente a los mandatos constitucionales, la Oficina de Normalización Previsional debería optar por la norma constitucional en caso de conflicto con una norma de menor jerarquía puesto que el deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también le alcanza. Sin embargo, como ya hemos precisado, en este caso ni siquiera ello es necesario puesto que bastaría con interpretar adecuadamente el artículo para hacerlo compatible con los principios y disposiciones de la Carta de 1993.

No obstante, la realidad nos muestra que subsisten las barreras antes reseñadas, por lo que mientras se dota a nuestra administración de funcionarios competentes con conocimientos básicos de las instituciones jurídicas y de la dinámica del sistema en un Estado constitucional de derecho como el nuestro, resulta imprescindible realizar una modificatoria al mencionado artículo 53°, en la que se

incluya expresamente como beneficiarios a los convivientes supérstites, como se planteó líneas arriba.

Esperamos que la presente investigación haya cumplido hasta aquí con su objetivo: exponer las razones por las que es constitucionalmente válido otorgar el derecho a pensión de viudez a los convivientes, tal como ha sido señalado ya por el Tribunal Constitucional y dejar en evidencia el desatinado criterio de funcionarios públicos que desconocen el alcance de las normas creadas por este último órgano y como los vincula directamente con mayor fuerza aún que una ley expresa en ese sentido. Que en futuros casos similares no sea necesario tener que modificar la Ley para que se dé efectivo cumplimiento a lo que ordena la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO REVILLA, Cesar. “Pensión de viudez y uniones de hecho. El nuevo criterio del Tribunal Constitucional para el Decreto Ley N°19990”. Lima 2008, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 115, Editorial Gaceta Jurídica.

ABANTO REVILLA, Cesar. “La pensión de viudez para los convivientes”. Lima 2008, *La Ley*, N° 4, Editorial Gaceta Jurídica.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Las Fuentes del Derecho*, T. II, Madrid 1992, Editorial Tecnos.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera Edición, Lima 2007, Palestra Editores.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima 2014.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 37, enero 2011.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”, en *Gaceta Constitucional*, número 77.

CASTILLO CORDOVA, Luis. “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid 2010.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 39, Marzo 2011

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires 2009. Marcial Pons.

CARBONELL SANCHEZ, MIGUEL. *El canón neoconstitucional*. Primera Edición Bogotá 2010, Universidad Externado de Colombia

DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *El principio de legalidad en la actuación de las administraciones públicas*. Universidad Carlos III de Madrid

GARCIA TOMA, Victor. “La Jurisdicción Constitucional. El Tribunal Constitucional”. Tomado de http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference

GUASTINI, RICARDO. *Estudios de Teoría Constitucional*. México DF. UNAM-FONTAMARA. Tercera Edición 2007

GUTIERREZ TICSE, Luis Gustavo. “El proceso de inconstitucionalidad: a propósito del caso Manuel Lajo”. Tomado de <http://blog.pucp.edu.pe/item/74498/el-proceso-de-inconstitucionalidad-a-proposito-del-caso-manuel-lajo>

PAREDEZ NEYRA, Magno Iván. “La pensión de sobrevivientes-viudez en el régimen pensionario del Decreto Ley N°20530”. *Revista Jurídica del Perú: Derecho Público y Privado*, N° 87, Lima 2008, Editorial Gaceta Jurídica.

PLACIDO VILCACHAGUA., Alex. “Consecuencias de la probanza de la unión de hecho: efectos personales y patrimoniales”. Lima, marzo de 2005, *Actualidad Jurídica*, N° 136, Editorial Gaceta Jurídica.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos S.A. Séptima Edición. Madrid-España 1998.

POTOZEN BRACO, Boris Gonzalo. “El Derecho de pensión de viudez de la concubina en el Sistema Nacional de Pensiones. Comentarios a partir de la STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC”, en *Actualidad Jurídica*, N° 173, Editorial Gaceta Jurídica.

PRIETO SANCHIZ, LUIS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, Madrid 2003

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid, La Ley 2010.

SEOANE, JOÉ ANTONIO. “La configuración Jurisprudencial de derechos fundamentales”. En *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*. Buenos Aires 2006, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

SOSA SACIO, Juan Manuel. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima 2011