



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

XIX PROGRAMA DE ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER
TÍTULO DE ABOGADO**

**FUNDAMENTOS PARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS
REQUISITOS ADICIONALES PARA LA PENSIÓN DEL
CONCUBINO O CÓNYUGE SUPÉRSTITE**

PRESENTADA POR:

JHESARELA GHUNY ARELY CHOLÁN VÁSQUEZ

Cajamarca, Perú, febrero de 2020

A Jehová, mi Dios, quien con su inmenso amor y misericordia me sostiene cada día.

A mis padres, Juan Raúl Cholán y Yolanda Vásquez, quienes con su apoyo incondicional, amor, confianza y sacrificio, permitieron que logre culminar mi carrera profesional.

A mi esposo, Iván Ramírez, quien con su apoyo y amor me ayudó a concluir esta meta.

A mis hermanos Aarón y Diego, por su cariño y compañía.

ABREVIATURAS

art.	: Artículo
arts.	: Artículos
C	: Constitución
CC	: Código Civil
DDHH	: Derechos Humanos
DL	: Decreto Ley
Exp.	: Expediente
LPCL	: Ley de Productividad y Competitividad Laboral
p.	: Página
PJ	: Poder Judicial
pp.	: Páginas
TC	: Tribuna Constitucional
TUO	: Texto Único Ordenado

ÍNDICE

Portada.....	i
Dedicatoria	ii
Abreviaturas	iii
Índice.....	iv
INTRODUCCIÓN	07
CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS	08
1.1. Descripción del tema.....	08
1.2. Justificación.....	12
1.3. Objetivos	13
1.3.1. Objetivo general.....	13
1.3.2. Objetivos específicos	13
1.4. Metodología	13
1.4.1. Métodos Generales.....	13
1.4.2. Métodos Específicos.....	14
1.4.3 Métodos e Instrumentos de Investigación.....	15
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	16
2.1. Antecedentes del problema.....	16
2.2. Bases teóricas.....	19
2.2.1. Derecho a la seguridad social.....	19
2.2.2. Pensión de viudez.....	20
2.2.3. Teoría de los Derechos Fundamentales	24
2.3. Definición de términos básicos.....	28
2.3.1. Concubinato.....	28
2.3.2. Cónyuge	28
2.3.3. Pensión.....	28
2.3.4. Principios	28
2.3.5. Seguridad social	29
2.3.6. Viudez.....	29
CAPÍTULO III. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS	30
3.1. Análisis de la regulación de la figura de la pensión de viudez en el Derecho Comparado.....	30
3.1.1. España.....	30

3.1.2. Colombiana.....	31
3.1.3. Argentina	32
3.2. Análisis de la regulación de la figura de la pensión de viudez en la legislación peruana	33
3.2.1. Beneficiarios	33
3.2.1. Trámite.....	34
3.2.3. La causante es mujer.....	35
3.2.4. Bonificación adicional	35
3.2.5. Caducidad de la pensión viudez	35
3.3. Derechos constitucionales observables en la figura de pensión de viudez	36
3.3.1. Derecho a la igualdad ante la ley.....	36
3.3.2. Derecho a la no discriminación.....	38
CONCLUSIONES.....	43
RECOMENDACIONES	44
LISTA DE REFERENCIAS	45

**FUNDAMENTOS PARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS
REQUISITOS ADICIONALES PARA LA PENSIÓN DEL
CONCUBINO O CÓNYUGE SUPÉRSTITE**

INTRODUCCIÓN

La pensión de viudez es un fenómeno social que desde su establecimiento, los operadores jurídicos nacionales, no lo han venido regulando de manera igualitaria en cuanto a la percepción entre el varón y la mujer, debido a que se consideraba a la mujer como el sexo más débil susceptible de una mayor protección.

Sin embargo, con el transcurso de los años y con la evolución de nuestra sociedad, dicha concepción se ha ido modificando, propiciada por una cultura de igualdad de género, en donde tanto el varón como la mujer tienen igualdad de derechos, quedando así, desfasada la postura que pregonaba una protección excesiva hacia la mujer, protección que muchas de las veces se daba sin ninguna fundamentación jurídica, tal como ha sucedido en el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, el cual dentro de un plano real y actual se puede apreciar que dentro de una misma situación (otorgamiento de la pensión de viudez entre el varón y la mujer) existe un trato diferenciado.

Este se evidencia puesto que al primero se le hace un trato diferenciado al exigirle a éste, presupuestos adicionales distintos al de la mujer, como que sea mayor de 60 años o sufra de invalidez, originándose así la vulneración del derecho a la igualdad de género entre ambos e incluso a la seguridad social y dignidad humana, lo que de por sí contravienen los ordenamientos jurídicos vigentes.

Esa problemática es la que se pretende abordar con la presente investigación, estableciendo los fundamentos constitucionales destinados a una igualdad de género en el acceso a la pensión de viudez. Para con ello lograr un ordenamiento jurídico garantista e igualitario, propio del Estado Constitucional de Derecho que rige en el territorio nacional.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. DESCRIPCIÓN DEL TEMA

La pensión de viudez se originó como respuesta a una nueva contingencia que los Estados debían cubrir, generada a causa de la desprotección que provoca el fallecimiento del miembro de la familia que sostiene la economía familiar, o lo que es lo mismo, la muerte de la única fuente de ingresos. Sin embargo, a lo largo de los años se ha ido reformando este derecho, y este aspecto de necesidad que dotaba de total sentido a la pensión de viudez, como consecuencia de su progresiva transformación en objeto de consenso y conflicto entre las fuerzas políticas y sociales, ha provocado la creación de una nueva contingencia, que ya no nace como consecuencia de una situación de necesidad, sino, debido a la adquisición de un nuevo estado civil.

En palabras de Rodríguez Escanciano (2009), refiere que:

La falta de exigencia legal de estar en una situación de penuria real explica que, salvo excepciones, las prestaciones por muerte y supervivencia se puedan percibir con independencia del nivel de rentas del beneficiario o de la relación de dependencia económica existente entre causante y perceptor de la pensión. Por tales razones, no puede extrañar que la reforma de la pensión de viudez haya sido un objeto recurrente en los programas de política social, en los distintos institutos del Diálogo Social para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social. (p. 12)

Como se podrá apreciar, la pensión de viudez siempre ha sido objeto de preocupación por los organismos nacionales e internacionales, razón por la cual ha venido siendo regulada progresivamente, y en el ámbito internacional a través del Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo, es así que Antonio Valenciano Sal (2011) señala que este convenio determina que:

Para tener acceso a la pensión de viudez, debía existir una relación de causalidad entre el fallecimiento del cabeza de familia y el sobreviviente, provocando la ausencia de ingresos en el núcleo familiar y poniendo en riesgo la subsistencia desde una perspectiva económica de los miembros de la familia sobreviviente.

En ese sentido, las mejoras y cambios que se han dado a lo largo del tiempo se han dirigido hacia la búsqueda de la igualdad entre varón y mujer, desterrando de este modo cualquier tipo de discriminación, criterio que ha sido tomado por las diversas constituciones que han regulado nuestro país, y que incluso se encuentra plasmado en la vigente Constitución Política de 1993 en el inciso 2) del artículo 2 que señala que: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

Bajo dicha perspectiva, esta disposición normativa, referente a la igualdad de género, permitirá cumplir con lo previsto en el artículo 10 del mismo cuerpo normativo, que señala que “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Es decir, dichos dispositivos buscan que el cónyuge o conviviente sobreviviente tenga una vida digna, permitiendo así, su realización personal, no sólo a nivel material, sino también espiritual; es decir, un grado similar de estabilidad económica al que contaba cuando el (a) pensionista se encontraba con vida; estabilidad que es consecuencia de la pensión de viudez, debido a que este es un derecho fundamental prescrito en el artículo 11 de la acotada norma, que prescribe:

El Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

En este contexto, resulta necesario también hacer mención a la posición de la Oficina de Normalización Previsional, entidad encargada de administrar los Fondos del Sistema Nacional de Pensiones, la cual de alguna manera ha hecho énfasis a la igualdad de género entre varón y mujer, respecto al derecho de acceso a la pensión de viudez, en igualdad de condiciones, ello en concordancia con el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, regulado por el Decreto Supremo N° 004-98-EF, que señala que:

Tienen derecho a la pensión de sobrevivencia los beneficiarios del afiliado que no se hubiese jubilado, siempre que su muerte no resulte consecuencia de accidente de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencia.

No obstante, el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, trató de cambiar lo expuesto, prescribiendo que:

Tiene derecho a la pensión de viudez la cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge o integrante de la unión de hecho 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 hubiese celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre y cincuenta y cinco años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento en caso de haberse celebrado el matrimonio o la unión de hecho debidamente inscrito a edad mayor de las indicadas.

Una simple lectura de esta disposición normativa nos llevaría a la conclusión de que existiría paridad entre el varón y la mujer (cónyuge o concubino), en cuanto al beneficio de la pensión de viudez dentro de los alcances de dicha disposición legal.

Sin embargo, esta 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 que, se construye con base a las exigencias de justicia constitucionalizada que representan los derechos fundamentales;

descartando con ello, las disposiciones legales que decidieran marcar una diferenciación de igualdad de género entre el varón y la mujer, en base a condiciones físicas o somáticas, que por si conllevan a obstaculizaciones en el normal desarrollo en un Estado de Derecho.

En cuanto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, mediante los cuales se demuestra su rol protagónico como creador de normas jurídicas en nuestro ordenamiento. Se emitieron fallos que dejan en claro que el Supremo Interprete de nuestra Carta Fundamental, no ha sido ajeno al tema de acceso pensionario de viudez en igualdad de condiciones, es decir, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión, debido a que éste se constituye como un elemento del contenido esencial de este derecho o como una garantía para velar por la vida en concordancia con la dignidad humana (Sentencia del Expediente N° 0050-2004-AI/TC, fundamento 1-4).

En ese sentido, la pensión de viudez como derecho fundamental, por su naturaleza, requiere de regulación legal para establecer las condiciones necesarias para su goce, se concluye que aquellas limitaciones o restricciones a su ejercicio han de estar debidamente sustentadas, a efectos de evitar la arbitrariedad en la intervención de este derecho (Sentencia del Expediente N° 4749-2009-AA, fundamentos 1 y 2).

Como se puede apreciar, el ejercicio del derecho a la pensión de viudez como derecho fundamental, basado solamente en el aspecto social, hoy en día resulta totalmente incompatible con los valores instaurados, donde se considera a los individuos, sin importar el género, en igualdad de condiciones, tanto en el aspecto económico, político, social, religioso, etc.

Ello debido a que los derechos fundamentales no se han mantenido estáticos, sino todo lo contrario, han venido evolucionando, constituyéndose así en una de las principales con que cuenta los ciudadanos en un Estado de Derecho, donde el sistema político y jurídico en su conjunto se orientan hacia el respeto y la promoción de la persona

humana, en su estricta dimensión individual, procurando así, un desarrollo armónico y equilibrado en el marco de sus relaciones jurídicas subjetivas.

1.2. JUSTIFICACIÓN

En esta investigación se afrontará un problema jurídico-social reiterado y de trascendental importancia, como es el criterio no uniforme en cuanto al otorgamiento de la pensión de viudez para los varones respecto de las mujeres, bajo el argumento, de que estas se encuentran en una situación de desventaja, lo que no es correcto, pues, debido a la coyuntura actual, ello ya no resulta justificante.

En ese sentido, la determinación de los fundamentos jurídicos que determinen la inconstitucionalidad de los referidos requisitos, servirá para eliminar la brecha de desigualdad plasmada en el Decreto Ley N° 19990, al momento del acceso a la pensión de viudez, puesto que la distinción de género en estos requisitos, es innecesario.

Al determinar los principales fundamentos jurídicos de inconstitucionalidad, para que los jueces nacionales puedan aplicar el otorgamiento de la pensión de viudez sin que de por medio exista una desigualdad basada en el género, nuestra Facultad de Derecho, logrará cumplir uno de los roles que tiene en la sociedad, como la solución de problemas jurídicos sociales y un aporte a la reestructuración de las figuras jurídicas.

Asimismo, con esta investigación se ha contribuido al afianzamiento de nuestro conocimiento académico en el ámbito del Derecho Constitucional, específicamente en la percepción de la pensión de viudez de cónyuge supérstite, considerando nuevas doctrinas y su implicancia en la ciencia del Derecho.

Además, la presente investigación permitirá proponer un cambio en la legislación nacional en cuanto a la pensión de viudez en igualdad de género; lo que destaca la utilidad de la investigación en la sociedad peruana, pues permitirá regular la situación de desigualdad en que se encuentra el varón respecto de la mujer para acceder a dicho derecho.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Determinar los fundamentos que establecen la inconstitucionalidad de los requisitos adicionales para la pensión del concubino o cónyuge supérstite.

1.3.2. Objetivos Específicos

- A. Determinar si el tratamiento doctrinario y jurídico de la figura de pensión de viudez del concubino o cónyuge supérstite es constitucional.
- B. Analizar el fundamento jurídico para la existencia de requisitos adicionales para acceder a la pensión de viudez para el varón.
- C. Proponer la modificatoria del artículo 53 del Decreto Ley N° 19990.

1.4. METODOLOGÍA

1.4.1. Métodos generales

A. Deductivo

El método deductivo es aquel que parte de una premisa general a una particular, en el que se aplica leyes o teorías a casos singulares. Luis Ponce de León Armenta (2011), sostiene respecto de este método de investigación que: “En materia jurídica el método deductivo se realiza principalmente mediante las técnicas de aplicación de las normas jurídica generales a casos concretos” (p. 69).

En este sentido, este método de investigación permitió conocer la realidad global del tratamiento legal y doctrinario que existe de la figura de la pensión de viudez para el concubino o cónyuge supérstite; partiendo del estudio de las normas y principios constitucionales, para posteriormente conocer si existe algún tipo

14 de vulneración a estos y, así también, analizar el problema desde una visión holística y configurar en sus componentes hipotéticos.

B. Analítico

Este método implica un análisis, que va de lo concreto a lo abstracto, producto de la descomposición de un todo en las partes que lo constituyen, con la finalidad de observar su naturaleza, sus causas y efectos. Así Francisco Carruitero Lecca (2014), afirma además el significado de análisis que da nombre a este método de investigación, señalando que: “Análisis significa “separación”, “descomposición”, “asilamiento”. Procede por análisis todo aquel que desata o libera, (...) cada uno de los elementos que integra un todo jurídico” (p. 124).

Este método sirvió dentro de la investigación para descomponer el problema en sus componentes hipotéticos y conceptualizarlo desde sus particularidades, teniendo como referencia el marco conceptual y teórico existente.

1.4.2 Métodos específicos

A. Dogmático

Tal y como lo señala César Ramos Núñez (2007), la finalidad del método dogmático:

(...) será evaluar las estructuras del derecho, y su materialización que se aúna con los llamados métodos o técnicas de interpretación de las normas jurídicas, en donde destacan lo exegético, lo sistemático, lo histórico, lo sociológico e incluso hasta lo gramatical. (p. 102)

Durante el desarrollo de este trabajo de investigación, se utilizó este método de manera primordial en el desarrollo del marco teórico, en donde se realizó el estudio doctrinal de la pensión de

viudez para el concubino o cónyuge supérstite. Posteriormente, luego de realizar del análisis crítico de los requisitos de la pensión de viudez para el concubino o cónyuge supérstite, nos permite contribuir a la doctrina, desarrollando los fundamentos que determinan la inconstitucionalidad de los requisitos antes referidos.

B. Exegético

“El método exegético constituye el estudio lineal de las normas tal y como aparecen dispuestas en el texto legislativo” (Ramos Núñez, 2007, p.101)

Se utilizó este método como método previo de la investigación, estudiándose de manera taxativa los artículos del Decreto Ley N° 19990.

1.4.3. Técnicas e instrumentos de investigación

A. Técnica De Recopilación Documental

Esta técnica se ha utilizado de manera principal en la presente investigación. A decir de Mauro Zelayarán Durand (2002) esta técnica tiene por objetivo “reunir los elementos de juicio para la comprobación o rechazo de las hipótesis de trabajo, fijadas al inicio del proceso de la investigación científica” (p. 184)

Esta técnica permitió poder adquirir mayor conocimiento sobre el tema materia de investigación, para lo que se utilizó como instrumento las páginas web, libros, material doctrinario y legal, investigaciones jurídicas; esto a través de internet y medios físicos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Cuando se dio inicio a las actividades en torno a la obtención de información para la presente investigación, se recurrió a los repositorios de las Universidades de Cajamarca, así como a los repositorios de Universidades a nivel nacional e internacional; identificándose el tema de investigación con un objetivo distinto; es decir, no existen antecedentes directos respecto a los fundamentos jurídicos que determinan la inconstitucionalidad de la norma, respecto de la exigibilidad de los requisitos adicionales del concubino o cónyuge supérstite. No obstante, se estima pertinente tomar como antecedentes los siguientes trabajos de investigación:

Irazábal Chávez, J. (2015). El derecho a la pensión de viudez del conviviente supérstite en el Sistema Nacional de Pensiones. (tesis de pregrado). Universidad de Piura.

El trabajo de investigación tuvo como objetivo general lograr identificar las razones por las que la pensión de viudez no es sólo predicable de los cónyuges sobrevivientes, sino también de los concubinos. Llegándose a concluir que 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 Sentencia 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 Magna 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; y 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.

Mendoza Meza, L. (2017). El silencio de la ley en la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia) es contrario a los principios: protección a la familia, igualdad y acceso a la seguridad social. (tesis de pregrado). Universidad Peruana Los Andes.

El trabajo de investigación tuvo como objetivo general determinar, de qué manera la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho: propia e impropia afecta principios constitucionales. Llegándose a concluir que silencio de la ley que presentan los artículos 53 DL N° 19990 y el 28 Decreto Legislativo N° 1133, también conserva una situación contraria de forma implícita, al principio de acceso a la seguridad social en pensiones, cuando la pareja supérstite de la unión de hecho no accede a la pensión de viudez, de forma oportuna cuando ocurra el suceso de la muerte del pensionista. Por lo tanto, el silencio de la ley en el tratamiento de la pensión de viudez en las parejas de hecho supérstite es un caso de inconstitucionalidad por omisión.

Briceño Bocanegra, L; y Trujillo Vásquez, A. (2017). La omisión del reconocimiento de la pensión de viudez a favor del concubino (a) supérstite en el Decreto Ley 19990 y Decreto Ley 20530 y la vulneración de los Derechos a la igualdad, seguridad social y dignidad humana en Perú. (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo.

El trabajo de investigación tuvo como objetivo general determinar si la omisión del reconocimiento de la pensión de viudez a favor del concubino (a) supérstite en el Decreto Ley 19990 y Decreto Ley 20530 vulnera los

derechos a la igualdad, seguridad social y dignidad humana en el Perú. Llegándose a concluir que el artículo 53 del Decreto Ley 19990 y el artículo 32 del Decreto Ley 20530 son inconstitucionales por contravenir al artículo 4 de la Constitución Política; que 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. La inclusión de los convivientes como beneficiarios de pensiones de sobrevivencia ha sido reconocida en el Sistema Privado de Pensiones, regulado en el Decreto Ley 25897, configurándose una situación discriminatoria hacia los asegurados del Sistema Nacional vulnerando de esta manera el derecho a la Igualdad. Es constitucional que el conviviente sobreviviente sea beneficiario de una pensión de viudez, pues la finalidad de dicha prestación no sólo resulta favorable a los viudos que habían contraído matrimonio sino también al concubino supérstite, 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. Todo concubino que quiere acceder a una pensión de viudez en el régimen del Decreto Ley 19990 y Decreto Ley 20530, debe necesariamente seguir un proceso engorroso y largo, debiendo recurrir a instancias administrativas y judiciales, incluso llegando al Tribunal Constitucional como última instancia; vulnerándose de esta manera su derecho a la dignidad.

Noriega Tejada, V. (2018). Derecho a la igualdad en el acceso a la pensión de viudez para las uniones de hecho propio en el sistema nacional de pensiones para optar título profesional de abogado. (tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán.

El trabajo de investigación tuvo como objetivo general determinar si la omisión al acceso a la pensión de viudez para las uniones de hecho propio en el sistema nacional de pensiones vulnera el derecho a la igualdad reconocido en la Constitución Política del Perú. Llegándose a concluir que se aprecian incumplimientos por las Oficinas de Normalización Previsional que vulneran el derecho a la igualdad en el acceso a la pensión de viudez para las uniones de hecho propio por desconocimiento de algunos

conceptos básicos o por no haberse seguido las disposiciones Constitucionales con relación al Derecho a la Seguridad Social. El Derecho a la igualdad en el acceso a la pensión de viudez para las uniones de hecho propio en el Sistema Nacional de Pensiones; se ve afectada por empirismos aplicativos e incumplimientos; que está relacionados causalmente y se explican, por el hecho de que no se conocía o no se ha aplicado bien algún Planteamiento Teórico, especialmente algún concepto básico; o, por haberse incumplido alguna de las Normas Constitucionales y Previsionales.

2.2. BASES TEÓRICAS

Luego de haber estudiado de la manera más breve y sucinta posible los antecedentes de la problemática materia de este trabajo monográfico, es necesario sentar las bases doctrinarias a tener en cuenta y a utilizar para la discusión y análisis de la problemática, encaminándonos al hallazgo de un resultado lo más idóneo posible. Y para complementar este acápite, luego desarrollaremos un glosario de los más relevantes términos jurídicos usados, con su respectiva conceptualización.

2.2.1. Derecho a la seguridad social

Es un conjunto de normas rectoras de las actividades realizadas en la sociedad, en función del otorgamiento de las prestaciones de Seguridad Social y de su financiamiento, forma el Derecho a la Seguridad Social, siendo además un conjunto de relaciones jurídicas en acción (Noriega Tejada, 2018, p. 18).

Este derecho a la Seguridad Social tiene como características fundamentales el ser pública, dado a que el Estado tiene el deber de protección, y su universalidad, siendo que no solo protege a los trabajadores dependientes, sino también a los no trabajadores.

La Seguridad Social puede ser clasificada en los siguientes grupos:

a) Declarativas de derechos de los beneficiarios.

- b) Atributivas de la obligación de aportar y otras.
- c) Determinantes de los fines, funciones, organización y funcionamiento de las entidades administrativas encargadas de ejecutar las acciones de Seguridad Social.
- d) Procesales.

El Derecho de la Seguridad Social ha sido reconocido como una rama del derecho con autonomía normativa, técnica y científica, además cuenta con un objeto específico y actualmente se enseña en las facultades de Derecho, debido a la gran importancia que ha alcanzado a nivel internacional, como nacional (Noriega Tejada, 2018, p. 18).

El Derecho a la Seguridad Social, se entiende como el derecho que tiene una persona a recibir prestaciones de los derechos sociales, es decir brindar protección de la salud y sobre todo un mayor bienestar a la colectividad.

La doctrina sostiene que:

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional peruano, la Seguridad Social es reconocida por el Estado a través de un 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, según lo dispuesto por el artículo 10 de la Carta magna (Noriega Tejada, 2018, p. 18).

2.2.2. Pensión de viudez

La pensión de viudez, surge como respuesta a la inestabilidad económica que genera la falta de aporte económico de parte del causante. Como bien sostiene en su “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Fernando Manrique (1984), “el fallecimiento priva al trabajador de su capacidad de ganancia, eliminando esta fuente de ingresos de su familia” (p. 449).

Para César Abanto Revilla (2008), en su artículo “La pensión de viudez para los Convivientes”, identifica a esta pensión como: Una prestación a favor de los derechohabientes o dependientes del asegurado pensionista que fallece; en tanto cumplan, a la fecha del deceso, los requisitos previsto por la Ley. (p. 32)

La premisa planteada por Abanto Revilla, respecto de la pensión de sobrevivencia, nos acerca a determinar la finalidad específica que tiene esta pensión, o lo que es lo mismo la pensión de viudez, para las cuales sería el poder otorgar un determinado grado de seguridad económica a la familia del pensionista fallecido, quienes a causa de su muerte dejan de percibir el aporte económico que este realizaba, generándose un faltante del aporte económico del pensionista.

En ese orden de ideas, la razón de ser de la prestación de sobrevivencia, es reparar la pérdida de rentas de trabajo en las que por mediación del causante participan los causahabientes, remediando así la necesidad que presenta de éstos”. No debe olvidarse que el causahabiente, ostenta un derecho derivado en virtud de la pensión de su causante.

A. Enfoque constitucional

Nuestra Constitución Política de 1993, reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, lo que se ve plasmado en su artículo 10 que dice: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.” A su vez el artículo 11 de este mismo cuerpo normativo añade que: “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. (...)”.

A nivel infra-constitucional, el Decreto Ley 19990 regula el Sistema Nacional de Pensiones, 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, que establece 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 11) así como las disposiciones del Decreto Ley N° 19990 y 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), 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.

B. Enfoque de la Jurisprudencia nacional

A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional, en un principio en los casos de otorgamiento de la pensión de viudez a favor de la conviviente sobreviviente (unión de hecho propia), negaba tal posibilidad tal fue el caso de Irma Doris Anaya Cruz contra el Gobierno Regional de Lambayeque, recaída en el Exp. N° 03605-2005-AA/TC.

En este caso el Tribunal Constitucional desestimo la demanda bajo los siguientes argumentos: a) No se puede tratar por igual al matrimonio y las uniones de hecho; b) El artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, identifican a la cónyuge, del matrimonio civil, según el Derecho Civil; c) La interpretación del artículo 5 de la constitución, significaría generación del régimen de la sociedad de gananciales; mas no genera derechos pensionarios (Mendoza Meza, 2017, p. 113).

El primer razonamiento en este caso es moralista al privilegiar a la familia matrimonial, sin tener en consideración que la familia al ser un instituto natural (art. 4 de la Constitución), debe responder a la realidad social. Aquello, implica tratar de forma igual a los semejantes.

El segundo razonamiento, del Tribunal Constitucional, obedece a una interpretación a partir del Código Civil por concluir que únicamente el cónyuge puede acceder a una pensión de viudez. Esta interpretación del artículo 53 del Decreto Ley N 19990, a partir del Código Civil, resulta ser incoherente al principio de igualdad, toda vez que, como se expuso líneas atrás la pensión de viudez busca otorgar cierto grado de seguridad social, a la pareja con quien convivía efectivamente a la fecha del fallecimiento del causante. Entonces, no se puede concebir, como

única beneficiaria de la pensión de viudez al cónyuge de la familia matrimonial: Un razonamiento como este, resulta discriminatorio y contrario al principio de igualdad.

El tercer argumento del TC, también es resultado de una interpretación restrictiva y mecánica del derecho fundamental a la pensión, lejos de un análisis a partir de la razón de ser de la pensión sobrevivencia; el cual es proteger a la familia independientemente de su origen.

Por otro lado, en el caso Luz Sofía Baca Soto contra el Ministerio de Educación, sobre otorgamiento de pensión de viudez conforme el Decreto Ley N° 20530. El Tribunal Constitucional, por primera vez, estima la demanda de viudez a favor de la concubina sobreviviente, argumentado: Las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión (Mendoza Meza, 2017, p. 114).

Respecto a este argumento, cabe sostener que la pensión de viudez al constituir un concepto subordinado de la seguridad social, y como tal, por tener el carácter de derecho fundamental, no puede ser exclusivo del cónyuge supérstite; toda vez que la razón de ser de la pensión de viudez, es proteger del desamparo económico a la supérstite con quien efectivamente convivía a la fecha del fallecimiento.

2.2.3. Teoría de los Derechos Fundamentales

Ahora revisamos someramente la noción del contenido esencial de los derechos fundamentales; partiendo desde las diferentes posiciones de los autores respecto a la teoría absoluta y relativa de los derechos fundamentales

A. Teoría absoluta

La teoría absoluta, para Doring, citado por Negueira Alcalá (2003), los derechos fundamentales o esenciales son aquellos derechos que se encuentran conectados a la idea de naturaleza humana. Así, este autor señala además que: “La dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal” (p. 117).

De la definición presentada por este autor, se entiende que el contenido esencial del derecho fundamental está ligado por el contenido de la dignidad humana, siendo este último la base para la construcción del contenido esencial de un derecho fundamental.

Desde una concepción estructural del contenido esencial de los derechos fundamentales. Según, Sánchez Gil (2017) señala que:

El área de dos círculos concéntricos, donde la parte interna del círculo, al ser el núcleo fijo inmutable de los derechos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección circunferencial exterior, como la parte accesoria o contingente de los mismos. (p. 111-112).

Para este autor, el contenido esencial de los derechos fundamentales, a partir de la teoría absoluta, el núcleo central constituye un ámbito intangible, donde ningún poder del estado o persona natural puede restringir su contenido. Mientras que la parte exterior: constituye el ámbito de actividad del legislador.

Sánchez Gil, señala también que los derechos constitucionales positivizados cuentan con una doble dimensión: una interna y la otra externa.

En esa línea de pensamiento, Castillo Córdova (2002), refiere que este contenido es el que: “(...) se erige como límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, impidiendo que puedan vulnerar, limitar o restringir los derechos”. (p.13). Para este autor, el límite de actuación de los poderes públicos, con respecto a los derechos fundamentales constituirá este contenido único o esencial.

Como es de notarse, la teoría absoluta comprende al contenido esencial de los derechos fundamentales a partir de un concepto estructural, así, a decir de Mendoza Meza (2017) este está conformado por:

(...) el núcleo central o fijo y la dimensión exterior. Donde el núcleo fijo, constituye la esencia del derecho fundamental y por tal cualidad, el Poder Legislativo o cualquier otra autoridad estará prohibido vaciar su contenido (p. 117).

Benavides y Escudero (2013), explican que la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales aparece como: “El derecho de los derechos, la inexistencia de aquellas conllevaría que hablemos de cualquier otra categoría, pero no de derechos fundamentales en un Estado constitucional y democrático de derecho” (p.96). Para este autor, el contenido esencial de los derechos fundamentales actúa como una garantía, el contenido esencial como descargo de la ley, y la ley planteada como salvaguardia de los derechos fundamentales.

Prieto Sanchíz (2002), señala que:

La cláusula del contenido esencial puede estimular un especial escrutinio sobre la justificación de la ley y al propio tiempo debe impedir que el derecho legal deje de ser adscribible al tipo del derecho constitucional (p. 441).

Según este pensamiento, el contenido esencial de los derechos fundamentales, actuará como límite ante el Poder Legislativo, de

modo que no se desnaturalice la esencia o el núcleo duro del derecho. Según su razonamiento, no concibe que el contenido esencial de un derecho pueda sacrificarse de ninguna forma.

B. Teoría relativa

La teoría relativa de los derechos fundamentales, a diferencia de la absoluta, incorpora el concepto de proporcionalidad para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Según Sánchez Gil (2017), los derechos fundamentales no son absolutos; y el hecho de que se resuelvan casuísticamente, no involucra la seguridad jurídica toda vez que impone una regla de procedimiento que impide la arbitrariedad. (p.117)

En esa línea de pensamiento, por su parte Bernal Pulido (2007), refiere que el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser definido desde el Principio de Proporcionalidad; es decir casuísticamente después de haber analizado los sub principios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (p. 277).

Esta teoría, sobre la base de la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, en el sentido de la intangibilidad del núcleo fijo de los derechos fundamentales pretende proteger esta dimensión a través del sub principio de idoneidad. Este mecanismo, impedirá la adopción de una medida que implique la limitación del principio que juega en contra; y por el sub principio de necesidad, se adoptará una medida que busque una intervención menos intensa al principio que juega en contra; de modo, que ambos principios se realicen dentro de sus derechos mínimos (Mendoza Meza, 2017, pp. 199-200).

Entonces, la teoría relativa del contenido de los derechos fundamentales, a partir de la teoría de los principios, actúa como

un método, para la protección de los derechos fundamentales. Además de comprender que no todos los principios poseen el mismo peso y grado.

Puesto que, dicha teoría es más flexible y se ajusta al proceso evolutivo y cambiante de la sociedad actual en la que vivimos.

2.3. DIFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.3.1. Concubinato

Cabanellas (1997), sostiene que el concubinato es el estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio (p. 261).

También conocido como unión de hecho, dentro de nuestro sistema jurídico nacional.

2.3.2. Cónyuge

Es el varón o mujer, que comparte un domicilio y hacen vida en común, y además obra entre ellos un vínculo matrimonial, que los une. Existiendo también, una sociedad de gananciales u otro régimen especial, según sea el caso, entre ellos; el cual rige sus activos y pasivos patrimoniales que obtengan.

2.3.3. Pensión

Anacleto (2008), sostiene que la Real Academia Española afirma que palabra pensión deriva del latín *pensio onis*, que significa la renta o canon anual que perpetua o temporalmente se impone sobre una finca. Asimismo, dice que pensión es la cantidad anual que se da a alguien por méritos y servicios o bien por pura gracia o merced (p. 318).

2.3.4. Principios

Según Guastini (2014), los principios son normas con supuesto de hecho abierto; toda vez, que no establece la enumeración de supuestos de hecho. Es decir, los principios son derrotables cuando no tiene solución mediante el método de la subsunción, por esta cualidad, son indeterminados. Además, son normas genéricas, que exigen formulación de otras normas que la concreten, que posibiliten su aplicación y su ejecución o concreción son diversas y alternativas (p. 184).

2.3.5. Seguridad social

Para Lino Chirinos (2009), la seguridad social es:

Un sistema que está integrado por elementos técnicos que tienen diferente naturaleza, los cuales están basados en los pilares de la ética social, que tiene por objeto crear las garantías necesarias para mantener el mismo grado de dignidad de la persona y del grupo familiar a su cargo frente a contingencias que la pueden afectar, desde el seno materno hasta su muerte. (p. 26)

Para este autor, el objeto de la seguridad social será las contingencias sociales que enfrente el hombre.

2.3.6. Viudez

Es el estado que se genera para un concubino(a) o cónyuges, cuando el otro concubino(a) o cónyuges, con el que ha realizado vida en común, fallece.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

3.1. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA FIGURA DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN EL DERECHO COMPARADO

3.1.1. Española

En la legislación española la seguridad social es regulada por la Ley General de la Seguridad Social Real Decreto Legislativo 8/2015. En el capítulo XIV, se regula la prestación de la pensión de sobrevivencia, bajo el nombre muerte y supervivencia.

Según la legislación española, en el caso de la pensión de viudez, el sujeto beneficiario es tanto la cónyuge como la pareja de la unión de hecho. Sin embargo, el tratamiento es desigual al momento de establecer condiciones para el acceso a la pensión de viudez.

Esta desigualdad se ve plasmada en el hecho que en el caso del cónyuge supérstite, solo bastará probar este estado para su acceso, sin embargo, en el caso de la pensión de viudez en la pareja de hecho se exige una: “convivencia efectiva a la fecha del fallecimiento del causante, por un periodo de 5 años y la acreditación que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzasen el 50% de la suma de los propios y de los causantes habidos en el mismo periodo” (Mendoza Meza, 2017, p. 126). Lo que evidencia un trato desigual en el acceso a la pensión de viudez en los casos de parejas de hecho.

De esta doctrina analizada es notorio la literalidad en el tratamiento de la figura de pensión de viudez la cual ha descrito el legislador español, haciendo referencia a la cónyuge, o la conviviente; así se elimina un problema latente en otras legislaciones como es la diferenciación de ambos estados de la persona superviviente a la pareja sea matrimonial o de convivencia.

Aun con lo mencionado, no se cumple con una legislación completa, enmarcando todas las posibles figuras para la obtención y a la vez el acceso rápido y célere a la pensión de viudez por aquel posible beneficiario, si este fuera del sexo masculino. Lo que vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, reconocida en la Constitución Española, la misma que en su artículo 14 sostiene que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, siendo además que actualmente cuentan con la Ley Orgánica 3/2007, creada para combatir la discriminación y luchar por la igualdad de género; lo que aún no se ve reflejado en el tratamiento legal de la pensión de viudez, en el caso de que el beneficiario fuera del sexo masculino.

3.1.2. Colombiana

La seguridad social, en la legislación colombiana, se regula por Ley 100 de 1993 modificado por la Ley N° 797 del 2003. En cuanto a la pensión de viudez entre el cónyuge y la compañera permanente (pareja de hecho propia según nuestra legislación), el tratamiento se rige por el principio de igualdad; es decir, coloca en la misma situación al cónyuge y compañera permanente, o conviviente para nuestra legislación (Mendoza Meza, 2017, p. 127).

Los requisitos, para el acceso a la pensión de viudez de forma vitalicia es: Acreditar 5 años de convivencia efectiva, a la fecha de su fallecimiento del causante y segundo, que el causante cuente con 30 o más años de edad. En el caso de un compañero permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta; para la legislación colombiana, podrá acceder a la pensión de viudez, pero su monto, será proporcional al tiempo de convivencia, y siempre y cuando haya convivido 5 años efectivos de convivencia. Para la legislación colombiana, no le es ajeno la convivencia simultánea entre cónyuge o compañero permanente (Mendoza Meza, 2017, p. 128).

En este caso observamos una variante en la regulación de la pensión de viudez, siendo que se suma, a diferencia de nuestra legislación, el reconocimiento de la concurrencia simultánea entre cónyuge y pareja de hecho.

3.1.3. Argentina

La Seguridad Social en pensiones, en la legislación argentina, es regulada por la Ley 24.241, denominada Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. En cuanto al tratamiento legislativo, de la pensión de viudez; existe un tratamiento igualitario entre el cónyuge y la conviviente (no diferencia entre varón y mujer). Así mismo, el acceso a la pensión de viudez en la pareja de hecho (incluye a la unión de hecho impropia), siempre y cuando exista la separación de hecho o la legal (Mendoza Meza, 2017, p. 128).

Se exige además haber convivido públicamente en aparente matrimonio durante por los menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento; lo que coincide con el tratamiento legal de la legislación anteriormente estudiada, en cuanto a los requisitos en caso de unión de hecho.

Por nuestra parte, debemos resaltar que el tratamiento de la pensión de viudez, en la legislación argentina, es la más razonable toda vez que otorga mismo tratamiento a las supérstites, ya sea, en la condición de cónyuge o conviviente, aun así exista, vínculo matrimonial subsistente, con la condición de que exista separación de hecho, y además sin importar el género del supérstite.

A nuestro juicio, este tratamiento legislativo responde a la naturaleza de la pensión de sobrevivencia, el mismo que tiene por objeto proteger a la pareja supérstite, con quien en vida compartió en sus últimos días, el (a) pensionista o asegurado (Mendoza Meza, 2017, p.129)

3.2. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA FIGURA DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Según la Oficina de Normalización Previsional (ONP, 2019), la pensión de viudez que ofrece el sistema nacional de pensiones - DL N°19990, generada por la muerte de un pensionista, es “un beneficio monetario que se le otorga al cónyuge del asegurado fallecido y equivale al 50% del monto de la pensión que recibía el titular a la fecha de su fallecimiento” (p. 1).

Como podemos ver literalmente se nos enuncia solo la situación del cónyuge para la obtención del beneficio pensionario, dicha situación trata de subsanarse en el artículo del citado decreto ley, misma intención se ve materializada, sino que a su vez vuelve a generar más incertidumbre puesto que se nombra una serie de requisitos que son innecesarios y a su vez vulneran los derechos de los posibles beneficiarios a la pensión de viudez.

3.2.1. Beneficiarios

El artículo 53 del Decreto Ley 19990 señala actualmente como beneficiarios de la pensión de viudez a los siguientes: a) La cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del asegurado o pensionista fallecido, b) El cónyuge o integrante de la unión de hecho inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta. c) Condiciones de celebración de matrimonio para reconocimiento de derecho. d) Si el matrimonio o unión de hecho 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 y antes de que éste cumpla cincuenta años si fuese mujer. e) Si el matrimonio o unión de hecho se hubiera celebrado más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio o unión de hecho debidamente inscrito a edad mayor de las indicadas.

En esto se evidencia el trato desigual en esta regulación en cuanto al género del cónyuge o integrante de unión de hecho.

Así también, se establecen requisitos adicionales como por ejemplo el tiempo que debe tener el matrimonio para poder acceder a dicha pensión, las condiciones físicas que deben tener los posibles beneficiarios; haciendo de este derecho constitucional, un derecho inalcanzable en algunos supuestos por la circunstancias de edad y condiciones somáticas, así mismo se pierde el fundamento esencial de la pensión de viudez, el cual es el no dejar en desamparo a la persona subsistente a la muerte de la única entrada económica del hogar, no importando la edad, estado o condición física o género de este.

Finalmente se debe observar la denominación que reciben las personas con discapacidad en este cuerpo legal, llamándolos inválidos, lo que actualmente es un término erróneo, por ser considerado peyorativo, más aun cuando en nuestro territorio nacional existe la Ley N° 29973, vigente desde el 2012, por lo que el término más adecuado para referirse a las personas que tiene alguna deficiencia es “Persona con discapacidad”, término que a decir de Carrera Plasencia (2016) “supone primeramente otorgarles un estatuto de persona, es decir de “sujetos de derecho”, porque alude primeramente al sujeto antes que a la discapacidad misma”.

3.2.1. Trámite

El solicitante deberá presentar en cualquiera de los centros de atención de la Oficina Nacional Previsional ubicados a nivel nacional con la siguiente documentación: a) Solicitud según Formato, que incluye declaración jurada de autenticidad de documentos. b) Copia simple del Certificado Médico de Invalidez emitido por el Seguro Social de Salud -ESSALUD, establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud (aplica para la pensión de viudez del varón). c) Copia simple del Parte Policial o

Atestado Policial o Certificado de Necropsia (aplica para cuando el fallecimiento del causante se produce por accidente). d) Copia simple del Certificado Médico emitido por el Ministerio de Salud, el Seguro Social de Salud - EsSalud o una Entidad Prestadora de Salud – EPS (aplica solo para cuando la cónyuge o integrante de la unión de hecho se encuentra en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado).

3.2.3. La causante es mujer

Si el solicitante es menor de 60 años de edad, certificado médico de invalidez del solicitante (viudo).

El certificado médico debe ser expedido por una comisión médica de EPS, Es Salud o MINSA. En su defecto, si es mayor de 60 años, declaración jurada e haber dependido económicamente de la causante y de no percibir remuneración o ingresos superiores a media remuneración mínima vital.

Notándose que existen requisitos adicionales, que la ley exige cuando el beneficiario de la pensión de viudez es un varón, los cuales, no exige cuando, la beneficiaria es una mujer. Considerando a nuestro criterio, que dicha distinción es innecesaria y contraria a los principios constituciones y propios del derecho positivo.

3.2.4. Bonificación adicional

Las pensionistas de derecho derivado de viudez que al 31 de agosto del 2005 tengan 70 años o más, percibirán una bonificación adicional permanentemente equivalente al 25% de su pensión. Es requisito que esta pensión de viudez sea su única pensión. En ningún caso la suma resultante de la pensión más la bonificación adicional, debe exceder de la pensión mínima de S/ 415.00 nuevos soles.

3.2.5. Caducidad de la pensión viudez

La pensión de viudez caduca por contraer matrimonio el beneficiario.

En caso de contraer matrimonio el pensionista de viudez, se le otorgará por una sola vez una asignación equivalente a doce mensualidades de la pensión que percibía, sin que tal asignación pueda exceder del doble de la pensión máxima que otorga la Oficina de Normalización Previsional.

3.3. DERECHOS CONSTITUCIONALES OBSERVABLES EN LA FIGURA DE PENSIÓN DE VIUDEZ

3.3.1. Derecho a la igualdad ante la ley

El contenido esencial, tal como lo sostiene Prado Herrera, como se citó en Briceño Bocanegra, y Trujillo Vásquez, 2017), es:

(...) aquel ámbito del derecho que es intocable para el legislador, el cual no se puede reducir, pues de lo contrario se desnaturalizaría el derecho fundamental. En este sentido, el contenido esencial se instituye como un límite al legislador, como intérprete constitucional que es, cuando ejerce su función legislativa. Por ello, todo límite al derecho fundamental que imponga el legislador, sólo resultará válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. (p. 55).

Dicho de otra manera, el contenido esencial es aquella zona intangible para el legislador, y para todo intérprete constitucional.

De lo anterior podemos argumentar que la figura materia de esta monografía, pensión de viudez, al momento de adicionar requisitos incensarios para la obtención de la misma, como son los años de matrimonio, y establecer a la cónyuge como beneficiaria y no prever todas las situaciones, se está alejando del derecho constitucional de la igualdad a la ley, la cual es intangible para el legislador, teniendo que subsanarse al momento.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente N° 00045-2004-PI/TC69, ha señalado que la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de

principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario.

Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (motivo de cualquier otra índole) que, jurídicamente, resulten relevantes. El derecho a la Igualdad ante la ley, en cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad.

Asimismo, Figueroa (2008), sostiene que representa el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad aquel espacio en el cual no se manifiesten actitudes arbitrarias ostensiblemente vulneratorias de este derecho fundamental. Indica que, si una norma o situación identifican un proceder arbitrario en el accionar estatal, a través de una norma con rango de ley o administrativa, o si bien se produce una conducta irrazonable dentro del supuesto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, pues se afecta la esencia del derecho materia de protección, se deslegitima el núcleo duro de ese derecho y se desprotege la esencia misma del derecho a la igualdad circunstancia material que conduce a un escenario de necesaria protección urgente (p. 3).

Tanto del análisis doctrinario como jurisdiccional podemos evidenciar que el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, materia de la presente

monografía, no cumple con la doble condición que recae sobre la igualdad ante la ley, que si bien quiere establecer una protección más adecuada al sistema pensionario como al pensionista, en su búsqueda se aleja de los derechos protegidos constitucionalmente.

Por último al disponer de requisitos adicionales para que un varón pueda acceder a la pensión por viudez, y diferenciarlos de los requisitos básicos que debe cumplir una cónyuge de género femenino, sin mayor fundamento que por razón de su género masculino, está generando una postura desigualitaria y a su vez machista pues sigue dotando de características de inferioridad a la mujer frente al hombre, pero que a su vez vulneran más los derechos de los varones que pretenden acceder a una pensión de viudez, lo cual estaría efectivamente vulnerando el principio constitucional de igualdad ante la ley.

3.3.2. Derecho a la no discriminación

La igualdad en relación al sistema jurídico (igualdad ante la ley e igualdad en aplicación de la ley) expone la proscripción frontal de toda forma de discriminación, puesto que ello se evidenciará la correcta aplicación de la misma.

La discriminación deviene cuando en una situación idéntica o con personas sujetas a condiciones idénticas, estas reciben un trato desigual e injusto, sea para el otorgamiento de ventajas o en la imposición de cargas. Ello conlleva una agravada e injustificable distinción que afecte la dignidad de la persona; lo cual incluso puede llegar al extremo de la negación de la propia condición humana.

En el caso llevado a nuestra investigación vemos el alejamiento de ciertos preceptos que este derecho defiende, puesto que los supuestos de la ley no regulan a todos los posibles beneficiarios y no prevé todas las posibles situaciones que podamos encontrar en el día a día, cada vez que un varón pretende acceder a su derecho pensionario se encontrará con una traba de exigencias que a su vez

no se le exige a una mujer para el acceso al mismo derecho, así podemos ver que estos requisitos en su concepción dentro del Decreto Ley N° 19990, han sido concebidos en una sociedad atrasada y carente de una postura de no discriminación por cualquiera sea la razón; en este caso la situación puesta en evidencia es la de un varón frente a una mujer en la búsqueda del acceso a un derecho.

La discriminación conlleva a consecuencias jurídicas de distinción, excepción o separación tendientes a menoscabar la dignidad humana, en impedir el pleno goce de los derechos fundamentales o la igualdad de trato en relación al acceso de oportunidades (Briceño Bocanegra, y Trujillo Vásquez, 2017, p. 60)

La discriminación se asienta en el prejuicio social de dividir a los congéneres en iguales e inferiores; en respetables e irrespetables; en calificables y descartables. Mediante esta práctica viciosa se suele excluir o menospreciar en razón de:

- a) Características inmanentes. Estas son aquellas que aparecen por mero acto de nacimiento. Tal es el caso de la raza, el sexo, etc.
- b) Características incorporadas del medio social. Estas son aquellas que aparecen en función a nuestro entorno inmediato. Tal es el caso del origen, la condición económica, el idioma, etc.
- c) Características adoptadas. Estas son aquellas que aparecen por la libre decisión de la persona. Tal es el caso del credo, filiación política, opción sexual, etc.

En función a lo expuesto, la proscripción de la discriminación presenta los elementos siguientes:

- a) Reconocimiento que las personas más allá de sus diferencias accidentales comparten una misma naturaleza; y que, por ende, son intrínsecamente iguales.

- b) Exigencia que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros, en circunstancias y condiciones idénticas.
- c) Reconocimiento del establecimiento de reglas de diferenciación siempre que aquellas no resulten irrazonables y desproporcionadas; vale decir, que no sean obra de la arbitrariedad.
- d) Las reglas de diferenciación específicas están sujetas al principio de inversión de la carga probatoria; esto es, corresponde al legislador o aplicador de la ley el ofrecer las argumentaciones que prueben la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

La doctrina sostiene que, aun cuando la discriminación por regla general, conlleva un tratamiento injustificadamente diferente, cabe residualmente la posibilidad de aparecer en la circunstancia de disponerse la aplicación idéntica de una regla, sin considerar la producción de consecuencias jurídicas perjudiciales para aquellas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

Según la Constitución Política, ninguna persona debe ser discriminada por alguna de las ocho razones siguientes:

- a) Origen: Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada del lugar de nacimiento o del trono de filiación.
- b) Raza: Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de la pertenencia a un grupo humano con ascendencia común o conformación física (color de piel, facciones y estructura anatómica predominante)
- c) Sexo: Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de razones orgánicas que distinguen al hombre de la mujer.

- d) Idioma: Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de la utilización de una lengua, es decir contra un modo particular de comunicación fonética o escritura.
- e) Religión: Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de una creencia o dogma que vincula a los hombres con alguna divinidad o ser supremo.
- f) Opinión: Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de pareceres, dictámenes, juicios, etc., que postula una persona.
- g) Condición económica: Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de cierto tipo de estado o situación de poder adquisitivo, posesión de bienes o rentas, etc.
- h) Índole diversa: Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de factores múltiples: edad, discapacidad física, apariencia física, estatura, etc.

A razón de esto, también debemos tener en cuenta la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres – Ley N° 28983, en su artículo 2 señala:

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.

Del estudio de las diversas normas anteriores podemos evidenciar el trato discriminatorio del que vienen siendo partes los cónyuges y concubinos de género masculino, por parte del artículo 53 de del

Decreto Ley N° 19990, ya que por tener la calidad de varones, el mencionado artículo da un trato desigual y arbitrario, esto en razón de los requisitos adicionales que deben cumplir como ser mayor de sesenta años o ser una persona con discapacidad (invalidez, como dice el artículo en mención), pese a ser una situación idéntica a la solicitud de pensión por viudez solicitada por una mujer a la que no se le exige más que tener la condición de cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del asegurado o pensionista fallecido, lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley, y que el matrimonio se haya celebrado un año antes del deceso del asegurado o pensionista, en caso el matrimonio o unión de hecho se hubiera realizado antes de que la cónyuge haya cumplido los cincuenta años, constituyéndose estos requisitos adicionales como una carga para el ejercicio de su derecho.

Así también existe el tratamiento discriminatorio hacia la condición que señala que el cónyuge o conviviente (pareja de unión de hecho) sobreviviente debería demostrar que estaba a cargo de esta; es decir demostrar una situación de dependencia económica respecto del cónyuge o conviviente varón respecto de la mujer a fin de obtener el reconocimiento para acceder a esta pensión de viudez; puesto que como vemos mientras no se cumplan estos requisitos no se podría acceder al derecho casi teniendo una aplicación prohibitoria para aquellos que no alcancen a estos requisitos, así quitándole el fin de la pensión de viudez, el cual es la protección del cónyuge, sea del sexo que fuere, solo por el hecho de su condición humana, primando un derecho fundamental como el de seguridad, alimento, igualdad ante la ley y no discriminación.

CONCLUSIONES

1. La figura de la pensión de viudez, nace como remedio al desequilibrio económico generado por el faltante de aporte económico del causante. Por lo que la razón de ser de la prestación de sobrevivencia, es reparar la pérdida de rentas de trabajo en las que por mediación del causante participan los causahabientes, remediando así la necesidad que presenta de éstos. No debe olvidarse que el causahabiente, ostenta un derecho derivado en virtud de la pensión de su causante.
2. La existencia de los requisitos adicionales para acceder a la pensión de viudez para el varón, no obedecen a la ratio legis de la figura de pensión de viudez, misma que en su manera de aplicar genera la discriminación. Puesto que se aleja del propósito de la pensión (proteger al cónyuge o concubino sobreviviente). En consecuencia, no cabría la necesidad de realizar una distinción de género, al momento de acceder a dicha figura jurídica.
3. La existencia de requisitos adicionales para el varón, para acceder a la pensión de viudez, vulnera los Derechos Constitucionales de igualdad ante la ley y a la no discriminación por género, contraviniendo preceptos constitucionales, lo que hace inminente su reformulación acorde a los parámetros del Estado Constitucional de Derecho que rige en nuestro territorio nacional.
4. La existencia de requisitos adicionales, perjudica y dificulta al varón que quiera acceder a su pensión de viudez; teniendo que esperar a cumplir con estos para poder acceder a la misma.
5. Los fundamentos jurídicos que determinan la inconstitucionalidad de los requisitos adicionales para la pensión del concubino o cónyuge supérstite, son: El Derecho a la igualdad ante la ley y el Derecho a la no discriminación por género.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Poder Legislativo, tener en cuenta la siguiente propuesta modificatoria al artículo 53 del Decreto Ley N° 19990; dispositivo normativo que debería quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 53

Tiene derecho a pensión de viudez la o el cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del (a) asegurado (a) o pensionista fallecido (a), siempre que el matrimonio o unión de hecho se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del (a) causante y antes de que estos cumplan cincuenta años de edad o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio o unión de hecho debidamente inscrito a edad mayor de la indicada.

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 cónyuge o integrante de la unión de hecho, se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado.”*

2. Se recomienda también al Poder Legislativo, realizar un re-examen de las figuras jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo presente los Derechos Fundamentales y principios constitucionales. Y de ser el caso realizar la reformulación y/o reestructuración de las mismas, para que estén acorde al Estado Constitucional de Derecho que rige en el territorio nacional.

LISTA DE REFERENCIAS

- Anacleto Guerrero, V. (2008). *El Sistema de Administración de Fondo de Pensiones*. Lima, Perú: Editorial Grijley
- Benavides Ordoñez, J (2013). *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana Constitucional*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Bernal Pulido C. (2007). Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría adecuada de los Derecho Fundamentales de la Constitución Española? *Doxa*. (30). 273-291.
- Briceño Bocanegra, L; y Trujillo Vásquez, A. (2017). *La omisión del reconocimiento de la pensión de viudez a favor del concubino (a) supérstite en el Decreto Ley 19990 y Decreto Ley 20530 y la vulneración de los Derechos a la igualdad, seguridad social y dignidad humana en Perú*. (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo, Perú. Recuperado de:
http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/5977/BricenoBocanegra_L%20-%20TrujilloVasquez_A.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Carruitero Lecca, F. (2014), *Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: San Bernardo.
- Carrera Plasencia, M. (2016). ¿Quieres saber cómo dirigirte correctamente a una persona con discapacidad? Recuperado de:
<https://polemos.pe/quieressaber-dirigirte-correctamente-una-personadiscapacidad/#:~:text=%E2%80%9CIa%20discapacidad%20no%20es%20un%20atributo%20del%20ser%20persona%20humana.&text=Por%20lo%20tanto%2C%20en%20congruencia,es%20%E2%80%9CPersonas%20con%20discapacidad%E2%80%9D>.
- Castillo Córdova L. (2002). *Contenido esencial de los Derechos Fundamentales*. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1
- Fernando, P. (1984) *Manual de Derecho de la Seguridad Social*. Bilboa, España: Universidad de Deusto Bilboa.

- Figuroa, E. (2008). *Dimensiones del derecho a la igualdad: avances y retrocesos*. Recuperado de: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/docsum/Edwin%20Figuroa%20Gutarra%20-%20Gaceta%20Constitucional%2059.pdf>.
- Guastini, R (2014). *Interpretar y Argumentar*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Irazábal Chávez, J. (2015). *El derecho a la pensión de viudez del conviviente supérstite en el Sistema Nacional de Pensiones*. (tesis de pregrado). Universidad de Piura. Piura, Perú. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2350/DER_041.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Lino Chirinos B. (2009). *Tratado de la Seguridad Social*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Mendoza Meza, L. (2017). *El silencio de la ley en la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia) es contrario a los principios: protección a la familia, igualdad y acceso a la seguridad social*. (tesis de pregrado). Universidad Peruana Los Andes. Huancayo, Perú Recuperado de: <http://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/UPLA/675/TESIS%20EL%20SILENCIO%20DE%20LA%20LEY%20EN%20LA%20PENSI%C3%93N%20DE%20VIUDEZ%20EN%20LAS%20PAREJAS%20SUP%C3%89RSTITES%20DE%20LA%20UNI%C3%93N%20DE%20HEC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Noriega Tejada, V. (2018). *Derecho a la igualdad en el acceso a la pensión de viudez para las uniones de hecho propio en el sistema nacional de pensiones para optar título profesional de abogado*. (tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán. Pimentel, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/5801/Noriega%20Tejada%20V%C3%ADctor%20David.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Oficina de Normalización Previsional. (2019). *Conocer pensión de viudez, orfandad y ascendencia para casos de muerte de pensionista*. Recuperado de: https://www.onp.gob.pe/Servicios/soy_pensionista/pension_viudez_orfandad_ascendencia_muerte/inf/pension_viudez.

- Ponce de León Arrieta, L. (2011). *La metodología de la investigación científica del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/205/dtr/dtr4.pdf>
- Prieto Sánchez, L. (2002). *La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Núñez, C. (2007). *Como hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rodríguez Escanciano, S. (2009). La pensión de viudedad. Nuevas perspectivas. *Actualidad Jurídica*. (771). 23-56
- Sánchez Gil, R. (2017). *Contenido esencial de los derechos fundamentales*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/12.pdf>
- Zelayarán Durand, Mauro. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Segunda Edición. Lima: Jurídicas.