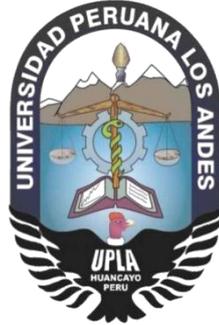


“Año de Buen Servicio al Ciudadano”

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

Título: 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

Para optar: EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor: BACH. MENDOZA MEZA LIZ ODILIA

Asesor: DRA. CÓRDOVA MAYO, MIRIAM ROSARIO

Área de Investigación: DERECHO PREVISIONAL

Líneas de Investigación: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO DE FAMILIA

Resolución de Expedito N°: 02793-DFD-UPLA-2017

HUANCAYO – PERÚ

2017

ASESORA:

Córdova Mayo, Miriam Rosario

DEDICATORIA:

A mi familia, por ser quienes, me alientan a ser mejor cada día.

A mi alma mater: "UPLA".

A mis maestros, que contribuyeron en mi formación académica. A ellos, que me enseñaron a dudar y a pensar.

A la vida, por lo negro y lo blanco.

AGRADECIMIENTO:

Aprovecho este apartado, para agradecer a quienes contribuyeron con la realización del presente trabajo:

Al profesor Carruitero Lecca Francisco, por sus reflexiones y sugerencias.

Al profesor, Felipe Uriarte Mora, por sus palabras.

A la profesora, Miriam Córdova Mayo, por sus recomendaciones.

RESUMEN

Los enunciados jurídicos contenidos en los artículos 53° del Decreto Ley N° 19990 y 28° del Decreto Legislativo N° 1133, que regulan la pensión de viudez: es un caso que describe el “silencio de la ley”; al emanar de ambas, normas injustas. La primera, excluye de forma explícita, a las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia), en el derecho a la pensión de viudez. La segunda norma, conserva, una situación jurídica contraria a los principios: igualdad, acceso a la seguridad social en pensiones y protección a la familia;

Al principio acceso a la seguridad social en pensiones cuando el “silencio de la ley”, respecto a las parejas supérstites de hecho, conserva una situación jurídica contraria de forma implícita; toda vez, que al tener carácter fundamental, el derecho a la pensión de viudez, ambos artículos, adoptan una medida legislativa de privilegio a favor de la “cónyuge”.

Asimismo, al principio de protección a la familia, cuando el “silencio de la ley”, de la que hacemos mención, conserva una situación discriminatoria en el acceso a la pensión de viudez, a la familia que tiene origen en la unión de hecho: (propia e impropia).

Finalmente, al principio de igualdad, cuando el “silencio de la ley”; conserva una situación discriminatoria contra las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia); toda vez que el criterio “cónyuge” no responde a la finalidad de la pensión de viudez: (protección a la familia).

PALABRAS CLAVES: Silencio de la ley, parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia), Derecho a la pensión de viudez, Principio acceso a la seguridad social, Principio de protección a la familia y Principio de igualdad.

ABSTRAC

Article 53 ° of Decree Law N ° 19990 and article 28° of Legislative Decree N ° 1133 rule the widowhood pension, and in the same time these articles are an example of the silence of the law, because these articles exclude to the couples coming from a union of fact (proper and improper) to be beneficiary of a widowhood pension. As we can see, both articles are unconstitutional because it goes against of Principle of Access to a Pension, Principle of Equal Rights, and Principle of Protection to the Family.

Both articles are unconstitutional because goes against Principle of Access to a Pension, and because both articles uses the word “spouse” to identify to the person who is going to be the beneficiary of the widowhood pension, and this word limit to couples coming from a union of fact (proper and improper) to be beneficiary of a widowhood pension.

Both articles are unconstitutional because discriminates to the family that comes from a union of fact (proper and improper), what it means that goes against Principle of Protection to the Family.

Finally, Article 53 ° of Decree Law N ° 19990 and article 28° of Legislative Decree N ° 1133 are unconstitutional because excludes to the couples coming from a union of fact (proper and improper) to be beneficiary of pension, and It goes against Principle Equal Rights, because all kind of couples should have same benefits.

Keys words: silence of the law, couples coming from a union of fact (proper and improper), widowhood pension, Principle of Access to a Pension, Principle of Equal Rights, and Principle of Protection to the Family.

ÍNDICE

DEDICATORIA:.....	iii
AGRADECIMIENTO:.....	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRAC.....	vi
ÍNDICE.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	xiii

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del Problema.....	23
1.2. Antecedentes de la investigación.....	31
1.2.1. Antecedentes Internacionales.....	31
1.2.2. Antecedentes Nacionales.....	35
1.2.3. Antecedentes Locales.....	37
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	38
1.3.1. Problema general.....	38
1.3.2. Problema específico.....	38
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	39
1.5. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	40
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	40
1.2.1. Objetivo general.....	40
1.2.2. Objetivos específicos.....	40
1.3. HIPOTESIS.....	41
1.3.1. Hipotesis general.....	41
1.3.2. Hipotesis específicos.....	41
1.4. METODOS DE INVESTIGACIÓN.....	42
1.4.1. Métodos Generales.....	42
1.4.1.1. Método Deductivo.....	42
1.4.1.2. Método Inductivo.....	43

1.4.1.3. Método analítico	43
1.4.1.4. Método Sintético.....	44
1.4.1.5. Método comparativo	44
1.4.2. Métodos específicos.....	45
1.4.2.1. Descriptivo.....	45
1.4.2.2. Explicativo	45
1.4.3. Métodos Particulares.....	46
1.4.3.1. Exegético	46
1.4.3.2. Sistemático.....	46
1.4.3.3. Dogmático	46
1.4.3.4. Sociológico.....	47
1.4.3. Operacionalización de las variables	48
1.5. TIPOS Y NIVELES.....	49
1.5.1. Tipo de investigación	49
1.5.2. Nivel de investigación	49
1.5.3. Diseño de investigación	50
1.6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	51

CAPITULO II

HISTORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS CULTURAS DEL MUNDO ANTIGUO	53
2.2. FORMACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	55
2.2.1. LOS SISTEMAS INICIALES DE PROTECCIÓN.....	56
2.3.1. El ahorro individual	56
2.3.2. El mutualismo.....	57
2.3.3. El seguro privado	59
2.3.4. La responsabilidad de los riesgos profesionales.....	61
2.3.5. El Asistencialismo y la Beneficencia.....	63
2.3. EL SEGURO SOCIAL.....	64
2.4. LA SEGURIDAD SOCIAL.....	65
2.5. EVOLUCION DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES EN PERU	67
2.5.1. El seguro social de obreros (1936)	67
2.5.2. El Seguro Social de Empleados	69
2.6. EVOLUCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES	70

CAPITULO III

LA OMISIÓN LEGISLATIVA – INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

3.1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	73
3.2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	77
3.3. LAS OMISIONES LEGISLATIVAS.....	86
3.3.1. Algunas definiciones.....	86
3.4. TIPOS DE OMISIÓN LEGISLATIVA O SILENCIO LEGISLATIVO.....	90
3.4.1. Omisión absoluta.....	91
3.4.2. Omisión relativa.....	93
3.5. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	95

CAPITULO IV

PENSIÓN DE VIUDEZ

4. PENSIÓN DE VIUDEZ	99
4.1. LA SEGURIDAD SOCIAL.....	99
4.2. LA CONTINGENCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL	104
4.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA	106
4.4. DEFINICIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ	111
4.5. LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	113
4.6. LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	116
4.7. LA PENSIÓN: SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	121
4.7.1. Derecho a la Propiedad Privada (Art. 21° de la Convención Americana).....	122
4.8. LA PENSIÓN EN VIUDEZ EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA.....	125
4.8.1. Legislación nacional	125
4.8.2. Legislación extranjera.....	126
a) España.....	126
b) Legislación Colombiana	127
c) Legislación de Argentina	128
4.8. BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ.....	129

CAPITULO V
UNIÓN DE HECHO: PROPIA E IMPROPIA

5. UNIÓN DE HECHO PROPIA E IMPROPIA	140
5.1. ORIGEN DE LA FAMILIA	140
5.1.1. La Teoría Matriarcal	140
5.1.1.1. Estadios Prehistóricos de la Cultura	141
a) Salvajismo.....	141
b) La Barbarie	144
c) La Civilización	146
II) Las formas de familia por Lewis Henry Morgan.....	146
a) La familia consanguínea	147
b) La familia punalúa	147
c) La Familia Sindiásmica.....	150
d) La Familia patriarcal.....	151
e) La familia monógama	152
1.2. Teoría patriarcal	153
5.2. DEFINICIÓN DE LA FAMILIA.....	154
5.3. TIPOS DE FAMILIA	163
5.4. LA CRISIS DE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL EN PERÚ	165
5.5. LA UNIÓN DE HECHO IMPROPIA, COMO UNIÓN DE HECHO PROPIA.....	173
5.6. ELEMENTOS DE LA UNIÓN DE HECHO	179
5.7. ¿LA UNIÓN DE HECHO IMPROPIA ES FAMILIA?	182

CAPITULO VI
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES

6.1. PRINCIPIOS Y REGLAS.....	187
6.1.1. Reglas	188
6.1.2. Principios.....	189
6.2. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	194
6.2.1. La teoría absoluta.....	196
6.2.2. La teoría relativa.....	199

6.3. La intervención de los derechos fundamentales desde la óptica de la teoría de los principios	200
---	-----

CAPITULO VII

PRINCIPIOS: SEGURIDAD SOCIAL, PROTECCIÓN A LA FAMILIA E IGUALDAD

7.1. PRINCIPIO DE ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES.....	205
7.2. EL PRINCIPIO PROTECCIÓN A LA FAMILIA.....	215
7.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	221
7.3.1. Igualdad en la ley	228
7.3.2. Igualdad en la aplicación de la ley o ante la ley	231

CAPITULO VIII

EL SILENCIO DE LA LEY EN LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LAS PAREJAS SUPÉRSTITES DE HECHO Y LOS PRINCIPIOS: PROTECCIÓN A LA FAMILIA, IGUALDAD Y SEGURIDAD SOCIAL

8.2. UNA REFORMULACIÓN LEGISLATIVA AL TRATAMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LOS RÉGIMENES PREVISIONALES	251
CONCLUSIONES.....	255
RECOMENDACIONES.....	256
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	266
ANEXOS.....	274

INTRODUCCIÓN

Durante el programa SECIGRA DERECHO (2013), revisé el caso de una conviviente supérstite de la unión de hecho propia que solicitaba pensión de viudez conforme al Decreto Ley N° 19990. El caso referido, según el texto del artículo 53° del documento normativo mencionado, la pensión de viudez solo corresponde al cónyuge a que hace mención el Código Civil¹.

El caso de la conviviente del cual menciono, me permitió reflexionar sobre el “silencio de la ley” que emana del enunciado jurídico del tratamiento legislativo de la pensión de viudez, respecto a las parejas supérstites de la unión de hecho: (propia e impropia). En razón que la conviviente supérstite, tardó en promedio 6 años: [6/07/2009 hasta 19/05/2015], para acceder a su pensión de viudez, que por justicia le correspondía². (Casación N° 14444-2013-JUNÍN)³. No cabe duda, a partir del caso presentado, que la ley constituye un mecanismo para hacer efectivo los derechos fundamentales: acceso a la seguridad social (art. 10 Constitución).

Cuando el legislador distribuye derechos dentro de una categoría determinada de personas (viudedad); sin embargo, excluye de su beneficio por razón de origen, condición social u otra índole, a un grupo que está en la misma circunstancia estaremos ante el “silencio de la ley” u “omisión relativa”.

¹ Según el texto del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990, dispone: 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 (...).

² Para revisar el periodo que tardó la supérstite de hecho, para obtener su pensión de viudez, ante el órgano jurisdiccional, véase el anexo-B.

³ La Casación N° 14444-2013-JUNÍN, se encuentra en el “anexo-B”, del presente proyecto de investigación.

El tema de las abstenciones legislativas —conocidas también como omisiones legislativas— en el ámbito jurídico de la unión de hecho no ha sido ajeno a la doctrina española. Por ejemplo, según García Rubio (1) ⁴: “La omisión por parte del legislador estatal de una regulación más o menos completa (...), tanto para parejas homosexuales como para las heterosexuales- debía de ser considerada como una caso de inconstitucionalidad por omisión derivada de la violación del principio de lealtad constitucional”.

En cuanto a la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho con vínculo matrimonial subsistente, para la jurisprudencia española reciente según Ureña Martínez (2): “si el conviviente de hecho sigue manteniendo subsistente el vínculo matrimonial con otra persona, no podrá obtener la pensión de viudedad por la vía del artículo 174. 3 párr. 4º LGSS; al exigir expresamente dicho precepto legal la inexistencia de un vínculo conyugal anterior con otra persona”.

Para el Tribunal español: La condición de no tener vínculo matrimonial previo, obedece a razones de otorgar seguridad jurídica, en el reconocimiento de pensiones y evitar la concurrencia de títulos de reclamación, que den origen a más de dos pensiones⁵ (2). Si bien este razonamiento es una medida que evita la concurrencia a la prestación de viudez, sin embargo, rebasa los parámetros de razonabilidad, toda vez, que está en discusión un derecho de carácter fundamental.

Para Ureña, el razonamiento del Tribunal Constitucional Español, del cual somos partidarios, es consecuencia de una interpretación legal. Así concluye

⁴ García Rubio, M. La Unión de Hecho en España. Una visión Jurídica. P, 121.

⁵ Ureña Martínez, M. Parejas de Hecho y Pensión de Viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional. p, 378.

reflexionando: “El legislador de la Seguridad Social debe repensar la pensión de viudedad con carácter integral y con una misma fundamentación material, con independencia de que el favorecido por dicha prestación sea una persona casada o se encontrara en pareja de hecho”⁶ (2).

Una solución que impida discriminación entre los tipos de familia —por razón de origen, condición social, etc.— con relación a la finalidad de la pensión de viudez, importaría reformular el tratamiento legislativo de la pensión de viudez, y establecer un “criterio razonable” que permita y justifique: satisfacer la finalidad de la pensión de viudez. A nuestro juicio proponemos dos criterios: “pareja supérstite” y “5 años de convivencia efectiva a la fecha del fallecimiento del pensionista”⁷.

Desde la perspectiva constitucional, la inconstitucionalidad por omisión: opera como una garantía para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía de la constitución; porque tiene como objeto el control del “silencio del legislador” y el “silencio de la ley”, para preservar la supremacía de la Constitución (3).⁸.

La omisión legislativa: es entendido como la abstención de hacer leyes, por el Poder Legislativo, que velen por el cumplimiento de los mandatos consagrados en la constitución. Este concepto, comprende dos tipos: “omisión relativa” o “silencio de la ley” y “omisión absoluta” o “silencio del legislador”. La primera⁹:

⁶ Ibid.

⁷ El criterio “5 años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento del causante”: responde al fin de la pensión de sobrevivencia, esto es, proteger a la pareja supérstite del causante, frente al desequilibrio económico que enfrentara. Debemos precisar, que por este criterio, busca colocar en la misma situación a las parejas supérstites, llamase cónyuge o conviviente. Este criterio es adoptado por la legislación colombiana: (Ley 100 de 1993, modificado por la Ley N° 797 del 2003: artículo 47°).

⁸ Villaverde Menéndez, Ignacio. Inconstitucionalidad por omisión. P, 3.

⁹ Ibid., p. 61.

puede emanar del mismo enunciado una norma implícita que crea una situación jurídica contraria a la norma suprema, al silenciar ese enunciado una norma explícita sobre ciertos aspectos conexos de la materia regulada (3). En cuanto a la segunda, Villaverde y Bazán, entienden que es producida por la ausencia total de norma legal, causando una situación jurídica contraria a la constitución (3), (4).^{10 11}.

En el caso de la falta de regulación legislativa de la pensión de viudez de las parejas de hecho (propia e impropia), estaríamos ante un tipo de “omisión relativa” o “silencio de la ley”. En razón, que del enunciado jurídico contenido en el artículo 53°D.L N° 19990 y 28° D. Lg N° 1133 emana dos normas injustas. La primera, se trata de una norma implícita que conserva una situación jurídica contraria a los principios: acceso a la seguridad social, protección a la familia e igualdad; y la segunda norma, excluye de forma explícita a las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia), en el acceso a la pensión de viudez (afectación al contenido esencial o mínimo de un derecho fundamental).

El presente proyecto de investigación cumplió con los objetivos tanto generales como específicos, en la medida, que se ha desarrollado argumentos que sustentan que la abstención del legislador, en el tratamiento legislativo de la pensión de viudez en las parejas de hecho (propia e impropia), conserva situaciones contrarias, a los principios constitucionales: acceso a la seguridad social en pensiones, protección a la familia e igualdad ante la ley (objetivo

¹⁰ Ibid, p. 50.

¹¹ Bazan V. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales Bogota: Fundación Konrand Adenauer; 2014, p. 117.

específico). Este análisis, nos permite identificar un caso de inconstitucionalidad por omisión.

Los métodos generales aplicados para el desarrollo de la presente investigación son: el método deductivo, porque se recurrió al estudio de los mandatos de los principios constitucionales: (acceso a la seguridad social en pensiones, la igualdad en la ley y el de protección a la familia). Asimismo, se utilizó preponderantemente el método inductivo: tal como se puede advertir del desarrollo de cada unidad de análisis que comprende nuestro problema general.

El aporte del presente proyecto de tesis, es un pequeño avance en el estudio de las omisiones legislativas en el tratamiento legal de la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia); a la luz de los principios constitucionales: como un caso de inconstitucionalidad por omisión.

Asimismo, de las conclusiones a las que arribamos, nos permiten plantear la reformulación de la pensión de viudez mediante la medida legislativa: “pareja supérstite” y “5 años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento” en los régimen del Decreto Ley N° 19990 y Decreto Legislativo N° 1133 (sin exclusión de otros regímenes, destinados a regular la materia). El fin colocar en una situación de igualdad a la cónyuge y conviviente cuando se discute un derecho de carácter fundamental—acceso a la seguridad social en pensiones. Asimismo, se recomienda, modificatorias pertinentes, al Código Civil y Ley N° 26662, (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos).

En el desarrollo de la presente investigación, hemos encontrado obstáculos al momento de seleccionar la bibliografía nacional respecto a la unión de hecho impropia, y su calificación como familia.

Nuestro proyecto de investigación está compuesto por ocho capítulos. El primero, comprende: planteamiento del problema; objetivos de la investigación; hipótesis; métodos de investigación; tipos y niveles y técnicas de investigación.

El capítulo II se aborda la historia de la Seguridad Social que comprende: La Seguridad Social en las culturas del mundo antiguo; formación del sistema de la Seguridad Social; los sistemas iniciales de protección; el Seguro Social; la Seguridad Social; evolución de la Seguridad Social en pensiones en Perú y evolución de la pensión de viudez en el Sistema Nacional de Pensiones.

El capítulo III se aborda la omisión legislativa y la inconstitucionalidad por omisión, por ello se recurre el estudio de nuestro modelo jurídico (artículo 3° y 43° de la Constitución)¹². Este capítulo comprende: del Estado de Derecho al Estado Constitucional; Estado Democrático de Derecho; omisiones legislativas; tipos de omisión legislativa o silencio legislativo y la inconstitucionalidad por omisión.

En el capítulo IV nos enfocamos en el estudio de la naturaleza de la pensión de sobrevivencia y el beneficiario de la pensión de viudez. Este capítulo comprende: la Seguridad Social; la contingencia en la Seguridad Social; naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivencia; concepto de la pensión de

¹²Constitución Política del Perú, en cuanto al mandato, de la forma de organización del Estado Democrático de Derecho. El artículo 43°, Estado Democrático de Derecho. Forma de Gobierno, establece: "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes". Por su parte el artículo 3°, textualmente dice: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de forma republicana de gobierno". Del contenido de ambas disposiciones constitucionales, se advierte, la forma de organización del ordenamiento jurídico, a través del modelo jurídico: "Estado Democrático de Derecho".

viudez; la pensión de viudez en la jurisprudencia nacional, extranjera y Corte Interamericana de Derechos Humanos y el beneficiario de la pensión de viudez.

Dentro del capítulo V se estudia a la familia de la unión de hecho (propia e impropia), desde un enfoque Sociológico, respaldándonos en los pensamientos de Durkheim y el pensamiento de Max Weber, interpretado por el profesor Carruitero Lecca, a fin de entender que la unión de hecho impropia da origen a una familia. Este capítulo comprende: Origen de la familia; según el estudio de Henry Lewis Morgan; Kovalevsky Máximo y Sumner Maine: teorías por las cuales, se entiende que la familia es un instituto natural al igual que el matrimonio; y que sus formas, responde al pensamiento de la conciencia social de los actores sociales. Asimismo este capítulo comprende: concepto de la familia; tipos de familia; el debilitamiento de la institución del matrimonio en Perú; ¿la unión de hecho impropia es familia? y los elementos de la unión de hecho impropia.

El capítulo VI se estudia de forma somera la Teoría de los Principios de Robert Alexy, teoría que nos sirve, de gran ayuda para optimizar la realización tanto el Principio de Protección a la familia y el Principio de promueven el matrimonio. Este capítulo comprende, además: principios y reglas y el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El capítulo VII nos ocupamos de los mandatos de los principios: acceso a la seguridad social en pensiones (contenido esencial del derecho a la pensión), el principio de protección a la familia (protección a la familia, independientemente de su origen o estructura) y el principio de igualdad (prohibición de discriminar a las parejas supérstites de hecho, por su condición social).

El capítulo VIII es el resultado a nuestra hipótesis de la presente investigación teórica. Dentro de este capítulo se analiza que la pensión de viudez, tiene carácter de derecho fundamental. Y que los enunciados jurídicos contenidos en el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 y el 28° del Decreto Legislativo N° 1133, emana una norma que excluyen de forma explícita del derecho a la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia); y al mismo tiempo, emana una norma implícita que genera una situación jurídica contraria a los principios: protección a la familia, igualdad y de acceso a la seguridad social.

Finalmente, la conclusión a la que arribamos nos permite recomendar la reformulación del tratamiento legal de la pensión de viudez, a través de la medida legislativa: “pareja supérstite” y “5 años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento”. Esta medida: buscará la realización, en la mayor medida posible del principio de Protección a la Familia sin que se limite el Principio Promueven el Matrimonio.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del Problema

Actualmente, no es válido sostener que el matrimonio civil es la única forma para constituir una familia, toda vez que, la familia es un concepto más que jurídico es sociológico.

A nivel supranacional, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17°)¹³ y el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, (art. 23°)¹⁴ establecen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.

¹³ Convención Americana de Derecho Humanos, en cuanto a la protección a la familia, prescribe en el artículo 17°: “1.La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requerida para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”. Nuestro país, ha firmado este convenio, un 27 de julio de 1977, ratificado con fecha 07 de diciembre de 1978, vigente a la fecha (véase en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm).

¹⁴ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto a la familia, en el artículo 23°, textualmente señala: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho al hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello En el caso peruano, este tratado internacional, fue firmado el 11 de agosto de 1977; y, ratificación 28 de abril de 1978 (véase: <http://www.acnur.org/nuevaspaginas/tablas/tabla6.htm>).

A nivel constitucional el artículo 4° de nuestra constitución vigente ha reconocido a la familia como un “instituto natural y fundamental”¹⁵; por ello, se consagro el “principio de Protección a la Familia”. El cual importa que la familia debe ser protegida de todo peligro o perjuicio, sin importar su origen o estructura.

Como es de advertir a nivel supranacional y nacional, en el ámbito constitucional del Derecho, la familia es entendida desde un enfoque sociológico como un “elemento natural” o “instituto natural”. En tal sentido, bajo la perspectiva constitucional, la unión de hecho (propia e impropia) es una forma de familia. Cuyo origen y estructura, responde a una ideología de rechazo al tratamiento legislativo regulado por el Código Civil (5). En ese entender, esta forma de familia también es objeto de protección por parte de la seguridad social (art. 10 de la constitución).

En cuanto a la pensión de viudez. A nivel supranacional, el Convenio N° 102: “sobre la seguridad social”. Respecto a la prestaciones de sobrevivientes, en su artículo 60° establece: “La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia;...” (6)¹⁶.

El referido Convenio N° 102, para efectos de su aplicación, dispone: que el término “la cónyuge” designa la cónyuge que está a cargo de su marido. Y el término “viuda” designa la cónyuge que estaba a cargo de su marido en el momento de su fallecimiento. De estos alcances, uno verifica que el termino cónyuge es

¹⁵ Nuestra constitución vigente; en cuanto al principio de protección a la familia, el artículo 4°: “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 de matrimonio y las causa de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

¹⁶ El Convenio N° 102, denominada por la Organización Internacional de Trabajo, como “norma mínima”, fue adoptada en Ginebra, un 28 de junio de 1952. Nuestra Estado, ha suscrito este convenio, el 23 de agosto de 1961, a la fecha formamos parte integrante de este convenio.

definido a partir de un elemento material: “convivencia efectiva”. Y no solo a partir de un elemento formal, como sería tener la condición de casado, sin tener la posesión constante como tal.

En cuanto a las parejas supérstites de la unión de hecho en el acceso a la pensión de sobrevivencia, la Recomendación N° 67 de la OIT, en su artículo 13° numeral 1 señala: “Las prestaciones de sobrevivencia deberán pagarse...; c) en las condiciones determinadas por la legislación nacional, a la mujer que no estando casada haya cohabitado con el de cujus”¹⁷.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, (en adelante “Convención Americana”), en el artículo 26°, dice: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, (...), especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, (...)” (7).¹⁸

Como es de advertir, según el Convenio 102 de la OIT y la Recomendación N° 67, señalan que las prestaciones de sobrevivencia protegen a las parejas supérstites de hecho que hayan convivido con el de cujus a la fecha de su fallecimiento. Asimismo, el artículo 26° de la Convención Americana, compromete a los estados partes en el cumplimiento efectivo de los derechos que derivan de las normas sociales. Como se sabe, los tratados internacionales ratificadas por nuestro Estado según el artículo 55° de la Constitución forman parte de nuestro derecho nacional.

¹⁷ La Recomendación N° 67, fue adoptado en Filadelfia un 12 de mayo de 1944.

¹⁸ La Convención Americana sobre derechos humanos, también denominada Pacto de San José. Fue suscrito, por nuestro país: 1977, jul 27. Habiendo sido ratificado, en: 1978, dic 07. Actualmente, vigente.

A nivel Constitucional, el tema de la seguridad social se encuentra consagrada en el artículo 10°, textualmente 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” (8).¹⁹

A nivel jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante “Corte Interamericana”), en cuanto a la pensión se ha pronunciado en dos casos emblemáticos: caso cinco pensionistas y Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano De Seguridad Social y otros.

En el caso “5 pensionistas” vs “el Estado peruano”: la Corte Interamericana sustentó que la modificación del monto de la pensión, que venían percibiéndose de acuerdo al DL N° 20530: < el pago de una pensión equivalente a la remuneración de un trabajador en actividad>, resulto ser arbitraria por ausencia de ley expresa, y que tal proceder afecta el derecho a la propiedad privada (9)²⁰.

El Informe 38/09- caso 12.670: “Fondo Asociación Nacional de Ex Servidores del IPSS” vs “Estado peruano”) (10)²¹. La Comisión Interamericana, a fin de resolver la “afectación al derecho a la propiedad”, aplico un test, que importo el análisis de tres categorías: a) la legalidad, b) fin legítimo y c) proporcionalidad. El primer: la restricción del derecho a la pensión, se materializo mediante la Ley N° 28389 y Ley N° 28449. El segundo: se comprobó, que la pensión más alta del régimen del Decreto Ley N° 20530, es veintiséis veces mayor que la más baja (10). Y el tercero:

¹⁹ Constitución Política del Perú. 1993. Congreso de la República ed. Peru; 2017, p. 19.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Cinco Pensionistas" Vs Perú. ; 2003 (Véase en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf). El derecho a la propiedad privada, se encuentra prevista en el artículo 21° de la CADH, textualmente dice: 1. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 38/09. 2009. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otro Perú. (véase en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>).

las restricciones del monto de la pensión; resulto ser proporcional, en la medida que no se afectó la esencia del derecho a recibir una pensión o fuera en abierta contradicción con las contribuciones realizadas por las víctimas mientras estaban en actividad (10)²².

Como se ha advertido, en los dos casos citados, se razono que la pensión forma parte del derecho a la propiedad privada (art. 21°, Convención). Esto significa, que el Estado miembro adoptara las medidas legislativas que protejan el “contenido esencial” o “derecho mínimo” de la pensión; esto es, el acceso a la seguridad social en pensiones, sin discriminar por razón de origen familiar, condición económica, condición social, etc.

En la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional²³ respecto a la pensión de viudez, en la unión de hecho propia a la fecha es uniforme, en el sentido, que la interpretación del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990, significa que la pareja de la unión de hecho, le asiste el derecho de acceder a la pensión de viudez (11)²⁴. Bajo esta línea de pensamiento, el Tribunal Administrativo Previsional, concluyo: la sobreviviente de la unión de hecho propia, que demuestra el vínculo de conviviente con sentencia judicial o notarial debidamente inscrita en el registro personal podrá acceder a la pensión de viudez (12)²⁵.

En el caso de las uniones de hecho (impropias) en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República de Justicia, se reconoce la acción de enriquecimiento

²² Ibid.

²³ Tribunal Constitucional peruano. STC N° 06572-2006-PA/TC Piura.

²⁴ El caso recaído en la STC N° 6572-2006-PA/TC, a la fecha es reiterada, en los siguientes pronunciamientos: Exp. N° 2263-2008-AA, Exp. N° 01632-2013-PA/TC, Exp. N° 02556-2010-PA/TC, y Exp. N° 1286-2013-PA/TC.

²⁵ Tribunal Administrativo Previsional. Resolución N° 00001095-2016-ONP/TAP. (Véase en: https://www.onp.gob.pe/seccion/centro_de_documentosTAP/Documentos/PRECEDENTE%20ADM%20-%20Resoluci%C3%B3n%20N%C2%B000000001095.pdf).

indebido, dentro del supuesto de hecho previsto en el artículo 1954° del Código Civil. (Casación 253-2016-HUANUCO).

Luego de revisar, la legislación pertinente de la pensión de viudez, uno advierte: una regulación defectuosa, en los regímenes previsionales, de nuestro ordenamiento jurídico. Tal como se puede verificar: artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 y artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1133. Toda vez que de sus textos jurídicos se verifica el “silencio” respecto al acceso a la pensión de viudez, en las parejas supérstites de la unión de hecho: (propia e impropia).

Como bien sostiene Villaverde (3), la abstención del legislador, puede generar en algunas ocasiones situaciones contrarias a los mandatos expresos de la Constitución: [entiéndase principios constitucionales]²⁶, en estos casos estaremos frente a una inconstitucionalidad por omisión [siempre y cuando aquella situación no querida por la constitución, afecta el “contenido esencial” o “derechos mínimos” del derecho fundamental]. En ese sentido, en palabras de Víctor Bazán²⁷., la inconstitucionalidad no solo se produce por acción; si no también por omisión (4).

En cuanto a la omisión absoluta, desde el pensamiento de Bazán (4)²⁸: en las absolutas, existe ausencia total de la norma, que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. Por otro lado, la “omisión relativa” o “silencio de la ley”, entiende que existe la norma que pretende hacer cumplir con los permisos o mandatos previsto en la Constitución. No obstante, la obligación de hacer, del legislador, resulta ser incompleto o defectuoso²⁹ (3). En este segundo

²⁶ Villaverde Menéndez I. La Inconstitucionalidad por omisión Madrid: Madrid McGraw-Hill; 1997. P, 46.

²⁷ Bazán V. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. 21st ed. Bogotá: Fundación Konrand Adenauer; 2014. P, 61.

²⁸ Ibid., p. 117.

²⁹ Villaverde Menéndez I. Op. cit., p.60.

supuesto, se encuentran las parejas supérstites de la unión de hecho propia e impropia.

Como es de verse, Villaverde, con razón le da el nombre del “silencio a la ley”, a las “omisiones relativas”; porque, la omisión proviene del enunciado jurídico, que regula la pensión de viudez(artículos: 53° D. Ley N° 19990 y 28° del D. Lg N° 1133; toda vez, que emana una norma, que excluye del derecho a la pensión de viudez, a la pareja supérstite de la unión de hecho propia e impropia. Y al mismo tiempo, conserva una situación contraria, a los principios constitucionales: acceso a la seguridad social en pensiones, igualdad y protección a la familia. Esta situación nos conlleva, a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, ocasionado, por el “silencio de la ley” a que hacemos mención.

El artículo 3° de nuestra Constitución vigente informa que nuestro modelo jurídico, es el Estado Democrático de Derecho. En este mismo sentido, el artículo 43° señala el modelo del sistema jurídico: “Estado Democrático de Derecho”. Pero que implicancia tiene estar en un Estado Democrático de Derecho, con relación al reconocimiento de la pensión de viudez en las “parejas de la unión de hecho impropia y propia”.

En cuanto al modelo jurídico del Estado Democrático de Derecho, Alarcón (13): en un Estado Democrático de Derecho, se pretende hacer “más coherente la democracia buscando hacer reales e iguales las libertades y derechos civiles y políticos para todos; además del reclamo de universalizar los derechos, sociales, económicos y culturales”.³⁰ Entonces, si el Estado reconoce la pensión de viudez

³⁰ Alarcón Requejo G. Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz Madrid: Dykinson, S.L; 2007. P, 221.

a favor de la familia civil, y jurisprudencialmente se ha reconocido la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho propia; también debe reconocerse la pensión de viudez a favor de la familia conformada por la unión de hecho impropia. Si bien este tipo de familia, responde a una ideología de rechazo a las reglas de la institución del matrimonio regulado por el Código Civil, pero no deja de ser familia; y como tal no podría renunciar a un derecho fundamental.

La muerte, constituye una contingencia social. Y la pensión de sobrevivencia, a través de la pensión de viudez, reflexionando a partir del pensamiento de Vásquez y Arturo de Diego tiene por objeto otorgar cierto grado de seguridad social a la pareja supérstite, frente a la contingencia social de la muerte del pensionista o asegurado³¹ (14), ³² (15). En ese sentido, si la pareja de la unión de hecho impropia, convivía efectivamente con el pensionista o asegurado, a la fecha de su fallecimiento, tiene derecho a pensión al igual que el cónyuge y la pareja supérstite de la unión de hecho propia.

En ese orden, reconocer el derecho al acceso a la pensión de viudez, por ley expresa, solo a la pareja supérstite de la familia matrimonial, discriminando, por su condición social, a la familia conformada por la pareja de la unión de hecho (propia e impropia), importa una incoherencia al mandato, contenido en el artículo 2° inciso 2), < a la igualdad ante la ley: nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole> (8).

³¹ Vazquez Vialard A. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Octava ed. Buenos Aires: Astrea; 1999. P, 406.

³² De Diego A. Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Quinta ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 2002.P, 858.

El “silencio de la ley” de la pensión de viudez, en las parejas de hecho, no solo es contrario al principio de la igualdad; sino también al principio de protección a la familia (art. 4 de la Constitución). El principio protección a la familia: manda al Estado y a la Comunidad, como destinatarios del mandato de la Constitución, amparar, favorecer, defender, proteger a la familia de todo perjuicio y peligro que la pusiera en estado de vulnerabilidad. Por este mandato, la pensión de viudez corresponde a la pareja superviviente del pensionista o asegurado, con quien mantuvo una familia a la fecha del fallecimiento del causante, independientemente del origen de la familia.

Así, el “silencio de la ley” advertida precedentemente, genera situaciones contrarias a principios constitucionales: principio de protección a la familia, principio de igualdad y acceso a la seguridad social en pensiones.

Siendo así el “silencio de la ley” de la pensión de viudez, respecto a las parejas de la unión de hecho propia e impropia, debe ser tratado como un caso de inconstitucionalidad por omisión. Y Como tal amerita una reformulación del tratamiento legislativo de la pensión de viudez.

1.2. Antecedentes de la investigación

1.2.1. Antecedentes Internacionales

A nivel internacional, en cuanto al “silencio de la ley” de la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho propia e impropia. No existen tesis planteada bajo nuestro planteamiento de problema. Sin embargo, se ha ubicado algunos artículos relacionados con las dimensiones de las variables de nuestra investigación.

El caso de la situación jurídica, en las parejas de hecho en la legislación española, según García Rubio M (1), en su artículo “Las Uniones de Hecho en España. Una visión Jurídica” sostiene: “La omisión por parte del legislador estatal de una regulación fragmentada o tangencial de la convivencia de las parejas de hecho, tanto para parejas homosexuales como parejas heterosexuales, debe ser considerada como una caso de inconstitucionalidad por omisión derivada de la violación del principio de lealtad constitucional”³³. Esta conclusión, nos permite afianzar nuestro problema de investigación: ¿Como la abstención del legislador, en regular la pensión de viudez, en las parejas de hecho (propia e impropia) es contrario a los mandatos constitucionales: protección a la familia, igualdad y acceso a la seguridad social en pensiones?

Como es de verse, en España existen normas parciales respecto al reconocimiento y protección de las uniones de hecho. Sin embargo, al igual que en nuestro país, no cuenta con un tratamiento sistemático e integral respecto a los efectos jurídicos de las familias de hecho (propia e impropia), como si sucede con la institución del matrimonio, que cuenta con una regulación al menos sistemática. Al parecer como bien explica, Rubio García, el legislador pretende insertar el tratamiento jurídico de la unión de hecho de forma gradual.

Desde un enfoque jurisprudencial, M de la Rúa Martín, en su artículo publicado “El fenómeno actual de las parejas de hecho y sus diversas repercusiones sociales y jurídicas” arribó a la siguiente conclusión: la pensión de viudez, en las parejas de hecho, existe uniformidad en cuanto al acceso a la pensión de viudez de las parejas de hecho; sin embargo se estableció la exigencia del requisito de la inscripción de

³³ García Rubio, María Paz. Ob. Cit., p. 121.

la unión de hecho, como requisito para el otorgamiento de la pensión de viudez³⁴

(16).

Rúa Martín, nos informa que en cuanto al reconocimiento de la pensión de viudez en la unión de hecho es uniforme en la jurisprudencia española; sin embargo se enfatiza la deficiencia de normas que regulen su acceso, y que esta omisión genera incertidumbre en la población española. Porque en algunos estados, se establece la exigencia del requisito de la inscripción de la unión de hecho, para la percepción de la pensión de viudez; mientras que en otros Estados, no es exigible.

De las citas de estas investigaciones, se observa el énfasis respecto a la inactividad del legislador: (“omisión”), en regular un mandato concreto: esto es si la constitución impone el mandato de protección a la familia, el legislador debió otorgarle un tratamiento jurídico respecto a la pensión de viudez en las familias de hecho (propia e impropia), y no solo regular la pensión de viudez desde la familia matrimonial, como si fuera la única forma de familia.

Otra conclusión que merece traer a colación, es presentada por Ureña Martínez Magdalena, en su artículo de investigación: “Pareja de hecho y pensión de viudedad, tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional”. Esta autora, informa que el Tribunal Constitucional Español, arribó a la conclusión de que según el art. 174.3 párr. 4º LGSS, el conviviente de hecho que siga manteniendo subsistente el vínculo matrimonial con otra persona, no podrá obtener pensión de viudedad³⁵ **(2).**

³⁴ De la Rúa Martín M. El fenómeno actual de las parejas de hecho y sus diversas repercusiones sociales y jurídicas Salamanca: Universidad de Salamanca; 2015. P, 40.

³⁵ Ureña Martínez, Magdalena. Ob. Cit., p. 353.

Según esta autora, el Tribunal Español, justifica el no reconocimiento de la pensión de viudez a las parejas supérstites de hecho con vínculo matrimonial subsistente, invocando la seguridad jurídica: << Evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión>>³⁶ **(2)**.

Una segunda conclusión reflexiva a la que arriba Ureña (2): “El legislador de la Seguridad Social debe repensar la pensión de viudedad con carácter integral y la configurara con una misma fundamentación material, con independencia de que el favorecido por dicha prestación sea una persona casada o se encontrara en pareja de hecho³⁷”. Una solución que impida hacer discriminación entre los tipos de familia, importaría establecer un criterio que permita y justifique: satisfacer la finalidad de la pensión de viudez.

Otro interesante, razonamiento a la que llega Ureña (2)³⁸: “La mejor opción sería conceder un tratamiento legal equivalente al matrimonio y a las parejas de hecho, porque la pensión de viudedad es una prestación fundamentada en la protección a la familia, (...), sin realizar ninguna distinción en atención a una determinada modalidad familiar”.

El razonamiento planteado por Ureña, tiene justificación en el carácter fundamental del acceso a la pensión de viudez y la protección del principio protección a la familia, busca proteger a familias constituidas, sin importar su origen. Entonces, el legislador no puede mantenerse pasivo, frente a la omisión legislativa, advertida.

³⁶ Ibid., p. 378.

³⁷ Ibid., p. 385.

³⁸ Ibid., p. 386.

Como es de notarse, el carácter defectuoso del tratamiento legal de la pensión de viudez nos permitió plantear la reformulación de la pensión de viudez, de modo que se considera a la pareja supérstite de la unión de hecho (propia e impropia), como beneficiario de la pensión de viudez.

1.2.2. Antecedentes Nacionales

Sobre el tema de investigación: “el silencio de la ley de la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia) y la afectación de principios constitucionales”. En el ámbito nacional, su estudio ha sido analizado con cierta timidez. Sin embargo, se ubicó dos artículos de investigación respecto a la pensión de viudez de las convivientes y una tesis respecto a la pensión de las concubinas (unión de hecho propia) en el régimen del Decreto Ley N° 19990.

Marcos Rueda (17), en su artículo “La pensión de las concubinas”, a modo de reflexión señalo: si bien se reconoce la pensión conyugal a la unión de hecho propia; sin embargo, no se reconoce la pensión de viudez a la pareja del (la) concubino (a) en el régimen el Decreto Ley N° 19990.³⁹.

Como dice Rueda, en efecto existe un tratamiento jurídico respecto a las consecuencias de la pensión conyugal de la unión de hecho propia. Este supuesto, está regulado en el artículo 84-A del Decreto Ley N° 19990, que crea el Régimen Especial de Jubilación para la Sociedad Conyugal y las Uniones de Hecho (norma incorporada mediante el artículo 1° de la Ley N° 29451(vigente desde el 20 de noviembre del 2009)). Sin embargo, en cuanto a la pensión de viudedad, solo existe

³⁹ Marcos Rueda E. Cielo. [Online]. [cited 2017 setiembre 6. Available from: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2015/07/rueda_pension_concubinas.pdf.

ley expresa que reconoce la pensión de viudez a favor del cónyuge; y, no para las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia).

Este tratamiento jurídico actual, respecto a los convivientes supérstites los ubica en una situación de inferioridad, con respecto a los cónyuges. Y al margen de la jurisprudencia que puede existir, es necesaria una regulación uniforme y sistemática, de modo que se otorgue seguridad jurídica, en el momento oportuno de la contingencia biológica de la muerte.

Desde un análisis jurisprudencial de los fallos del Tribunal Constitucional peruano. En cuanto a la pensión de viudez en las parejas de hecho propia, en el régimen del Decreto Ley N° 19990. Irazábal Chávez (18), en su tesis titulado: “El derecho a la Pensión de Viudez del Conviviente Supérstite en el Sistema Nacional de Pensiones”, concluyo: “(...), es constitucionalmente valido otorgar el derecho a pensión de viudez a los convivientes, tal como ha sido señalado ya por el Tribunal Constitucional (...)”.⁴⁰.

De lo descrito, se observa la falta de atención por parte del legislador en otorgar un tratamiento legislativo a la pensión de viudez de forma justa, en los regímenes previsionales existentes (Decreto Ley N° 19990 y el Decreto Legislativo N° 1133: sin exclusión de otros regímenes). Aquello, importara un tratamiento legislativo, sin discriminación por razón de origen o condición social de las parejas supérstites.

De ahí, la importancia del estudio, el objeto de saber cómo la omisión legislativa afecta principios constitucionales, a causa de la inactividad del legislador

⁴⁰ Irazábal Chávez J. PIRHUA. [Online].; 2015 [cited 2017 setiembre 7. Available from: https://pirhua.udpe.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2350/DER_041.pdf?sequence=1. (vease la parte de las conclusiones).

en expedir leyes que velen por la vigencia de los derechos constitucionales, tal como le está facultado, según el precepto consagrado en el artículo 102° de la Constitución: “Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores” (8).

1.2.3. Antecedentes Locales

A nivel local. Se ubicó un tema de investigación, sobre la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho impropia, en la Universidad Peruana los Andes.

Yaranga Cesar Misael, en su tesis “Las uniones de hecho impropia y la protección jurídica de la pensión de viudez en un Estado Constitucional en la Ciudadanía de Huancayo 2011”. Arribo a las siguiente conclusión: las uniones de hecho impropia se les considera como un tipo de familia, y es factible la protección jurídica de las uniones de hecho impropia con respecto a la pensión de viudez en un estado constitucional; puesto que en un Estado Constitucional, el Estado está orientado a la protección de los derechos al margen de la ley y bajo los términos establecidos en la Constitución **(19)**.

De la conclusión arribada por el tesista, se advierte que infirió que la pensión de viudez, alcanza su protección a las parejas supérstites de la unión de hecho. Sin embargo, no se advierte el estudio de la abstención del legislador en el tratamiento legislativo de la pensión de viudez en las parejas de hecho (propia e impropia), y su relación con los principios: acceso a la seguridad social en pensiones, igualdad y protección a la familia.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Los criterios para formular un problema en la investigación jurídica, son: “El problema debe expresar una relación entre dos a más variables y b) el problema debe estar formulado claramente” **(20)**.⁴¹. Teniendo en cuenta estos criterios, nuestro problema es formulado de la siguiente manera:

1.3.1. Problema general

✓ ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia) afecta principios constitucionales?

1.3.2. Problema específico

Nuestros problemas específicos, son formulados de la siguiente manera a fin de que sirvan de sustento para la solución al problema general.

✓ ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia), afecta el principio de igualdad?

✓ ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia), afecta el principio de protección a la familia?

⁴¹ Carruitero Lecca F. Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica Lima: San Bernardo; 2014, p. 220.

✓ ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia), afecta el principio del acceso a la seguridad social en pensiones?

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación, se justifica con motivo del tratamiento legislativo defectuoso de la pensión de viudez en los regímenes del Decreto Ley N° 19990 y el Decreto Legislativo N° 1133. Toda vez, que no soluciona los conflictos derivados de aquellos pensionistas que manteniendo su vínculo matrimonial subsistente conformaron una comunidad de vida (familia) con una conviviente. Asimismo, no otorga protección oportuna a la fecha del deceso del causante a las parejas supérstites de la unión de hecho propia e impropia, mediante ley expresa que reconozca su derecho a la seguridad social.

Ambos regímenes, solo reconocen a la cónyuge pensión de viudez excluyéndose a las parejas supérstites de hecho (propia e impropia) del derecho fundamental a la pensión. Por ello, elaboramos un análisis documental del derecho a la pensión de viudez en las parejas de hecho bajo los alcances de los mandatos de los principios constitucionales: protección a la familia, seguridad social en pensiones e igualdad.

El objeto del análisis del tratamiento defectuoso de la pensión de viudez, nos permite proponer modificaciones, al tratamiento legislativo de la pensión de viudez; a fin de otorgarle un tratamiento igualitario entre cónyuges y conviviente frente al derecho fundamental “pensión de viudez”.

1.5. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Los aspectos teóricos de nuestra investigación dogmática, comprende las siguientes dimensiones: omisión legislativa-inconstitucionalidad por omisión; pensión de viudez, unión de hecho, principios constitucionales y contenido esencial de los derechos fundamentales y los principios: protección a la familia, acceso a la seguridad social e igualdad.

En cuanto a la unión de hecho impropia; debemos precisar, que hacemos mención a la unión varón y mujer, que contando con vínculo matrimonial subsistente, eligen establecer y mantener una comunidad de vida, por más de 2 años ininterrumpidos. Por lo que excluimos de la presente investigación a las parejas de hecho homosexuales y las convivencias simultáneas: entre la cónyuge y la conviviente con el pensionista, por cuestiones metodológicas.

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. 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.

1.2.2. Objetivos específicos

✓ Analizar, como la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho propia e impropia afecta el principio de igualdad.

✓ Analizar, como la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho propia e impropia afecta el principio de protección a la familia.

✓ Analizar, como la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho propia e impropia afecta el principio del acceso a la seguridad social en pensiones.

1.3. HIPÓTESIS

1.3.1. Hipótesis general

Nuestra hipótesis general, en el proyecto de investigación, fue planteada de la siguiente forma:

El “silencio de la ley” de la pensión de viudez en las parejas de hecho (propia e impropia), excluye de forma explícita de la pensión de viudez a las parejas supérstites de la unión de hecho, al mismo tiempo de forma implícita conserva una situación contraria los principios constitucionales.

1.3.2. Hipótesis específicos

La formulación de la hipótesis específica, en el proyecto de investigación, fue planteada de la siguiente manera:

- El “silencio de la ley” de la pensión de viudez de las parejas supérstites de hecho (propia e impropia), genera una situación contraria al acceso a la seguridad social en pensiones.

- El “silencio de la ley” de la pensión de viudez de las parejas supérstites de hecho (propia e impropia), genera una situación contraria al principio de igualdad.
- El “silencio de la ley” de la pensión de viudez de las parejas supérstites de hecho (propia e impropia), genera una situación contraria al principio de protección a la familia.

1.4. METODOS DE INVESTIGACIÓN

1.4.1. Métodos Generales

1.4.1.1. Método Deductivo

La deducción tiene por objeto hacer uso de explicaciones generales para arribar a explicaciones particulares (21)⁴². Por su parte Carruitero en palabras de Lamprea, el método deductivo “reúne las características de generalidad y obligatoriedad, pues relaciona a los destinatarios genéricos y específicos” (20)⁴³.

Nuestro proyecto investigación, utilizo el método deductivo, porque se recurre al estudio de los mandatos de los principios constitucionales: (acceso a la seguridad social en pensiones, igualdad y protección a la familia: artículos 10°, 2° inciso “2” y 4° respectivamente de la Constitución). Para después conocer si la abstención del legislador en regular el acceso a la pensión de viudez en las parejas de las familias de la unión de hecho propia e impropia; genera una situación contraria a estos principios.

⁴² Uriarte Mora F. La Investigación Científica Lima: Universidad Nacional Federico Villareal; 2001. P, 42.

⁴³ Carruitero Lecca, Francisco. Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica. Ob. cit., p. 125.

1.4.1.2. Método Inductivo.

La inducción dice Uriarte (21)⁴⁴ “es el procedimiento racional que parte de situaciones o casos particulares para llegar a conocimientos generales”. En la misma línea de razonamiento, Carruitero (20): “El método inductivo existe cuando la mente comprueba los hechos particulares y hace la formulación de un principio general”⁴⁵.

Nuestro proyecto de investigación, recurrió al método Inductivo, pues se analizó el estado de viudez, con relación a la medida legislativa “cónyuge”. A partir de ahí, se infiere que los criterios: “pareja supérstite” y “cinco años de convivencia efectiva”, responden a la finalidad de la pensión de viudez.

1.4.1.3. Método analítico

El método analítico. <<Considerado como método general>>. Busca descomponer o separar las partes de un todo para conocer en detalle sus elementos constitutivos. Esta descomposición, importa la relación entre sus elementos (21)⁴⁶. Por su parte Carruitero (20)⁴⁷: “Análisis significa “separación”, “descomposición”, “aislamiento”. Procede por análisis todo aquel que desata o libera, (...) cada uno de los elementos que integra un todo jurídico.

Nuestra investigación, también recurrió a este método; porque descompuso nuestra variable dependiente y nos formulamos: ¿Cuál es el mandato del acceso a la seguridad social en pensiones?, ¿Cuál es el mandato del principio protección a

⁴⁴ Uriarte Mora. Ob. cit., p. 42.

⁴⁵ Carruitero Lecca, Francisco. Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica. Ob. cit., p. 125.

⁴⁶Uriarte Mora. Ob. cit., p. 43.

⁴⁷ Carruitero Lecca, Francisco. Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica. Ob. cit., p. 124.

la familia? y ¿Qué manda el principio de la igualdad? Esta descomposición en problemas secundarios, nos será de gran ayuda para construir argumentos que respaldan que el silencio de la ley con respecto al acceso a la pensión de viudez de las parejas de hecho, conserva una situación jurídica contraria a los principios: protección a la familia, acceso a la seguridad social e igualdad.

1.4.1.4. Método Sintético

El método sintético dice Uriarte “La síntesis reúne o recompone los elementos de un todo, para poder estudiarlos como una unidad” (21)⁴⁸. En esta línea de pensamiento, Carruitero (20): “significa “composición”, “reunión”, “reagrupación”. Se procede por síntesis cuando el entendimiento ejecuta la acción de combinar y unificar los datos, aislados mediante el análisis, en un todo armónico”⁴⁹

El método de la síntesis, nos permitió inferir una vez estudiado cada dimensión de las variables de investigación, para después unir las y extraer una conclusión: identificar si se afectan principios a causa del tratamiento defectuoso de la pensión de viudez.

1.4.1.5. Método comparativo

En cuanto al método comparativo Carrasco (22)⁵⁰ “Permite conocer la totalidad de los hechos y fenómenos de la realidad estableciendo su semejanza y diferencias en forma comparativa.”

⁴⁸Uriarte Mora, F. Ob. cit. p. 43.

⁴⁹Carruitero Lecca, Francisco. Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica. Ob. cit., p. 124

⁵⁰Carrazo Diaz S. Metodología de Investigación Científica Lima: San Marcos; 2006. P, 272.

Este método, fue de gran utilidad para la presente investigación porque se recurrió a fallos de los tribunales extranjeros, con la finalidad de comparar el razonamiento entre los fallos de nuestro tribunal constitucional, respecto al problema de nuestra investigación.

Así mismo, por este método, se recurre a la legislación comparada a fin de informarnos sobre el tratamiento de la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho.

1.4.2. Métodos específicos

1.4.2.1. Descriptivo

Consiste en describir un hecho fenómeno, en cuanto a sus características, cualidad o relaciones exactas entre sus elementos (23)⁵¹.

En nuestro caso, se recurrió a este método a fin de saber mediante el estudio documentado el fenómeno social del matrimonio y de la familia.

1.4.2.2. Explicativo

Pavó (24)⁵² “son aquellas que enuncian la existencia de relaciones causa-efecto entre las propiedades de un determinado fenómeno o proceso”.

Mediante este método, se logró explicar cómo el “silencio de la ley”, esto es, el tratamiento defectuoso de la pensión de viudez, y su relación con los principios constitucionales; genera inconstitucionalidad por omisión.

⁵¹Santiago Valderrama M. Pasos para Elaborar Proyectos de Investigación Científica. Segunda ed. Lima: San Marcos; 2013. p., 81

⁵² Pavó Acosta R. La Investigación Científica del Derecho Lima: Inca Garcilaso de la Vega; 2009. p.,

1.4.3. Métodos Particulares

1.4.3.1. Exegético

Mediante este método: “se estudia la norma tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo” (25)⁵³.

Este método, no es determinante para inferir el sentido de la norma. No obstante, sirvió como método, previo.

1.4.3.2. Sistemático

Sobre el método sistemático, Ramírez dice: “El método sistemático recurre para interpretar e investigar el derecho, a dos elementos: a). Tipificar la institución Jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y b) Determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece” (26).

Mediante este método analizamos la institución de la pensión de sobrevivencia, específicamente la pensión de viudez; a fin de revisar si el tratamiento legislativo, responde a la naturaleza y finalidad de esta institución.

1.4.3.3. Dogmático

La finalidad de este tipo de investigación “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” (26)⁵⁴.

⁵³ Ramos Nuñez C. Como hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento. cuarta ed. Lima: Gaceta Jurídica; 2007. P., 101.

⁵⁴ Ibid., p. 102

Mediante este método, recurrimos al estudio doctrinal respecto a la pensión de viudez, la unión de hecho, omisión legislativa y principios constitucionales.

1.4.3.4. Sociológico

Para el método sociológico la interpretación de la norma debe realizarse “tomando en cuenta las variables sociales, del grupo social en el que va producirse la aplicación de la norma” (27)⁵⁵.

En nuestro caso, este método fue de gran utilidad porque analizamos la familia, desde un enfoque sociológico; con el propósito de identificar si la unión de hecho impropia, es un tipo de familia. Esta conclusión, nos sirvió como sustento para proponer fórmulas jurídicas, que regulen el acceso a la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho propia e impropia dentro del régimen del Decreto Ley N° 19990 y Decreto Legislativo N° 1133. (A modo de recomendación).

⁵⁵ Rubio Correa M. El Sistema Jurídico. Sexta ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; 2006. P., 274.

1.4.3. Operacionalización de las variables

i. Variable Independiente.

Abstención del legislador de la pensión de viudez en las parejas de hecho

ii. Variable dependiente

Principios Constitucionales.

VARIABLES	DIMENSIONES
V. Independiente Principios Constitucionales.	1.Principios y reglas 2. Estado Democrático de Derecho 3. Principio del acceso a la seguridad social en pensiones. 4. Principio de igualdad en la ley. 5. Principio de Protección a la familia.
V. Dependiente Abstención del legislador pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho.	1. Omisión legislativa 2. Tipos de omisiones 3. Inconstitucionalidad por omisión 4. Naturaleza de la pensión de sobrevivencia. 5. Regímenes pensionarios (DL 19990 y D. Lg N° 1133). 6. Unión de hecho (propia e impropia).

1.5. TIPOS Y NIVELES

1.5.1. Tipo de investigación

La presente investigación en cuanto al tipo de investigación atendiendo a su finalidad y naturaleza, es una tesis de tipo dogmático (documental). Este tipo de investigación, se caracteriza, por su método de investigación, al recurrir exclusivamente en la recopilación de datos existentes en forma documental: libros, artículos, ensayos o cualquier tipo de documento (28)⁵⁶. En esa misma línea de pensamiento, Lino Aranzamendi (29): “Su ámbito innovador comprende la creación, el desarrollo, la crítica o la modificación de una teoría acerca del Derecho”⁵⁷.

En nuestro caso, recurrimos al estudio doctrinal de los mandatos concretos de los principios constitucionales: (protección a la familia, principio de igualdad y el principio del acceso a la seguridad social en pensiones) en nuestro modelo Estado Democrático de Derecho y su implicancia en el tratamiento legislativo de la pensión de viudez.

1.5.2. Nivel de investigación

Se entiende, que el nivel de investigación explicativo tiene como fin: “responder a las causas de los eventos, su objeto principal es conocer por qué ocurre un fenómeno, en qué condiciones se da este, o porque dos o más variables están relacionadas” (28).

⁵⁶ Muñoz Razo C. Como Elaborar y Asesorar una Investigación de Tesis Mexico: Person Educación; 1998. p. 9

⁵⁷ Aranzamendi Ninacondor L. Instructivo Teórico Practico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho Lima: Grijley; 2015. P., 249.

Nuestra investigación, atendiendo al criterio de profundidad esencialmente es explicativa, porque una vez estudiado las dimensiones de nuestro problema general, explicamos como el tratamiento legislativo de la pensión de viudez, al ser defectuosa, conserva situaciones jurídicas contrarias, a los principios constitucionales: acceso a la seguridad social en pensiones, igualdad y protección a la familia.

1.5.3. Diseño de investigación

El diseño de la investigación, atendiendo a su naturaleza es esencialmente cualitativa. En palabras de Aranzamendi: “es una actividad sistemática orientada a la comprensión en profundidad del fenómeno jurídico y social, el descubrimiento y desarrollo de un cuerpo organizado de conocimiento acerca del derecho” (29)⁵⁸.

Nuestro diseño cualitativo, por su propia naturaleza metodológica, no produce resultados estadísticos, experimentales u otro tipo de cuantificación; sino es el resultado directo de la observación de fuentes documentales de cada unidad de análisis que comprende nuestro problema general, con el fin de explicar cómo el tratamiento defectuoso de la pensión de viudez, denominado “silencio de la ley” afecta a los principios constitucionales: acceso a la seguridad social en pensiones, igualdad y protección a la familia.

⁵⁸ Aranzamendi Ninacondor L. Instructivo Teórico Practico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho Lima: Grijley; 2015. P., 155.

1.6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Las técnicas, a las que recurrió el presente informe, es el análisis documental: por constituir una técnica más elaborada y la que goza de mayor prestigio científico en el campo de la observación documental (30)⁵⁹.

Los instrumentos de investigación, está conformado por la elaboración de las fichas de trabajo: textuales, bibliográficas, de resumen, comentario y análisis.

En cuanto a las técnicas de procesamiento y análisis de datos. Una vez, culminado el marco teórico, compuesto por nuestras variables; desarrollamos un capítulo destinado al análisis de nuestras variables independiente y dependiente. A fin de verter, las apreciaciones del investigador.

Y en cuanto, la elaboración del informe final, se utiliza MICROSOFT WORD 2013.

⁵⁹ López Noguero F. El análisis de contenido como método de investigación. Revista de Educación de la Universidad de Huelva. 2002. P., 174.

CAPÍTULO II

HISTORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En todo espacio y tiempo: se observa la existencia de la previsión del hombre frente a las contingencias sociales. Entonces, se puede decir a primeras que la seguridad, no es una cuestión de sociedades modernas; sino, siempre acompañó al hombre que vive en sociedad, independientemente de su forma u organización.

Beveridge (14)⁶⁰, afirmaba que los grandes males gigantescos, con que ha luchado el hombre, han sido: la enfermedad, pobreza, falta de trabajo, ignorancia, etc. Aunado a ello, también los desastres naturales, la crisis económica, conflictos bélicos: fenómenos que colocan al hombre, en una situación de inseguridad social.

La historia, ha descrito al hombre en todos los tiempos, como un ser preocupado por la previsión de alimentos; recordaremos, que desde el inicio, el hombre fue recolector, cazador, pastor, para luego ser trabajador.

⁶⁰ Vazquez Vialard A. Ob. Cit., p. 350.

2.1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS CULTURAS DEL MUNDO ANTIGUO

Para comprender el instituto de la Seguridad Social, resulta relevante, revisar los antecedentes históricos, en las culturas del mundo antiguo.

Según Nugent (31)⁶¹: “En Egipto existieron instituciones de defensa y ayuda mutua, que prestaban auxilio en caso de enfermedad, como el servicio de salud pública, financiado por un impuesto especial”. De este alcance, uno da cuenta, que el sentimiento de ayuda, acompaña a las culturas antiguas.

Otra cultura, donde se descubrió el instituto de la seguridad social, es Babilonia. En este país, era obligatorio el pago de honorarios a los médicos que atendían a sus esclavos (31)⁶². De esta cultura, no se sabe cuál fue el medio de coerción de esta medida; sin embargo, debe resaltarse la cultura de la responsabilidad económica del patrón, por las enfermedades que padecía su esclavo.

En Grecia, se otorgaba cierta protección en caso de necesidades de auxilio (educación a favor de los hijos de aquellos, ciudadanos que perecieron en defensa del estado) (31)⁶³. En esta cultura, se advierte la necesidad del Estado de identificar a un determinado grupo de la población, para brindar o garantizar la educación de los hijos de los pobladores que fenecieron en defensa del Estado. También es de resaltar, la preocupación de esta cultura, por las personas incapacitadas.

⁶¹ De Buen Lozano N, Morgado Valenzuela E. Instituciones de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social Mexico: Academia Iberoamericana de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social: Universidad Nacional Autónoma de Mexico; 1997. P, 604.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

En el caso de Roma también se observa la presencia de agrupaciones, cuyo objeto principal fue dar soluciones a las contingencias sociales, tales como las enfermedades, la muerte. Así encontramos: “los *collegia corpora officie*, asociaciones de artesanos con propósitos mutuales: sus integrantes, asumían los gastos funerales de sus miembros y familiares; las *guildas*, oriundas de Escandinavia: fueron asociaciones de asistencia mutua y los *wokouf* oriundo de los países de cercano y medio Oriente: eran como fundaciones piadosas” (31).⁶⁴.

Las semejanzas que presentan las asociaciones de los *collegia corpora officie* y las *guildas*, es el mutualismo. Que consistía en el socorro y ayuda exclusivamente a los integrantes de la asociación. De modo distinto, los *wokouf*, eran asociaciones de carácter religioso, mediante el cual, sus integrantes destinaban bienes a favor de los más necesitados.

En la cultura Americana, el Tahuantinsuyo y México, también se hizo presente la seguridad social. En el Imperio del Tahuantinsuyo, se tenía como política, el derecho a la vida, que consistía en el derecho de toda la colectividad a gozar de una vida digna, a través de la satisfacción de necesidades básicas. En México existía el famoso *calpulli*, que tenía similitud con el *Ayllu* (31).⁶⁵ Mediante esta organización, se brindaba protección a todos sus miembros frente a las contingencias sociales. En estas culturas, se podría identificar a los cimientos del principio de la Solidaridad.

De lo descrito líneas arriba, se infiere que el hombre siempre, ha tenido la necesidad, de buscar formas de previsión frente a las contingencias sociales:

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid., p. 605.

accidentes, muerte, enfermedades, etc. Y esta previsión querida por el hombre, se traduce en el anhelo de protección a la familia.

Comprendemos, a partir de las descripciones anotadas líneas atrás que la Seguridad Social, surgió como respuesta a la preocupación del factor tiempo: el hombre todo puede conseguir, profesión, crecimiento personal, estatus social, etc. Sin embargo, algo inalcanzable para el hombre siempre será el tiempo. Entonces, es el tiempo, la verdadera preocupación del hombre. Y por ello, siempre anduviera en todo espacio y tiempo, buscando formas de seguridad para la protección de contingencias: económica, patológica, social, etc.

2.2. FORMACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En cuanto a la formación de la Seguridad Social. Esta entidad, ha pasado por tres etapas: 1) Los Procedimientos Inferenciados de Garantía o sistemas iniciales de protección, que son: el ahorro individual, la mutualidad, el seguro privado, la asistencia pública y la responsabilidad; 2) La segunda, es la de los seguros sociales, y 3) La de la seguridad social (31).

Veamos ahora, las garantías propias del sistema inicial de protección. Estas técnicas elementales, suelen ser poco eficientes, por la falta de administración. Pero en su momento, debieron ser magníficos medios de previsión social, propios de su cultura.

2.2.1. LOS SISTEMAS INICIALES DE PROTECCIÓN

Estos sistemas iniciales de protección también denominados procedimientos inferenciados de garantía. Se caracterizan, por ser medios, de protección parcial. Esta cualidad, responde a su falta de eficiencia.

Nugent, informa que al producirse la revolución industrial. El trabajador se enfrentó a los riesgos y contingencias sociales: jornadas de trabajos extenuantes, salarios miserables, prohibición del ejercicio de la huelga, los empleadores no asumían los gastos de enfermedad, accidentes de trabajo de sus trabajadores (31)⁶⁶. Estos factores sociales, dieron origen a los sistemas iniciales de protección como: el ahorro privado, la mutualidad, el seguro privado, la responsabilidad civil y la asistencia pública. En adelante, veremos cada uno, de estos sistemas iniciales de protección, que en su momento fueron una solución, a las contingencias sociales.

2.3.1. El ahorro individual

Mediante este sistema de protección, la solución a los estados de necesidad, era financiada por el ahorro privado. Este sistema inicial de seguridad social, concebido como una garantía inferenciada, se caracteriza por su poca eficiencia, frente a los riesgos sociales. Sin embargo, debe reconocerse que otorga soluciones parciales (14)⁶⁷.

Esta forma de seguridad social, también se diferencia, por ser una medida voluntaria. Y como tal, carece de respaldo organizativo. Siendo su carácter,

⁶⁶ Ibid., p. 606.

⁶⁷ Vazquez Vialard, A. *Op. cit.*, p. 357.

voluntario y precario. Esta medio de previsión resulta ser insuficiente para enfrentar contingencias onerosas o prolongadas (enfermedades graves, la vejez o el desempleo) (32)⁶⁸. Este sistema inicial de protección se caracteriza, por la ausencia del principio de solidaridad.

Por otro lado, este mecanismo, en sectores, donde cohabita la pobreza extrema. Generalmente, será imposible recurrir a este medio. Este tipo de sistema, resulta ser deficiente, a la hora de cubrir, eventos dañosos, cuya repercusión importa, sumas altas. Por ejemplo, cubrir los gastos de una enfermedad terminal, de uno de los integrantes de la familia.

2.3.2. El mutualismo

Esta forma de previsión, tuvo presencia durante la Edad Media. Los rasgos característicos, de este sistema, es el Principio de la solidaridad. Pues los aportes de sus integrantes, tienen por objeto socorrer las contingencias de los miembros. Mientras que el ahorro privado, se define por el individualismo.

Esta forma de previsión se caracterizaba por su organización: “por el cual personas vinculadas por lazos comunes de oficio, ocupación, religión, o nacionalidad, se unen para socorrerse de manera conjunta” (32)⁶⁹. Este sistema, funciona a través de los aportes de sus integrantes, cuyas formas de pago son dos: a) cuando se produce la situación, o, b) mensualmente (14). De modo que el patrimonio recaudado, sirva de sustento, para hacer efectivo las prestaciones definidas por sus integrantes.

⁶⁸ Abanto Revilla C. Manual del Sistema Nacional de Pensiones Lima: Gaceta Jurídica; 2014. P., 16.

⁶⁹ Ibid., p. 17.

Compartiendo el pensamiento de Abanto, debemos resaltar que esta figura del mutualismo, sirvió de base, para la construcción de la seguridad social. Por sus elementos, esencial, como son: la dilución del riesgo y la idea de la Seguridad Social (32)⁷⁰. Como es de notarse, en este sistema de previsión, no existe el propósito de lucro; sino, de socorro mutuo; frente a los riesgos.

Los elementos de la dilución del riesgo y la idea de la solidaridad, hoy en día, han sido plasmados, en lo que hoy conocemos como Sistema Nacional de Pensiones. Estos elementos son: a) La dilución del riesgo, en un ente colectivo; b) La idea de solidaridad, que subyace en el modelo; y, c) La existencia de un derecho subjetivo, a obtener una cobertura.

Un ejemplo claro del elemento-de la dilución del riesgo en un ente colectivo-la encontramos en los regímenes previsionales: Decreto Ley N° 19990 [vejez e invalidez], la Ley N° 25009 [vejez por riesgos profesional], Decreto Ley N° 18846 [prestación económica por riesgo profesional], Ley N° 26790 [prestación económica por riesgo profesional], etc. Estos regímenes, se encargan de cubrir diferentes tipos de riesgo a favor de sus asegurados.

La idea de la solidaridad, se encuentra plasmado, en el artículo 78° del Decreto Ley N° 19990⁷¹. Del texto de esta disposición se advierte, la imposición de topes institucionales: de modo que se sacrifique las pensiones más onerosas; para trasladarlas, a los asegurados, más modestos, mediante la pensión mínima institucional, que es fijada en S/ 415. 00 soles.

⁷⁰ Ibid., p. 18.

⁷¹ El artículo 78° del Decreto Ley N° 19990, textualmente dice: “El Consejo Directivo de los Seguros Sociales previo estudio actuarial propondrá al Ministerio de Trabajo el monto máximo de las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones el que será fijado por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros”.

Y la idea de un derecho subjetivo. Un ejemplo: la encontramos en las disposiciones que establecen requisitos y condiciones; para el acceso, a las pensiones de jubilación (art. 38° DL N° 19990), invalidez (art. 24 DL N° 19990) y sobrevivencia (art. 50 DL N° 19990).

2.3.3. El seguro privado

Este sistema de protección aparece “a fines del siglo XIX, como un contrato de derecho privado, con el objeto de cubrir ciertas (...), contingencias sociales, mediante el convenio de su propósito” (31)⁷². Este sistema, a diferencia del mutualismo, se caracteriza por su fin lucrativo.

Este sistema de previsión: al ser un contrato, se regularía por leyes mercantiles. En aquel tiempo, las empresas recurrieron a este sistema de previsión; con el objeto de asegurar a sus trabajadores: de aquellos sucesos o eventos relacionados con los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (31)⁷³.

Actualmente, en cuanto a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. El legislador, ha otorgado la facultad, al empleador, con la dación de la Ley N° 26790. A fin de contratar entre una aseguradora privada (MAFRE, PRIMA) o el Sistema Nacional de Pensiones⁷⁴.

Un punto interesante de este sistema, en cuanto a su deficiencia, es como entiende Vázquez: en el caso de personas que no producen una suficiente

⁷² De Buen Lozano, N & Morgado Valenzuela, E. Ob. *cit.*, p. 608.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ De acuerdo, al artículo 19°, literal “a” de la Ley N° 26790, respecto al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo: a) Otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con el IPSS ó con el EPS elegida conforme al artículo 15 de esta ley.

rentabilidad: en este caso, el ahorro en los entes de gestión, podría evaporarse (14)⁷⁵. No le falta razón a Vasquez: cuando explica que el Sistema Privado de Pensiones, no constituiría una elección buena para aquel trabajador que percibida sumas iguales o inferiores a la remuneración mínima vital.

En cambio, en un sistema de reparto: como es el Sistema Nacional de Pensiones [DL 19990]. Las personas que producen una baja rentabilidad, obtendrían pensiones prolongadas; a comparación, de los Sistemas Privados de Pensiones: que se gobiernan por la individualización de capitales.

Supongamos. Un trabajador cuya remuneración haya sido en promedio igual a una Remuneración Mínima Vital (2014: S/. 750. 00). Y que haya optado, por el Sistema Privado de Pensiones; el capital ahorrado, importara una mesada incierta, en caso de una vejez prolongada. En cambio, si hubiese aportado al Sistema Nacional de Pensiones; obtendría una pensión hasta la muerte.

De nuestro ejemplo planteado, nos invita a reflexionar y preguntarse, la seguridad social, en manos de privados, atiende, a la finalidad de la seguridad social: esto es cubrir las contingencias sociales [vejez]. La respuesta obviamente es lamentable: para una población con baja rentabilidad [la importancia de la información, jugaría un papel importante al momento de elegir un sistema de seguridad social].

⁷⁵ Vazquez Vialard, A. Ob. *cit.*, p.364.

2.3.4. La responsabilidad de los riesgos profesionales

La teoría de los riesgos profesionales, surge como una respuesta a la deficiencia que presentaba la Teoría Civilista de la culpa. Dice Nugent (31)⁷⁶: que hasta la aparición de la Teoría del riesgo profesional, los trabajadores se encontraban desamparados frente a los riesgos laborales. Para el trabajador, era difícil probar la culpa del empresario, en caso de un accidente de trabajo; mientras que el empresario, se respaldaba en la falta de probanza de la relación causal entre el daño y la culpa del empleador.

Definitivamente, la teoría Civilista de la Culpa, no constituyo una garantía para el resarcimiento de los accidentes de trabajo, que pudo sufrir el trabajador durante la prestación laboral. Aunado a ello, la relación desigual entre las partes, pues los trabajadores, no contaban con ingresos suficientes, para poder pagar los honorarios de su defensa jurídica. Segundo, la documentación sobre la prestación laboral, obraba en manos del empleador. Mientras que el empleador, además de poseer la tenencia de los documentos relacionados al vínculo laboral, cuenta con el poder económico y técnico para asumir los gastos por patrocinio.

Habiendo tenido como experiencia, la deficiencia de la teoría Civilista, en el ámbito de la relación laboral. En Francia, “se formula la Teoría del Riesgo, defendida por Salleilles y Josserand (1897), (...) con el propósito de amparar a los trabajadores víctimas de los accidentes de trabajo” (31)⁷⁷.

Nugent explica que la teoría del Riesgo profesional, fue el sustento de la legislación que regula los accidentes de trabajo. Según esta teoría, el trabajador ya no estaba obligado a probar la culpa del empresario. Y tampoco era necesario que

⁷⁶ De Buen Lozano, N & Morgado Valenzuela, E. Ob. *cit.*, p. 609.

⁷⁷ *Ibid.*

el empresario acreditara que no fue negligente en juicio. Sino, bastaba probar el daño que sufrió el trabajador bajo el servicio de su empleador.

Sin embargo algunas legislaciones, resaltaron que era una teoría incompleta “pues su ámbito de aplicación personal a los laborantes de los establecimientos industriales en que se utilizaban maquinas que potencialmente pudieran crear un riesgo para el trabajador” (31)⁷⁸. Es decir, los trabajadores que laboraban en lugares donde no se encontraban maquinas potencialmente peligrosas: eran desprotegidos, pese a la dependencia del vínculo laboral.

Frente a las carencias doctrinarias de la “Teoría del Riesgo profesional” en la solución de los accidentes de trabajo que sufría el trabajador. Nugent (31), explica que se adoptó la “Teoría del riesgo de autoridad”, formulada por Rouast y Givord, para quienes: “el trabajador está colocado bajo la autoridad del patrón”. Así frente a un accidente del trabajador “la responsabilidad fuera asumida por quien daba las órdenes y no el que la ejecuta” (el trabajador), y “en consecuencia la autoridad es la fuente de riesgo”.

Muy bien señala Nugent, que la “teoría del riesgo de autoridad”, es mucho más completa y eficiente, que la teoría del riesgo profesional: en razón que la causa del daño, se relacionaba con la persona que impartía órdenes. Bajo ese razonamiento, “la responsabilidad del empresario se extendía a todos los accidentes de trabajo, sin considerar que el daño fue causado a consecuencia del uso de las maquinas” (31).⁷⁹.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid., p. 610.

Lino Chirinos (33)⁸⁰, sostiene que la “Teoría del Riesgo de autoridad” parte de la idea, de que la subordinación del trabajador, sujeta a la dirección del empleador, es la fuente principal de la responsabilidad en el ámbito laboral, con ocasión de los accidentes de trabajo. En ese entender, todo accidente originado, durante la prestación personal de servicio, debe ser de responsabilidad del patrono o empresario.

La “Teoría del Riesgo de autoridad”, no cabe duda, que vendría a ser la fuente de inspiración de las legislaciones que regulan la pensión por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En razón, que estas prestaciones, son otorgadas, a los trabajadores que como consecuencia de la actividad de su trabajo sufran accidentes o padezcan de enfermedades profesionales.

2.3.5. El Asistencialismo y la Beneficencia

El sistema del Asistencialismo y la Beneficencia. Según Abanto (32): “surgió en la edad media, respaldada por la labor de la iglesia a favor de los indigentes, a través de personas altruistas”.⁸¹. Así las personas: humanistas, frente al infortunio de los desprotegidos, aportaban sumas económicas.

Esta forma de asistencia también hizo su aparición “en Europa a fines de la Edad Media, alcanzando su máximo desarrollo en Inglaterra, con la dación de la “Ley de los Pobres”, también conocida como “42 Isabel” (32).⁸² Así en el momento que el Estado se hace responsable, de proveer recursos básicos, para la subsistencia de los indigentes, se complementa la asistencia privada; dándose

⁸⁰ Lino Chirinos B. Tratado de la Seguridad Social Buenos Aires: La Ley; 2009. P, 178.

⁸¹ Abanto Revilla, C. Ob. cit., p. 16.

⁸² Ibid., p. 17.

origen a la beneficencia: “transitando así de los aportes voluntarios a una contribución obligatoria por mandato legal” (32)⁸³.

Un caso de contribución obligatoria legal, la ubicamos en el documento normativo del Decreto Supremo N° 081-2011-PCM: norma que crea el Programa Nacional de Asistencia Solidaria-PENSIÓN 65.

En ese orden de ideas, es oportuno precisar, que la asistencia social será privada: cuando es gestionada por entes privados. Y será pública: cuando es de responsabilidad del Estado. Y será mixta, cuando las entidades privadas son apoyadas por el Estado. Pero al margen, de su organización y sus colaboradores, esta tarea requiere de una labor de servicio voluntario; tanto a nivel personal, como institucional. Y no para fines políticos.

Nugent, siguiendo el pensamiento de Beveridge, explica que “la asistencia es parte de la seguridad social” (31)⁸⁴. Sobre esta cuestión, cabe aceptar tal postulado, pues con el surgimiento del Estado: este mínimamente debe encargarse de proveer recursos mínimos, a favor de aquellos grupos; que se encuentran en situación de vulnerabilidad. De lo contrario, el Estado no tendría razón de ser.

2.3. EL SEGURO SOCIAL

Este sistema de seguro social, es una respuesta a los fallos, que presento los sistemas iniciales de protección. Según Nugent (31) “apareció en Alemania, por obra de Bismark, quien presento al Parlamento un proyecto de seguro obligatorio contra accidentes y enfermedades”. (Vigente: 15 de julio de 1883), (...), para

⁸³ Ibid.

⁸⁴ De Buen Lozano, N & Morgado Valenzuela, E. Ob. *cit.*, p. 611.

proteger a los trabajadores de la industria, en forma obligatoria, contra los riesgos de enfermedad”. Este sistema, como todos, surge como respuesta al rechazo de los excesos de la parte empresarial. Es así, que en Alemania surge la segunda etapa de la evolución histórica de la seguridad social.

En Alemania, a causa del movimiento obrero: se expiden normas legislativas, que regulaban la previsión social. Este movimiento, dio origen: a) El proyecto del *Canciller de hierro*- seguro contra accidentes de trabajo; b) En 1884, se aprueba el seguro contra accidentes de trabajo, a cargo exclusivo de los empresarios; c) En 1889, se dio la Ley del Seguro de vejez a Invalidez (1889); y, d) En 1991 se promulga el Código de Seguros Sociales (31).⁸⁵.

Si uno se pregunta sobre la fuente de inspiración de los seguros sociales. Nugent (31): “Los seguros sociales establecidos en Alemania constituyeron la fuente inspiradora de los seguros sociales que se implantarían a fines del siglo XIX y principios del siglo XX hasta la aparición de la seguridad social”.⁸⁶.

Finalmente debemos concluir, que el Seguro Social, compartiendo el pensamiento de Abanto (32): es un régimen contributivo, y su ámbito de protección constituyen los asegurados; es decir, trabajadores formales, mas no comprende a los trabajadores informales.

2.4. LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social, a decir de Abanto (32)⁸⁷ encuentra su fuente principal, en las ideas contenidas en el informe de William Beveridge, cuyo documento se

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid., p. 612.

⁸⁷ Abanto Revilla, C. Ob. *cit.*, p. 19.

inspira en el modelo de Nueva Zelanda (1938); esta ideología se inspira en la distribución de la renta a toda la ciudadanía. Uno podrá advertir, que el instituto de la “Seguridad Social” responde a la crítica del Seguro Social, toda vez, que este medio de previsión; solo otorga seguridad social, a todo individuo que posea la condición de aportante; mientras que la seguridad social, pretende liberar al hombre de todo suceso que lo coloque en estado de necesidad.

Según Nugent, en palabras de Fajardo (31): “(...), la seguridad social representa el sistema, la ideología, el movimiento, el mensaje, la filosofía, (...)”.⁸⁸. Por ello, la seguridad social nace con el objeto de brindar previsión social a toda la población. Nótese, no es lo mismo hablar de seguridad social y el seguro social. El primero, comprende todo un sistema, que tiene por objeto hacer en la mayor medida posible la filosofía y política adoptada por un Estado. En el segundo, la protección está dirigida a cierto sector determinado [Ejemplo: el Decreto Ley N° 19990].

En ese orden, hablamos de seguridad social, cuando el estado adopta medidas de protección a sectores vulnerables. Una de sus expresiones concretadas, de seguridad social, en nuestro país constituye: el SIS (Seguro Integral de Salud), y la pensión 65(Programa Nacional de Asistencia Solidaria) y las beneficencias, financiadas por el Estado. Todas estas son políticas, que el gobierno se pone como objetivo: con la finalidad de buscar la famosa “inclusión social: expresión de la seguridad social”.

En esencia, es razonable, entender o comprender que a lo largo de la evolución de la seguridad social. El hombre ha inventado formas de protección a la

⁸⁸ De Buen Lozano, N & Morgado Valenzuela, E. Ob. p, 612.

familia: desde su origen siempre ha sido una de sus grandes preocupaciones, la supervivencia de la prole. Por esta razón, vive en sociedad.

2.5. EVOLUCION DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES EN PERU

En este apartado, revisaremos de forma breve y concreta la evolución del Sistema Nacional de Pensiones en Perú.

2.5.1. El seguro social de obreros (1936)

Abanto explica (32)⁸⁹, la concepción de un régimen de pensiones, al estilo Bismark: se produjo el 12 de agosto de 1936, al promulgarse la Ley N° 8433; que creó el Seguro Social Obreros.

Mediante la Ley N° 8433, se buscó proteger los riesgos: enfermedad, maternidad, invalidez y muerte, a favor de los trabajadores dependientes de un patrono⁹⁰. En cuanto a su financiación fue tripartita: los trabajadores, el empleador y el Estado. Este régimen pensional, no incluía a los empleados del Estado, los que prestaban servicios, bajo la modalidad de locación de servicios, y a los obreros que se encontraban en una caja especial de jubilación, siempre y cuando sea anterior. Para Abanto (32): la Ley N° 8433, no incluyó a los empleados para no juntarlos con los obreros, a quienes consideraban un estrato social inferior.⁹¹.

Posteriormente, el 21 de abril de 1961, se promulgó la Ley N° 13640 (Fondo de Jubilación Obrera). Este documento normativo, modificó los regímenes existentes; estableció: a). Para acceder a la pensión de vejez se exigía 60 años de

⁸⁹ Abanto Revilla, C. Ob. cit., p.45.

⁹⁰ Véase el documento normativo de la Ley N° 8433, vía online: <https://www.deperu.com/legislacion/ley-8433-pdf.html>.

⁹¹ Abanto Revilla, C. Ob. cit., p.46.

edad y 30 años de aportes; b). Se fijó como tope máximo el equivalente al cuádruple de la remuneración mínima y c). Se regularon pensiones de sobrevivencia para la viuda e hijos en orfandad” (32).⁹².

Para Mesa Lago citado por Francisco Verdera (34): “la seguridad social en pensiones en nuestro país empieza y evoluciona con un modelo de sistema estratificado, esto, manteniendo desigualdades entre trabajadores”⁹³. Esta afirmación tiene asidero. Para ello, basta revisar el artículo 1° del Decreto Ley N° 19990 de cuyo contenido se advierte que antes de la creación del Sistema Nacional de Pensiones —regulado por el Decreto Ley N° 19990— existían modalidad de aseguramiento previsional: Caja de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado y del Fondo Especial de Jubilación de Empleador Particulares⁹⁴.

Finalmente, cabe precisar, el Sistema Nacional de Pensiones inicialmente, estuvo administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social (ex IPSS). A partir del 1 de junio de 1994, se dispone la creación de la Oficina de Normalización Previsional (en adelante ONP), a fin de que asuma la función de administrar el Sistema Nacional de Pensiones.⁹⁵.

⁹² Ibid., p. 47.

⁹³ Verdera V F. Instituto de Estudios Peruanos. [Online].; 1997 [cited 2016 setiembre 17. Available from: http://bibliotk.iep.org.pe/bib_img/10749-8-1.pdf.

⁹⁴ El artículo 1° del Decreto Ley N° 19990, establece: “Crease el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, en sustitución de los sistemas de pensiones de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado y del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares”.

⁹⁵ El artículo 7° del Decreto Ley N° 25967, disponía: “Crease la Oficina de Normalización Previsional, ONP, la que a partir del 1 de junio de 1994, asumirá la función de administrar el Sistema Nacional de Pensiones y el Fondo de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990”.

2.5.2. El Seguro Social de Empleados

El seguro social de servidores del sector público, tiene su antecedente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con la dación de la Ley de Goces N°1850: que dispone el reconocimiento del beneficio de la cesantía, jubilación y montepío; sin embargo, otros consideran, que esta ley, no responde a la idea posterior de la Seguridad Social (35).⁹⁶.

El 18 de noviembre de 1961, se promulgo la Ley N° 13724. <<Creo el Seguro Social del Empleado>>. Mediante esta ley, se buscó cubrir las contingencias de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte (32).⁹⁷.

Al promulgarse la Ley N° 13724 no se modificó ni derogo la Ley N° 10624: género la percepción de dos prestaciones pensionarias paralelas. Situación que ocasiono que el 29 de noviembre de 1969 se promulgara la Ley N° 17262. << Creo el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares>>. Con la finalidad que el seguro social del empleado acogiera a los trabajadores comprendidos por la Ley N° 10624 (32).⁹⁸.

Finalmente el régimen previsional de la Ley N° 13724, derogada con la dación del Decreto Ley N° 19990, fue promulgada el 24 de abril de 1973. Y en cuanto al régimen previsional de la Ley N° 17262, los asegurados comprendidos en esta ley, se les dio la opción de elegir entre quedarse con este régimen, u optar por el Decreto Ley N° 19990.

⁹⁶ Neves Mujica J. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Lima: Grijley; 2009. P, 429.

⁹⁷ Ibid., p. 49.

⁹⁸ Ibid., p. 50.

2.6. EVOLUCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

La pensión de sobrevivientes, que forma parte de la Seguridad social en pensiones; fue regulada por vez primera mediante la Ley N° 13640⁹⁹. Esta ley, tuvo como denominación “Otorgando el beneficio de jubilación a todos los obreros, hombres y mujeres que tengan más de 60 años de edad y acrediten cuando menos 30 años de servicios”.

En cuanto a la pensión de sobrevivientes, se estableció en su artículo 8°: “las pensiones de jubilación a que se refiere el artículo anterior, se aplicaran en el 80% a la pensión del obrero jubilado y en el 20% para el Fondo de Sobrevivientes, pensión que se otorgara al cónyuge sobreviviente a los hijos menores de edad, al fallecimiento del obrero jubilado”. De esta fórmula jurídica, uno advierte que la pensión de sobrevivencia: surge como un fondo destinado a cubrir las necesidades económicas de la familia, de quien las proporcionaba en vida.

Posteriormente mediante la Ley N° 13724. [Vigente: julio, 1962]. Se implanto el Seguro Social del Empleado. Siendo su ámbito de aplicación, conforme disponía su artículo 14° era: a). Los empleados particulares; b). Los empleados públicos; y c). Los asegurados que deseen continuar en el Seguro cuando la obligatoriedad ha caducado¹⁰⁰. Esta norma, estableció el reconocimiento legal de una pensión de viudez a favor del cónyuge.

Más tarde el texto Único del Decreto Ley N° 19990, destinado a regular el Sistema Nacional de Pensiones. [Aprobado: Decreto Supremo N° 014-74-TR, 8 de

⁹⁹ Ley N° 13640 (vigente desde abril de 1961).

¹⁰⁰ Ley N° 13724. Ley del Seguro Social del Empleado.

agosto de 1974]. Mediante su artículo 53° estableció que la relación jurídica que se debe tener con el asegurado o pensionista fallecido es proveniente del matrimonio regulado por el Código Civil; siendo esta condición jurídica, para acceder a la pensión de sobrevivientes-viudez¹⁰¹. Semejante es el tratamiento, en los regímenes del Decreto Legislativo N° 1133 [Régimen pensionario del personal policial y militar]¹⁰².

De las disposiciones jurídicas, citadas, se verifica que la pensión de viudez hoy en día en nuestra legislación: solo se reconoce, la pensión de viudez, favor de la pareja supérstite de la familia matrimonial.

En los casos de la unión de hecho propia el legislador a la fecha se abstiene en reconocer este derecho, vía ley expresa. Pese a que el Tribunal Constitucional, en jurisprudencia uniforme con ocasión de la STC N° 6572-2006-PA/TC: explico que la conviviente, a la luz de la constitución, se debe reconocer la pensión de viudez¹⁰³.

Concluiremos, señalando que desde un inicio el reconocimiento legal de la pensión de viudez, por parte de nuestros legisladores solo ha sido exclusivo de las parejas de la familia matrimonial. Tal como se demuestra con la Ley N° 13640, Ley 13724, y las ahora vigentes Decreto Ley N° 19990 y Decreto Legislativo N° 1133.

¹⁰¹ El artículo 53° del Decreto Ley N° 19990, establece: “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(...)”.

¹⁰² En cuanto a la pensión de viudez, el artículo 28° del Decreto Legislativo (vigente desde: 10 de diciembre del 2012), establece: “Tiene derecho a pensión de viudez el cónyuge del causante o pensionista fallecido. La pensión de viudez será el equivalente al 50% de aquella que percibía o hubiera podido percibir el causante”.

¹⁰³ El Tribunal Constitucional peruano, a la fecha mantiene uniforme el criterio de que la conviviente supérstite de la unión de hecho propia, se le reconozca la pensión de viudez, tales son los casos: (STC N° 09708-2006-AA, STC N° 2263-2008-AA, STC 01632-2013-PA/TC, SCT N° 02556-2010-PA/TC y STC 1286-2013-PA/TC).

No cabe duda, que el prejuicio social y la flojedad de nuestros legisladores; ha generado el desconocimiento de derechos fundamentales (humanos), como es, el de acceder a la seguridad social en pensiones, a través de una pensión de viudez, frente a la suceso de la muerte.

CAPÍTULO III

OMISIÓN LEGISLATIVA – INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

El cometido de este acápite, será estudiar las consecuencias que genera la inactividad por parte del poder legislativo “omisión legislativa” siendo más específicos “silencio de la ley”; a fin de saber cuándo estamos ante una inconstitucionalidad por omisión. Para ello, será necesario estudiar nuestro modelo jurídico, de forma previa y concreta.

3.1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

Antes de ingresar a estudiar la ideología y la política del Estado Democrático de Derecho (Estado constitucional), vayamos previamente a estudiar al Estado de Derecho. Este último, viene hacer las bases del Estado Constitucional de nuestro tiempo.

El Estado de Derecho, a juicio de Alarcón (13), tuvo su formación histórica en el contexto de la Revolución Francesa y en el texto de la Declaración de derecho de 1789: ambos hechos, constituyen los presupuestos básicos del Estado de Derecho.¹⁰⁴ Según Zagrebelsky (36), el siglo XIX es del Estado de Derecho: este modelo de Estado, indicaba un valor y aludía la dirección del desarrollo de la organización del Estado; donde el valor, fue la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal; y, la dirección: es la inversión de la relación entre poder y derecho¹⁰⁵.

Parte de las bases del Estado de Derecho y del actual Estado Constitucional, tuvieron su base en el pensamiento político, de Locke. Este pensador político, en su segundo ensayo sobre el gobierno civil, citado por Lodoño, señalaba enérgicamente ¹⁰⁶ (37): un gobierno, donde se concentra el poder de administrar, juzgar y legislar: resultara peligroso para el pueblo gobernado.

Así el Estado de Derecho, se inspira en el principio de legalidad y la fragmentación del poder concentrado: propio del régimen absolutista. La denominación del Estado de Derecho, en un inicio, fue acuñada para expresar el “Estado de razón” o “Estado gobernado según la voluntad general de la razón” y orientado solo a la consecución del mayor bien general, esta idea expresa: el pensamiento del despotismo ilustrado¹⁰⁷ (36).

¹⁰⁴ Alarcón Requejo. Ob. cit., p. 120.

¹⁰⁵ Sagrebelsky, G. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional. (véase en: <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2013/03/del-estado-de-derecho-al-estado-constitucional-gustavo-zagrebelsky.pdf>).

¹⁰⁶ Departamento de Humanidades de la EAFIT. Teoría y Filosofía Política Bogotá: Universidad EAFIT; 2011. P, 56.

¹⁰⁷ Sagrebelsky, G. Ob. cit., p. s.n.

El estado de derecho tuvo como característica, desde su origen, el principio de legalidad: entendido como la “primacía de la ley” frente a la Administración, la Jurisdicción y la ciudadanía. Así la supremacía de la ley, busco la derrota de las tradiciones jurídicas del absolutismo del Estado y de las concepciones del derecho natural racional “objetivo” que habían sido su trasfondo y justificación (36).¹⁰⁸.

Respecto a la semejanza entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional Lodoño (37): ¹⁰⁹ “comparten su preocupación por el control del poder”. Sin embargo, en cuanto a sus diferencias, este autor sostiene que, en el Estado de Derecho: se trata de restringir el poder absoluto. Y en el Estado Constitucional: se pretende desfragmentar el poder absoluto del poder legislativo¹¹⁰ (37).

Así, en el Estado de Derecho, en la pirámide del ordenamiento jurídico encontramos a la ley; convirtiéndose la constitución: en una declaración política, sin fuerza normativa y de carácter vinculante. Empero, el papel de la constitución, en el Estado Constitucional cobra importancia al estar ubicada en la cúspide de la pirámide jurídica. Este modelo de Estado, expresa la idea de la democracia y la soberanía limitada, de manera que la ley y el parlamento se le imponen el marco restrictivo de una Constitución (37).

En ese entender, en el modelo del Estado Constitucional, la constitución se configura como norma suprema. Este modelo de Estado, según García Toma (38) la organización del ordenamiento jurídico, se sustenta en el reconocimiento y promoción de la persona humana: implica la vinculatoriedad e interdependencia de

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Departamento de Humanidades de la EAFIT. Ob. *cit.*, p. 57.

¹¹⁰ Ibid.

los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos) con los de segunda generación (económicos, sociales y culturales); amen de incorporar los de tercera generación o de solidarismo supranacional.¹¹¹.

Como se ha podido, ver, el Estado Constitucional vincula a la ley, al poder legislativo, y a todo órgano estadual. En ese orden, será válido razonar, si el poder legislativo expide leyes contrarias a la constitución, estas serán inválidas. Solo será aplicable, siempre y cuando sea válida: conforme a la orden constitucional.

Ahora, si el Poder Legislativo se abstiene de expedir leyes de los mandatos expresos de la constitución. Y este silencio genera o conserva situaciones no queridas por la constitución, pueden generar en ciertos casos inconstitucionalidad por omisión; en los supuesto que la abstención del legislador en desarrollar un mandato constitucional, afecta el contenido esencial un derecho fundamental.

De ahí, que para la eficiencia de esto modelo de Estado: se requiere de un control de constitucionalidad por acción y por omisión. De tal modo, se garantizara, la supremacía de la Constitución. Y todo ello, “con la finalidad de garantizar y afirmar los derechos fundamentales de la persona” (38).¹¹². (Pretensión querida, por el modelo jurídico del Estado Democrático de Derecho).

Hasta aquí, se ha podido comprender que tanto el Estado de Derecho, como el Estado Constitucional, o cualquier otro modelo, tienen en común el control del poder. Entonces, en nuestro modelo actual, para garantizar los derechos fundamentales, se tiene que establecer garantías o mecanismos para lograr una de

¹¹¹García Toma V. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Cuarta ed. Lima: Adrus; 2014. P, 162.

¹¹² Ibid., p. 163.

las grandes aspiraciones del Estado Constitucional, la dignidad humana. Y uno de estas garantías constituye: la inconstitucionalidad por la omisión legislativa.

3.2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

En cuanto al modelo jurídico. Nuestra constitución vigente en su artículo 3°, se ordena hacer que los derechos establecidos en el artículo 2° de la constitución, no excluye a los derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho (8).¹¹³. Otro artículo que hace mención al modelo de sistema jurídico, es el artículo 43° de nuestra carta magna, cuyo texto constitucional, señala al Estado democrático de derecho (8).¹¹⁴.

De los textos constitucionales citados <3° y 43°>, se advierte que el modelo de sistema jurídico, adoptado por nuestra constitución vigente, es el Estado Democrático de Derecho. Pero, ¿qué se entiende por Estado Democrático de Derecho? La noción de este modelo de sistema jurídico, para Víctor García: (38), hace mención al modelo de Estado, que reconstruye su concepto, sobre las bases del modelo del Estado de Derecho; donde la actuación del poder, debe sujetarse en la libre voluntad del pueblo y organizado, para asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales.

¹¹³ El artículo 3° de la Constitución, prescribe: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

¹¹⁴ El artículo 43° de la Constitución, hace mención a la forma de organización del ordenamiento jurídico. Esta disposición establece: “ La Republica del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

En cuanto al origen del “Estado de Derecho” existen diversos hechos históricos que contribuyeron a su aparición. Así destacan los conocidos *rule of law* en el ámbito anglosajón y el “Estado Constitucional” en parte de la doctrina continental europea (39).¹¹⁵. Sin embargo, el contexto histórico que contribuyó a su formación y cristalización constituye: la Revolución Francesa y el texto de la Declaración de derechos de 1789: son estos hechos, que cristalizan los requisitos y elementos básicos del Estado de Derecho (13).¹¹⁶, (40).¹¹⁷.

Para Elías Díaz, en el pensamiento de Alarcón, no solo habría que destacar el dato histórico de la revolución francesa; sino también, un dato normativo que se gestó en dicho contexto; esto es, el artículo 16° de la *declaration des droits de l’homme et du citoyen* de la Asamblea Nacional Francesa de 1789 (13).¹¹⁸. Cuyo texto establecía: <<Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución (13).¹¹⁹. >>. De este texto, el autor destaca la noción de la seguridad jurídica en relación a los límites del poder y el ejercicio de los derechos en el Estado Constitucional. De ahí, que su frase célebre: << No todo Estado es entonces Estado Constitucional, o no todo Estado es Estado de Derecho>>

En ese entender, el Estado de derecho implica limitar el poder de parte del derecho; pero, no cualquier norma puede legitimar una acción, ya que se exige, la condición del respeto a determinados valores y contenidos mínimos; de tal forma,

¹¹⁵ A. Vanossi JR. Estado de derecho Buenos Aires: Astrea; 2008. P, 23.

¹¹⁶ Alarcón Requejo, G. Ob. cit., p. 120.

¹¹⁷ Marín Cortés F. Publico y Privado. Estudio sobre el Estado de derecho, el Estado Constitucional, la globalización, la democracia, los derechos fundamentales y la nueva estructura de los poderes público y privado Bogota: Temis; 2008. P, 9.

¹¹⁸ Alarcón Requejo, G. Ob. cit., p. 121.

¹¹⁹ Ibid., p. 121.

que no cualquier tipo de legalidad cumpla las pretensiones de este modelo de Estado (40).¹²⁰.

Al analizar el contenido del Estado de Derecho, Cortés, anuncia que su significado debe comprenderse a partir de una connotación formal y material. La formal, sostiene que el Estado se someta al Derecho: la relevancia de conducir el poder, de los poderes públicos, por medio de normas jurídicas, que ayudan a controlar el poder (40).¹²¹. La material, implica que el Estado tiene como fin la dignidad del hombre a través de la ley: brindarle seguridad y asegurar su realización personal (40).¹²². La conjunción de la ley y la dignidad del hombre, como elementos determinantes, para que la ley sea legítima.

Vanossi, identifica el significado de Estado de Derecho a partir de la conformación de dos conceptos: uno formal y otro material. Dentro del concepto puramente formal, siguiendo el pensamiento Kelseniano; se trata de la equiparación entre derecho y Estado, entendido como la personificación del orden jurídico (39).¹²³. Pero no deja de lado, la importancia política del régimen de la garantía a la legalidad y a la constitucionalidad (derechos subjetivos de las personas). Dentro de esta concepción material, la Constitución “habrá de regular la creación del ordenamiento jurídico inferior con pleno acatamiento a pautas procedimentales y sustanciales que no son indiferentes a una precisa concepción sobre los “derechos subjetivos” de las personas” (39)¹²⁴.

¹²⁰ Marín Cortés, F. Ob. *cit.*, p. 11.

¹²¹ *Ibid.*, p. 15.

¹²² *Ibid.*, p. 17.

¹²³ A. Vanossi, J. Ob. *cit.*, p. 27.

¹²⁴ *Ibid.*

Desde el pensamiento de Elías Díaz, el modelo jurídico del Estado Democrático de Derecho estudiado por Alarcón, sería, el que mejor responde a las garantías de los derechos fundamentales. Este autor, sostiene que Elías Díaz ha pretendido definir este modelo a partir de tres elementos: <<a) imperio de la ley (entendida como expresión de la voluntad general), b) Los derechos del hombre, y c) principio democrático (13).¹²⁵. Para un mayor análisis de la significación del Estado Democrático de Derecho, será necesario analizar estos elementos, partiendo del pensamiento de Elías Díaz, interpretado por Alarcón.

En cuanto al elemento del <<*reino de la ley*>>. Alarcón, en la línea de razonamiento de Laporta, sostiene que este elemento debe reflexionarse (13): a) El imperio de la ley, formalmente, es observado cuando se respeta un reducido número de principios jurídicos; b) El imperio de la ley puede convivir con un Estado de Derecho injusto y no democrático; c) El imperio de la ley es una condición necesaria para la realización de valores ético-políticos en la práctica constitucional.¹²⁶.

Es una cuestión, no discutible que la ley suele generar situaciones injustas; en razón que la ley suele expresar la voluntad general o lógica de las mayorías. Pero esta voluntad de las mayorías, afectara la libertad de las minorías: que están en posición de antagonismo. Sobre esta cuestión, Bentham (41), las comunidades políticas están integradas, por voluntades e inclinaciones particulares, las mismas, no pueden ser unidas, atemperadas y dispuestas en solida armonía, que respondan a la constitución de una voluntad uniforme de la totalidad.¹²⁷.

¹²⁵ Alarcón Requejo, G. Ob. cit., p. 140.

¹²⁶ Ibid., p. 152.

¹²⁷ Bentham J. Fragmento sobre el gobierno España: Altamira; 1985. P, 159.

La respuesta, al origen de la injusticia en la ley, desde un punto de vista sociológico se comprende a partir: de la estructura social de la concepción de lo individual y lo social, de Weber. Según este autor —interpretado por Carruitero— la sociedad es: “un todo complejo y dinámico de interrelaciones humanas, que se caracterizan por la conducta significativa de una pluralidad de actores: ya sean de dirección, antagonismo o de cooperación” (42).¹²⁸. Esta interacción de los actores sociales, en la sociedad, provoca la ineficiencia de la ley al no poder responder a la pretensión del conjunto de conductas significativas; generándose muchas veces injusticias en contra del grupo minoritario, que vive al margen de una ley que responde a la lógica de las mayorías.

Pero este problema, no es ajeno al Estado de Derecho, pues comprende que la ley puede generar injusticias, como bien advierte Alarcón y Bentham. Sin embargo, debemos reconocer que este elemento—la ley— constituye una vía eficiente, para garantizar las libertades políticas y sociales, producto de la conquista humana.

Con las circunstancias negativas que rodean al imperio de la ley. Este elemento debe encontrar una significación especial, en el Modelo del Estado de Derecho. Esto es, la ley, para que encuentre legitimidad debe responder a la exigencia ético-política: de la democracia y los derechos fundamentales, a través de la argumentación e interpretación, con el objeto de proteger derechos mínimos. En esa misma línea de pensamiento, Alarcón (13) piensa que ante al poder de las mayorías, existen límites y compromisos, en el valor que posee la persona humana: calificada como ciudadano autónomo y libre, definido a través de sus derechos.

¹²⁸ Carruitero Lecca, F. Ob. cit., p. 37.

Aquello importara, la defensa de los derechos mínimos o el coto vedado ante la toma de decisiones de las mayorías.¹²⁹

El segundo elemento que analiza Alarcón del Estado Democrático de Derecho, es el ideal de los “derechos humanos”. Elemento que —para Elías Díaz— debe relacionarse con este modelo jurídico. Antes de ingresar al análisis de este elemento, cabe plantearnos: ¿Qué derechos protege el Estado Democrático de Derecho en el pensamiento de Elías Díaz?

Para Elías Díaz—interpretado por Alarcón— los derechos humanos funcionan como una condición necesaria de legitimidad y eficacia del poder político y del derecho positivo; aquello significa que el ordenamiento jurídico debe organizarse, dando prioridad a los derechos humanos frente al derecho positivo (13).¹³⁰ Y este razonamiento encuentra su justificación, porque los derechos humanos: “constituyen exigencias éticas, principios normativos y programáticos, pero por otra lado porque es básico e imprescindible su reconocimiento legal”. Por tal razón, la esencia del Estado de Derecho, permite la conjunción, entre la ley y los derechos fundamentales (13).¹³¹

Pero a los grandes aportes del Estado liberal del derecho: (protección de libertades y aspiraciones de mayor participación, libertad de religión, opinión, etc.), deben convivir con el Estado Social de Derecho, que nació, como un intento de superación del individualismo burgués. Así, el modelo del Estado Democrático de Derecho no pretende alterar los supuestos básicos económicos; sino instaurar un

¹²⁹ Alarcón Requejo, G. *Ob. cit.*, p. 148-149.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 199.

¹³¹ *Ibid.*, p. 199-200.

Estado de Bienestar: a través de la reforma de la dimensión liberal del Estado de Derecho y la dimensión social (13).¹³².

Al igual que el modelo del Estado de Derecho encuentra su origen en el contexto histórico de la declaración francesa de 1789. El modelo del Estado Social de Derecho encuentra su origen histórico en la declaración de derechos del proletariado explotado—en la Constitución de la Unión Federativa de Repúblicas Socialistas Soviéticas del 10 de junio de 1918 (43).¹³³.

También debemos agregar, la constitucionalización de los derechos laborales como consecuencia de la revolución en manos del proletariado. Dos experiencias trascendentes de este hecho son: el caso de la Constitución Alemana de Weimar [incorpora derechos laborales: (vigente desde el 11 de agosto de 1919)] y la Constitución de México [vigente desde 5 de febrero de 1917], que por primera vez incluye derechos laborales: jornada laboral, salarios mínimos (44).¹³⁴. Estos hechos, son una respuesta de rechazo a la libertad del poder estatal y el poder económico de las industrias y empresas. De ahí, que el Estado Democrático de Derecho debe buscar el control de la libertad de los poderes: mediante la reformulación de un modelo jurídico que busque el equilibrio entre la libertad y la igualdad.

Una noción reconstructiva del Estado Democrático de Derecho, a partir del elemento de los derechos del Hombre. Según Alarcón¹³⁵ (13), buscara la legitimidad vía producción democrática de la legalidad, que responda a los

¹³² Ibid., p. 203-204.

¹³³ Alexy R. Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios Colombia: Universidad Externado de Colombia; 2003. P., 34.

¹³⁴ Rendón Vásquez J. Derecho del Trabajo. Segunda ed. Lima: Grijley; 2007. P., 143-152.

¹³⁵ Alarcón Requejo, G. Ob. *cit.*, p.283.

derechos liberales, sociales e incluso abierto a nuevos derechos: propugnados como necesidades por nuevos movimientos sociales. Bajo este razonamiento, el Estado Democrático de Derecho debe responder a la exigencia ética liberal y la inclusión de la ética social. Su programa como aspiración: es el liberalismo-igualitarismo¹³⁶ (13).

Regresando al planteamiento de Elías Díaz, estudiado por Alarcón. El tercer elemento que comprende el Estado Democrático de Derecho, es la “Democracia”. Este elemento, en el análisis de Alarcón¹³⁷ (13): “el principio de la libertad para todos y por otro, la creación de las básicas condiciones sociales para la satisfacción de la necesidades reales de los menos favorecidos. Es decir, la igualdad de oportunidades, pero también el principio de la diferencia para evitar un igualitarismo uniformador”.

Hasta ahora, sostenemos que el concepto del Estado Democrático de Derecho, a partir del pensamiento de Elías, es el modelo que mayor protección otorga a los derechos humanos, por lo que nuestro ordenamiento jurídico debe organizarse conforme a este modelo jurídico (45)¹³⁸. Conforme el mandato contenido en el artículo 3° y 43° de la Constitución: este modelo, implicara la afirmación de los derechos fundamentales liberales, sociales, económicos y culturales; y cuando menos la protección de los “derechos mínimos” de los grupos que conforman una minoría frente a la lógica de la voluntad o modo de pensar de las mayorías.

¹³⁶ Ibid., p. 308.

¹³⁷ Ibid., p. 414.

¹³⁸ Quiroga Lavie H, Benedetti MA, De las Nieves Cenicacelaya M. Derecho Constitucional Argentino. Segunda ed. Santa Fe: Rubinzal y Asociados S.A; 2009. P., 64.

El concepto del derecho fundamental, en el pensamiento de Alexy, en el Estado Constitucional debe entenderse desde una concepción formal, material y procedimental. Desde la concepción formal, alude a los derechos fundamentales catalogados como tales; salvo que una disposición constitucional procesal, aluda a todos los derechos constitucionales (43).¹³⁹.

La concepción formal, de los derechos fundamentales, a partir de la idea de los catalogados expresamente como tales nos lleva a pensar que los derechos fundamentales, según nuestra constitución, vendrían hacer los comprendidos en el Capítulo I de nuestra Constitución. Mientras que los derechos como sería: el acceso a la seguridad social, previsto en el artículo 10° de la Constitución, al formar parte del Capítulo II que encuadra los derechos sociales y económicos, no podrían ser catalogados como derechos fundamentales. Este razonamiento, a juicio de Alexy, es una solución simple a la concepción del derecho fundamental. Por lo que será necesario recurrir al concepto material de los derechos fundamentales.

El concepto material del derecho fundamental: “deben representar derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo” (43).¹⁴⁰. A la luz, de este razonamiento, el acceso a la seguridad social, constituye un derecho fundamental: dado al rango y a su cualidad.

Bajo la concepción material, el acceso a la seguridad social sería un derecho fundamental; sino también, según los planteamientos del Estado Democrático de Derecho. Este modelo, elabora una concepción reconstructiva mediante la conjunción del Estado de Derecho y el Estado Social, cuyo directriz “es hacer más

¹³⁹Alexy, R. *Ob. cit.*, p. 21.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 26.

coherente la democracia buscando hacer reales e iguales las libertades y derechos civiles y políticos para todos; además del reclamo de universalizar los derechos, sociales, económicos y culturales” (13).¹⁴¹.

El tercero concepto del derecho fundamental, es la concepción procedimental. Según Alexy (43), el Poder Constituyente puede positivizar los derechos humanos para convertirlos en derecho fundamentales (concepción formal); pero esta función debe obedecer a una pretensión correctora: en el sentido de que los derechos humanos, debe constituir el núcleo central, a efectos de definir los derechos fundamentales (concepción material).¹⁴². El papel de los derechos fundamentales, tiene como uno de sus objetivos principales, asegurar que el contenido esencial de los derechos fundamentales cobre significado en todas las áreas del derecho.

En esa línea de razonamiento, debemos concluir señalando que el modelo jurídico del Estado Democrático de Derecho, contenidos en los artículo 3° y 43° de nuestra constitución vigente, es el mejor modelo que responde a la pretensión de la garantía de los derechos fundamentales: ya sean liberales, sociales, económicos, culturales; además de incluir las necesidades presentadas por los movimientos sociales.

3.3. LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

3.3.1. Algunas definiciones

Con el objeto de conocer las distintas definiciones que le otorgan al concepto: “omisiones legislativas”. Primero, vayamos por el significado del término “omisión” que le atribuye el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

¹⁴¹Alarcón Requejo, G. Ob. *cit.*, p. 211.

¹⁴² Alexy, R. Ob. *cit.*, pp. 30-31.

Para la RALE (46), el término “omisión” tiene 3 acepciones: 1. Abstención de hacer o decir, 2. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado, y 3. Flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto.

De las acepciones de la palabra “omisión”, pensamos, que la definición de la omisión legislativa sería entendida como la abstención de hacer, de parte de la entidad encargada competente (poder legislativo), en legislar o expedir documentos normativos. Empero, esta definición solo ha surgido a partir de las acepciones del término “omisión”, que le atribuye la RALE. Pero ello no basta, para poder definir el concepto de la “omisión legislativa”. Siendo así, pasemos a citar las opiniones de los estudiosos, sobre nuestro asunto.

Según Bulnes (47) “la omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional”¹⁴³. De la definición de esta autora, se advierte que identifica a un “órgano competente” quien estaría obligado a desarrollar una disposición o precepto constitucional.

Para Báez Silva (48), entiende que estamos ante una omisión del legislador, cuando se pretende identificar que el poder legislativo no ha expedido textos normativos con el carácter de leyes, cuando era probable que lo hiciera¹⁴⁴.

¹⁴³ Bulnes Aldunate L. La Inconstitucionalidad por omisión. Estudios Constitucionales. 2006;(1). P, 252.

¹⁴⁴ Báez Silva C. La omisión Legislativa y su Inconstitucionalidad en Mexico. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 2002;(105). P., 396.

Otra de las definiciones interesantes, es la expuesta por Villaverde (3): el silencio del legislador, es la abstención de hacer algo para la que es competente, y que esta competencia es atribuida por la Constitución¹⁴⁵.

En ese orden de ideas, entendemos, que estamos ante la omisión legislativa, cuando identificamos la abstención de hacer algo por parte del órgano estatal competente—Poder Legislativo— facultado por la Constitución.

Fernández Segado (49), la omisión legislativa no siempre será un modo reconducible de un “no hacer”; sino no hacer aquello a lo que de forma concreta se estaba obligado; entendida como una exigencia constitucional de acción.¹⁴⁶

En ese orden de pensamiento habría que preguntarse: ¿quién es el facultado, para expedir leyes? y ¿de dónde emana la facultad de expedir leyes? En nuestro caso, nuestra constitución vigente, en su artículo 102°: son atribuciones del congreso (50): 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes, 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. 3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.

Si razonamos que “las normas constitucionales son de competencia porque ellas habilitan (limitan o prohíben conductas) a sus destinatarios (los órganos públicos del Estado y los habitantes de la Nación)” (45).¹⁴⁷. Entonces, del texto del artículo 102° de la Constitución vigente, se advierte que la constitución al distribuir las competencias: le ha otorgado facultad o competencia de expedir leyes, al Poder

¹⁴⁵ Villaverde Menéndez, I. Ob. cit., p. 49.

¹⁴⁶ Sagues, Bidart Campos, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, Bazán. Inconstitucionalidad por omisión Bogotá: Temis S.A; 1997. P., 14.

¹⁴⁷ Quiroga Lavie, H; Benedetti, Miguel A & De las Nieves Cenicacelaya, M. Ob. cit., p. 12.

Legislativo. Y dentro de esta competencia de “poder” también le ha impuesta el “deber” de velar por la vigencia de la constitución. En ese, sentido, el Poder Legislativo, estaría en la obligación de expedir leyes, que busquen la optimización de los principios constitucionales.

A nivel jurisprudencial, en cuanto a la omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, entiende que estamos frente a este fenómeno, cuando el Poder Legislativo o alguna autoridad estatal, se abstiene, en el desarrollo normativo de la Constitución (Fundamento 25 STC N° 0013-2014-PI/TC).¹⁴⁸.

En la STC: 00014-2007-PI/TC, en su fundamento 18, el Tribunal Constitucional, hizo referencia a la falta de legislar, por parte del Poder Legislativo, cuando hacía mención a la omisión legislativa (51).¹⁴⁹.

En el fundamento 20 de la STC N° 005427-2009-PC/TC, el Tribunal Constitucional, para analizar un caso que generaba inconstitucional por omisión, cito el fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán recaída en la sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (*BVerfGE* 25, 167)¹⁵⁰. En este extracto, el Tribunal Alemán, concibe a la omisión legislativa como la falta de regulación legal, diferenciándola, de la omisión legislativa inconstitucional, generada, por la falta de regulación del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos (52).

Entonces, cuando nos referimos a la omisión legislativa debemos entenderla como la abstención o inactividad de hacer leyes que velen por el cumplimiento de los mandatos consagrados en la constitución. Este razonamiento, tiene sustento

¹⁴⁸ Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 0013-2014-PI/TC: fundamento, 25.

¹⁴⁹ Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 00014-2007-PI/TC: fundamento, 18.

¹⁵⁰ Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 005427-2009-PC/TC: fundamento, 20.

jurídico en los preceptos consagrados en el numeral “1” y “2” del artículo 102° de la Constitución vigente, citados *supra*. Así mismo, la omisión legislativa, excepcionalmente puede identificarse cuando el Poder Legislativo mediante Decreto Legislativo, haya delegado al Poder Ejecutivo, la facultad de legislar sobre determinada materia específica y en el plazo determinado; y este no haya cumplido con legislar. Conforme está consagrado, en el artículo 104° de nuestra constitución vigente.

3.4. TIPOS DE OMISIÓN LEGISLATIVA

En este apartado nos limitaremos a estudiar la tipología de la omisión legislativa: “omisión absoluta” y “omisión relativa”.

En cuanto a la tipología de la omisión legislativa, Villaverde (3), fue acuñada hace cuatro décadas por WESSEL y analizada después por MORTATI, estas son: “omisiones absolutas” o el “silencio del legislador”; y, “la omisión relativa”, o “los silencios de la ley”.¹⁵¹.

En el caso de la “omisión absoluta”, denominada por Villaverde (3)¹⁵², como el “silencio del legislador”; existe la ausencia de norma legal de forma total, de regular una determinada materia, permitida por la Constitución, generando o conservando una situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.

En cuanto a la “omisión relativa” entiende que existe la norma que pretende hacer cumplir con los permisos o mandatos previsto en la Constitución; sin embargo, la obligación de hacer, del legislador, resulta ser incompleto o defectuoso

¹⁵¹ Villaverde Menéndez, I. Ob. cit., p. 49.

¹⁵² Ibid., p. 49.

(3).¹⁵³. Como es de verse, Villaverde, con justa razón le da el nombre del “silencio a la ley”, a la también denomina “omisión relativa”: porque la omisión, proviene del enunciado jurídico contenido en una determinada disposición.

Estando a estas definiciones orientadores, resultara relevante, para el objeto de nuestra investigación, abordar someramente, cuando estamos frente a una omisión: “absoluta” y “relativa”.

3.4.1. Omisión absoluta

Según Bazán (4)¹⁵⁴, en las absolutas existe ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; así en el caso de producir una omisión absoluta cobraría relevancia para la apertura de su control, en caso de violación de un derecho fundamental consagrado en la constitución.

Para Villaverde (3)¹⁵⁵, los silencios del legislador, son silencios totales del mismo sobre determinadas materias: que pueden transformarse en omisiones absolutas, en la medida que conservan o generan situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Es decir, estamos ante un caso de omisión absoluta cuando a falta de una norma legal, se genera una situación jurídica no querida por la Constitución.

Por su parte Fernandez Segado —parafraseando a Wessel—, (49) “existe omisión absoluta, cuando falta cualquier norma aplicable al precepto

¹⁵³ Ibid., pp. 59-69.

¹⁵⁴ Bazan V. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales Bogota: Fundación Konrand Adenauer; 2014. P., 117.

¹⁵⁵ Villaverde Menéndez, I. Ob. cit., pp. 49-50.

constitucional”. Para este autor, estamos ante la omisión absoluta cuando se advierte la ausencia de norma legal, que desarrolle el mandato constitucional incondicional.

De las opiniones citadas, se verifica consenso, cuando se piensa que la omisión absoluta es producida por la ausencia total de norma legal, causando o conservando una situación jurídica contraria a la constitución. Pero este mandato constitucional debe ser imperativo, de cumplimiento incondicional, lo que significa que el legislador no podrá disponer discrecionalmente de aquel mandato; menos guardar silencio (45)¹⁵⁶.

En ese orden, sostenemos, siguiendo el pensamiento de Villaverde, que estamos frente a una omisión absoluta, cuando la inactividad del legislador, de forma total, denominada “silencio del legislador” genera o conserva situaciones jurídicas contrarias a la constitución. Pero debemos agregar a esta definición, que las situaciones jurídicas contrarias a la constitución deben entenderse cuando exista afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales. De no ser así, simplemente estaríamos, frente a una laguna del derecho. Además, que el silencio del legislador pueden provenir de principios constitucionales ya sean explícitas e implícitas.

En síntesis, la omisión absoluta, se produce, cuando la inactividad del legislador respecto al mandato de uno o más principios, es de forma total; frente a un mandato imperativo, con afectación del contenido esencial del derecho fundamental.

¹⁵⁶ Quiroga Lavie, H; Benedetti, M; De las Nieves Cenicacelaya, M. Ob. *cit.*, p., 63.

4.2. Omisión relativa

En cuanto a la “omisiones relativa”, Bazán, las denomina “pretericiones relativas”. Este autor explica, que el legislador al expedir la ley, con el objeto de obedecer el mandato constitucional, “favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros”; así el legislador, en forma no intencional, produce un resultado discriminatorio y/o arbitrario, al principio de igualdad (4)¹⁵⁷.

Para Fernández Rodríguez (53)¹⁵⁸, la omisión relativa o parcial: existe disposición legal de desarrollo, pero es insuficiente. En estos casos, existe afectación al principio de igualdad, al contemplar o favorecer a algunos grupos y no mencionar a otros, produciéndose así una conducta discriminatoria. A decir, de Fernández, estamos ante una omisión relativa, cuando se identifica a la norma de desarrollo constitucional; pero se excluye de su beneficio a determinado grupo, por condición social, raza, sexo.

Por su parte, Villaverde (3)¹⁵⁹, a “la omisión relativa”, le denomina el “silencio de la ley”. Según este autor, en estos casos, exista la conducta del legislador, de hacer cumplir los permisos o mandatos de hacer de la Constitución; sin embargo, esta actividad legislativa, resulta ser incompleta o es defectuosa.

Siguiendo, el pensamiento de Villaverde estamos frente a la “omisión relativa” o “silencio de la ley”; cuando uno o más enunciados jurídicos, que cumple con el

¹⁵⁷ Bazan, V. Ob. *cit.*, p. 119.

¹⁵⁸ Fernández Rodríguez J. La Inconstitucionalidad por omisión. Estudios Politicos. 1998;(101): p. 335-359. P., 351.

¹⁵⁹ Villaverde Menéndez, I. Ob. *cit.*, pp. 59-60.

mandato constitucional; sin embargo, este enunciado jurídico, presenta silencios en determinados extremos: que puede excluir en la distribución de las ventajas u obligaciones a ciertos grupos por condición social o sexo, con afectación al contenido esencial de un derecho fundamental.

Resulta interesante traer a colación, el planteamiento formulado por Villaverde: ¿cuál es la fuente de un deber ser contrario a la constitución, en los casos de la omisión relativa? Villaverde, identifica al “enunciado” como la fuente de un deber ser contrario a la Constitución. Pero de qué forma uno o más de un enunciado jurídico, puede ser la fuente, de la omisión relativa.

Según Villaverde (3)¹⁶⁰, del enunciado jurídico, emana una norma explícita que crea una determinada situación jurídica, que bien puede ser adecuada a la Constitución; al mismo tiempo, puede emanar una norma implícita que crea una situación jurídica contraria la norma suprema, al silenciar ese enunciado una norma explícita respecto al mandato constitucional.

En esa línea de razonamiento, cabe inferir que estaremos ante una omisión relativa, cuando el silencio que emana de uno o más enunciados jurídicos genera o conserva una situación jurídica contraria a la constitución y con afectación a contenido esencial de los derechos fundamentales, ya sea esta, de forma explícita e implícita.

¹⁶⁰ Ibid., p. 61.

3.5. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión: constituye una garantía que surge en los sentimientos del constitucionalismo (54)¹⁶¹. Este instituto, opera como una garantía para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía de la constitución: porque tiene como objeto el control del silencio del legislador y el silencio de la ley, para preservar la supremacía de la Constitución (3)¹⁶². En razón, que la Constitución no solo se vulnera, cuando se hace lo que ella prohíbe; sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga (49)¹⁶³.

Fernández Segado (49)¹⁶⁴, explica que la inconstitucionalidad por violación, por transgresión frontal, de la Constitución, tiene carácter positivo; mientras, la inconstitucionalidad por omisión, es de naturaleza negativa: toda vez, que, sobre determinada obligación de legislar, es la inacción del legislador, que provoca el vicio de la inconstitucionalidad”.

Víctor Bazán (4)¹⁶⁵: “la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador y excepcionalmente por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquella inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución”.

¹⁶¹ Tajadura Tejada J. La Inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales. La Protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea. 2002;; p. 443-465. P., 289.

¹⁶² Villaverde Menéndez, I. Ob. cit., p. 3.

¹⁶³ Sagues; Bidart Campos; Fernández Segado, et al. Ob. cit., p. 3.

¹⁶⁴ Sagues; Bidart Campos; et al. Ob. cit., p. 11.

¹⁶⁵ Bazan, V. Ob. cit., p. 103.

Según Bazán (4)¹⁶⁶, para identificar, un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, debemos analizar los siguientes presupuestos: a. Un mandato constitucional expreso, b. Que la inactuación total o actividad deficiente, genera una situación jurídica contraria a la constitución y c. Inactividad total o deficiente del poder legislativo, o ejecutivo de ser el caso, por un tiempo irrazonable.

Por otra parte Díaz, en la misma línea de pensamiento de Bazán (55)¹⁶⁷: es la inactividad legislativa, por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de modo que se impide su eficaz aplicación. Para este autor al igual que Bazán, tres serian, los elementos para definir la inconstitucionalidad por omisión. La primera: inactividad del legislador. La segunda: “normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo. Y tercero: “tiempo excesivo”.

Desde un punto de vista técnico obligacionista, sostenida por Villaverde: “Si el silencio del legislador o de sus leyes puede crear o conservar situaciones contrarias a la Constitución, se transforma en una omisión inconstitucional” (3)¹⁶⁸. Este autor, cuando analiza la cuestión desde cuando el legislador está obligado a cumplir, con el mandato constitucional. Responde: desde la entrada en vigor de la constitución (3)¹⁶⁹.

Así en cuanto a la tesis del plazo razonable, según Villaverde (3)¹⁷⁰: “la transformación de un silencio legislativo en una omisión inconstitucional se produce en el momento en que queda probada la lesión de la Constitución, y no vencido un

¹⁶⁶ Ibid., p. 103.

¹⁶⁷ Díaz Gamboa LB. La Inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los Derechos Humanos. Nueva Epoca. 2011 Junio; 17(36). P.,

¹⁶⁸ Villaverde Menéndez, I. Ob. *cit.*, p. 46.

¹⁶⁹ Ibid., p. 54.

¹⁷⁰ Ibid.

plazo decidido por el juez constitucional”. Como se de observarse, Villaverde, analiza la inconstitucionalidad por omisión, a partir de dos elementos: a) El silencio de la ley o silencio del legislado contrario a un mandato concreto de la constitución y b) Desde la entrada en vigencia del mandato constitucional.

Para Villaverde¹⁷¹, la tesis del plazo razonable es rechazada. Pues piensa que, después de haber analizado los fallos del Tribunal Constitucional Español. Casos en las cuales el juez constitucional al advertir que la conducta del legislador, ha lesionado un derecho fundamental, importaría la imposición al legislador: en regular la omisión de la ley en un plazo razonable. Y de no hacerlo, frente a una segunda impugnación de la ley lesiva, recién se declararía la nulidad del precepto normativo (3)¹⁷². Es por esta razón, que Villaverde, rechaza la tesis del plazo razonable, razonamiento, del cual somos partidarios; claro está, desde esta óptica.

Por otra parte, Bazán (4)¹⁷³ entiende al “plazo prudencial” o “plazo razonable”, como la pasividad injustificada, por un espacio temporal cuantitativamente importante. Y el análisis del plazo prudencial, dependería del derecho que haya sido obturado.

A nuestro entender, la definición del plazo razonable para Bazán caería en la discrecionalidad del juez constitucional. Porque para definir el plazo razonable o prudencial, se tendría que definir ¿Cuándo estamos ante una pasividad injustificada? y ¿Cuánto es un espacio temporal cuantitativamente importante? Pero estas cuestiones, deben tener una solución en la responsabilidad civil por

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Bazan, V. Ob. *cit.*, p. 105.

hecho del legislador, tema que ahora, no es oportuno abordar, toda vez, que esta fuera de las unidades de análisis de nuestra investigación.

Nosotros agregamos un tercer elemento “afectación al derecho mínimo del derecho fundamental”. En razón que todo derecho fundamental cuenta con un núcleo central, dentro de esta dimensión el legislador está prohibido desnaturalizar su contenido; siendo de competencia del legislador delimitarla sobre el núcleo central de un derecho fundamental. Solo frente a un caso, de afectación del núcleo central de un derecho fundamental, estaremos ante un caso de inconstitucionalidad por omisión.

Así desde la observación de Villaverde y desde los planteamientos de Bazán, se requiere el análisis de tres elementos para identificar la inconstitucionalidad por omisión: a) El mandato concreto de la Constitución; b) Que el silencio legislativo o silencio de la ley, genera una situación jurídica contraria a la constitución y c) Afectación al contenido esencial o derecho mínimo de un derecho fundamental.

CAPÍTULO IV

PENSIÓN DE VIUDEZ

4. PENSIÓN DE VIUDEZ

En este acápite, tendremos por objeto conocer la naturaleza de la pensión de sobrevivencia. Para luego alcanzar una definición de la pensión de viudez. Pasó seguido, revisaremos el tratamiento legislativo en los regímenes previsionales objeto de estudio. Seguidamente daremos un repaso por la jurisprudencia (nacional y extranjera), sobre la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho. Finalmente, plantearemos criterios, para identificar al beneficiario de la pensión de viudez.

4.1. LA SEGURIDAD SOCIAL

La locución “seguridad social”: es producto de la conciencia social del hombre. A fin de entender este concepto, recurriremos a las definiciones aportadas por los estudios de la materia.

Para Bernabé Lino¹⁷⁴ (33): “Es el sistema integrado por elementos técnicos de diferente naturaleza 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”. Para este autor, el objeto de la seguridad social será las contingencias sociales que enfrente el hombre.

Vázquez¹⁷⁵ (14): “La seguridad social integra la política social y constituye un medio (protección) de realizar su sentido: la desaparición de las desigualdades, brindar a todos los hombres la posibilidad de desarrollar su personalidad en un nivel compatible con su dignidad y el “sistema de provisiones” con que cuenta la comunidad”. A partir de Vázquez, se entiende a la seguridad social como instrumento de la política social, toda vez, que tendrá por objeto el bienestar social.

Por su parte Abanto¹⁷⁶ (32): “Asocia su idea a la redistribución de la renta, como un mecanismo solidario que permita el financiamiento de los gastos que implican estos sistemas, que no pueden ser afrontados por los destinatarios de sus beneficios, por tanto, corresponderá al Estado-y a la sociedad en conjunto-asumir dicha inversión”. A partir de este concepto, la seguridad social: se entiende como una ideología del bienestar común a cargo del Estado y la Comunidad.

Arturo Diego¹⁷⁷ (15): “Es la rama del derecho que se ocupa del hombre en general, frente a la posible ocurrencia de contingencias sociales, que comprometan todo o parte de su ingreso, y generen habitualmente cargas económicas

¹⁷⁴ Lino Chirinos B. Tratado de la Seguridad Social Buenos Aires: La Ley; 2009, p., 26.

¹⁷⁵ Vazquez Vialard A. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Octava ed. Buenos Aires: Astrea; 1999. P., 364.

¹⁷⁶ Abanto Revilla C. Manual del Sistema Nacional de Pensiones Lima: Gaceta Juridica; 2014. P., 19.

¹⁷⁷ De Diego A. Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Quinta ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 2002. P., 835.

suplementarias”. El concepto ofrecido por este autor, también, es coherente con el objeto de la seguridad social, el cual es, hacer frente a las contingencias sociales, que comprometen la capacidad económica del hombre.

Nugent¹⁷⁸ (31): “El hombre, por el solo hecho de su condición, tiene derecho a la seguridad social, si por tal entendemos la cobertura integral de los riesgos y contingencias y la garantía de los medios para el desarrollo pleno de su personalidad”.

De las concepciones presentadas por nuestros autores nos conlleva a comprender que la Seguridad Social: constituye un concepto supremo por su carácter genérico, que subordina al Sistema Nacional de Pensiones, el Sistema Privado de Pensiones y Sistema Mixto. Mientras que los regímenes previsionales; son conceptos coordinados entre si y subordinados de cada sistema de seguridad social. Entonces, al ser un concepto supremo, y por tal cualidad genérico, este debe ser entendido a partir de la ideología plasmada en el modelo jurídico adoptado.

La Seguridad Social, también ha sido materia, de regulación, por las normas internacionales:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 22° reconoce, a toda persona, como miembro de la sociedad, al derecho la seguridad social; además de la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad¹⁷⁹ (56). Según esta norma internacional, sobre derechos fundamentales, se observa que la

¹⁷⁸De Buen Lozano, N & Morgado Valenzuela, E. *Ob. cit.*, p. 616.

¹⁷⁹ Declaración de los Derechos Humanos. Artículo 22°, prescribe: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

locución “seguridad social” es categorizada a nivel de un derecho subjetivo (atributo de la persona), por tener carácter alimentario, y ser un sustituto del salario indispensable a la dignidad del hombre.

Por su parte el Convenio N° 102: “sobre la seguridad social”, denominada “norma mínima 1952”. En cuanto a las prestaciones de vejez todo miembro, como es un nuestro caso, deberá garantizar la contingencia de la vejez; más allá de una edad prescrita, la supervivencia: toda vez que la persona humana en la etapa de la vejez, no cuenta con la misma fuerza o capacidad que contaba, antes de ingresar a esta etapa de la vida (6).¹⁸⁰.

A su turno, la Convención Americana de Derecho Humanos, en su artículo 26°, en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales: compromete a los estados partes, a lograr la progresividad de plena actividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, **sociales** y, (...), en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (57).¹⁸¹.

Remitiéndonos al artículo 45° literal “h” de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a que hace mención, el artículo 26° de la Convención

¹⁸⁰ En nuestro caso, como país miembro en vigor, desde 23 de agosto de 1963, se ha aceptado como obligación las partes del Convenio, 1952 N° 102, referidas a: II (asistencia médica), III (prestaciones monetarias de enfermedad), V (Prestaciones de Vejez), VIII (Prestaciones de Maternidad) y IX (prestaciones de invalidez). Pero estas obligaciones están supeditadas a las condiciones, establecidas en virtud del párrafo 1 del artículo 3 del Convenio; por el cual, el Gobierno se acoge a las excepciones temporales que figuran en los artículos 9, d); 12,2; 15,d); 18; 2; 27,d); 48,c) y 55,d). (véase: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312247).

¹⁸¹ Según el artículo 26°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a los derechos sociales, bajo el nombre de “desarrollo progresivo”, prescribe: “Los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, **sociales** y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. [Tratado internacional, suscrito el 27 de julio de 1977]. Según Resolución Legislativa N° 27401, nuestro país, restablece la plenitud, de competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Americana de Derecho Humanos; los Estados miembros, se comprometen a desarrollar una política eficiente de seguridad social¹⁸². Este principio mecanismo de la “seguridad social”, también se encuentra plasmada en el artículo 46°, de este documento. Por el cual, los Estados miembros se comprometen facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, a fin de armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la “seguridad social”; de modo que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos (58).

En ese entender, la expresión “seguridad social” al mismo tiempo de ser un derecho fundamental, es un “instrumento de política social”. Toda vez que su objeto, es alcanzar “el bien común” de todos los integrantes del Estado frente a las contingencias sociales: no hace diferencia por la condición económica de la persona. Por otro lado, como se advirtió líneas atrás el “seguro social”: resulta ser una técnica especial de la “seguridad social” cuyo ámbito de aplicación es “la población aportante”.

Para culminar, con esta unidad de análisis, citaremos el concepto de la seguridad social de Alonso Olea (59): “Conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables”¹⁸³.

En ese sentido, será razonable conceptualizar a la “seguridad social” como un método de la política social de un Estado. Cuyo objetivo general, es la búsqueda

¹⁸² Nuestro estado, ha firmado la Carta de la Organización de los Estados Americanos, un 30 de abril de 1948, a la fecha la ratificación se encuentra vigente, véase en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

¹⁸³Olea García BA. Derecho de la Protección Social: derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales España: Thomson Reuters Proview; 2013, p. 40-

del bienestar común de los integrantes de un Estado, mediante la socialización de las contingencias sociales que son legítimas para una determinada sociedad.

4.2. LA CONTINGENCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

En este acápite, analizaremos el vocablo “contingencia” con el objeto de entender su alcance dentro de la remana de la “seguridad social”.

Desde un punto de vista gramatical, la palabra “contingencia” para la Real Academia Española¹⁸⁴ (60): a) posibilidad de que algo suceda o no suceda, b) cosa que puede suceder o no suceder y c) riesgo. De las tres acepciones, se piensa que la contingencia, hace referencia algo que pueda suceder o no, o del riesgo que puede enfrentar el hombre.

En tanto la palabra “riesgo” para la (RAE) (60):1) contingencia o proximidad de un daño y 2) cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro. Esta palabra se relaciona más, con las actividades de trabajo que implican un riesgo para el trabajador.¹⁸⁵.

Entonces, desde el punto de vista gramatical, es coherente hablar de los riesgos en los accidentes de trabajo y enfermedad profesional: en razón que el trabajador está más próximo a sufrir un daño. Y utilizaremos la palabra “contingencia social”, en el campo de la seguridad social: por ser un concepto general, que subordina a la palabra “riesgo”. Hasta aquí, contamos con el significado gramatical de la contingencia social. Ahora revisaremos algunas definiciones de los estudiosos en el tema.

¹⁸⁴ Según las acepciones definidas por la Real Academia Española.

¹⁸⁵ Ibid.

Lino Chirinos (33)¹⁸⁶, describe a la contingencia: “los hechos provocados por la fuerza humana difusa, tales como manifestaciones, huelgas, *lock out*, atentados terroristas, que pueden generar situaciones de necesidad que la persona por sí misma no está en condiciones de satisfacer”. De este razonamiento, se entiende que las manifestaciones, huelgas, atentados terroristas: son situaciones que pueden o no suceder, que escapan a la mano del hombre; pero están provocadas por el hombre. Y estas situaciones, generalmente, provocaran en el hombre, cierto estado de necesidad, en tanto comprometen la capacidad económica.

Por su parte Podetti (31)¹⁸⁷, en cuanto a la locución contingencia social: “como la diversidad de necesidades resultantes de distintas situaciones en las cuales una persona puede ser privada de sus medios de existencia o sufrir cargas particulares” (31)¹⁸⁸. El concepto que nos ofrece Podetti, es un concepto general del ofrecido por Lino Chirinos: en razón que identifica a la causa de la contingencia en cualquier situación que genere la privación de los medios económicos, la misma que provocara un estado de necesidad en el hombre.

En ese orden de ideas, se identifica que la “contingencia social” es propia de la seguridad social; mientras que la locución “riesgo social” es un concepto propio en el campo de los riesgos laborales: este último un concepto subordinado de la contingencia social.

Arturo de Diego (15)¹⁸⁹: “se denominan contingencias sociales a los eventos futuros e inciertos, que suelen comprometer la capacidad de ganancia del sujeto y provocan cargas económicas suplementarias”.

¹⁸⁶ Lino Chirinos, B.Ob. *cit.*, p. 33.

¹⁸⁷ De Buen Lozano & Morgado Valenzuela, E. Ob. *cit.*, p. 649

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ De Diego, J.A. Ob. *cit.*, p.835.

En esa línea de ideas, cabe inferir que la palabra “contingencia” significa aquella posibilidad de que algo, una cosa o un riesgo que puede suceder o no suceder. Entonces la contingencia social será aquel evento que compromete la capacidad económica del sujeto y es claro que genera “cargas”. A partir de ahí, aun surge una pregunta: ¿todo evento es una contingencia social? Para responder esta pregunta debemos tener en cuenta el significado de la palabra “social”.

Sobre la cuestión planteada en el párrafo precedente Vazquez (14)¹⁹⁰: explica que el aditamento de la palabra “social” a la palabra “contingencia”: tiene su justificación para “indicar su relación con los problemas propios de la convivencia. No le falta razón a Vasquez, toda vez que las contingencias sociales responden a la voluntad de la mayoría de acuerdo a la realidad en que viven.

En cuanto a la palabra “social” según la RAE (60): 1) Perteneiente o relativo a la sociedad, 2) Perteneiente o relativo a una compañía o sociedad, o a los socios o compañeros, aliados o confederados y 3) Dicho de un orden jurisdiccional: Competente en materia laboral y seguridad social.

Entonces la locución de la “contingencia social” vendría a ser aquellos eventos sociales, que causan en el hombre detrimento en la capacidad económica; y cada tipo de contingencia social, será creada por el propio orden social: tiempo y espacio.

4.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA

En este apartado, nos dedicaremos al estudio de la esencia y razón de ser del instituto de sobrevivencia.

¹⁹⁰ Vazquez Vialard, A. Ob. cit., p. 398.

El instituto de la pensión de sobrevivientes, nace como remedio al desequilibrio económico generado por el faltante de aporte económico del causante. Como bien sostiene Fernando (61): “El fallecimiento priva al trabajador de su capacidad de ganancia, eliminando esta fuente de ingresos de su familia”.¹⁹¹.

El concepto de la pensión de sobrevivencia para Abanto (32)¹⁹², la identifica 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.

La idea ofrecida por Abanto, de la pensión de sobrevivencia. Nos invita a reflexionar y pensar, que la finalidad de la pensión de sobrevivencia sería otorgar cierto grado de seguridad económica: a la familia del pensionista fallecido a causa de la faltante del aporte económico del pensionista. Para ratificar nuestro alcance, será necesario revisar algo de doctrina, respecto a este instituto, por parte de los estudiosos de la materia; sin antes recurrir al objeto de la seguridad social.

Hablar del fin de la seguridad social, como dice Vazquez (14)¹⁹³: es dar protección en ciertas situaciones (eventos) mediante la socialización de las <<contingencias>> que puede enfrentar el hombre. Es decir, la seguridad social surge como pretensión, a los eventos o sucesos riesgos que afecta la economía del hombre.

Líneas atraes, se precisó que la seguridad social tiene por objeto otorgar seguridad social a ciertos acaecimientos, mediante el traslado al Estado de las contingencias sociales, que para una sociedad sería legítimo de protección. Por

¹⁹¹ Fernando. Manual de Derecho de la Seguridad Social Bilbao: Universidad de Deusto Bilbao; 1984, p. 449.

¹⁹² Abanto Revilla, C. Ob. cit., p. 107.

¹⁹³ Vazquez Vialard, A. Ob. cit., p. 397.

ejemplo, en otras legislaciones, es legítimo que el Estado preste seguridad social, frente al desempleo, cosa que no sucede en nuestro ordenamiento jurídico.

Vazquez (14)¹⁹⁴, analizando el objeto de la seguridad social: la seguridad social no solo puede “socorrer” mediante una prestación en caso que se produzca el evento; sino también adoptando “medidas de prevención” en especie (casa, alimento, salud, etc.): este tipo de subsidio en especie, para este autor, tendría un efecto inmediato.

Pero también debemos tener en cuenta, que los medios que adopta cada política de Estado para atender a ciertos tipos de contingencia atenderán a los fenómenos sociales de cada sociedad y la capacidad económica que debe asumir el Estado. Toda vez, que la seguridad social tiene por finalidad prestar protección en ciertos acaecimientos, mediante el traslado al Estado de las contingencias sociales. En ese sentido, ahora debemos identificar las clases de las contingencias sociales, que acompañan a la vida del hombre.

Vasquez (14), siguiendo la idea de Aznar; clasifica las contingencias sociales: a) biológica [maternidad, vejez, desamparo por muerte], b) patológicas [enfermedad, accidentes, invalidez] y c) económico-sociales [cargas de familia, desempleo]¹⁹⁵. Bajo la misma clasificación Arturo de Diego (15)¹⁹⁶: biológicas:(maternidad, vejez, muerte); b) patológicas: (Enfermedades accidentes; riesgos del trabajo, invalidez) y c) económico sociales: cargas de familia y desempleo.

De las clasificaciones propuestas por Vasquez y Arturo de Diego, es posible inferir, que la prestación de sobrevivencia, se encarga de dar protección a las

¹⁹⁴ Vazquez Vialard, A. Ob. cit., p. 398.

¹⁹⁵ Ibid., p. 400.

¹⁹⁶ De Diego, J. Ob. cit., p. 836.

contingencias de carácter biológico: específicamente “la muerte” del pensionista, a través de una pensión de viudedad u orfandad.

La contingencia de la muerte: describe al fallecimiento de un sujeto llamado “asegurado” o “pensionista”, y este tipo de contingencia social impacta en la economía del grupo familiar, por la faltante, de quien en vida aportaba. Arturo de Diego (15)¹⁹⁷: “El fallecimiento del afiliado genera habitualmente una contingencia social al grupo familiar que tenía a cargo (...). En tal caso, una vez producido el suceso de la muerte se activara el derecho subjetivo a la seguridad social, a través de una prestación económica denominada: viudedad u orfandad.

En esa línea de pensamiento, Vázquez (14)¹⁹⁸: el deceso de la persona que era el sostén de la familia provoca un desequilibrio en ésta, al disminuir los ingresos del grupo.

Piénsese, si el asegurado o pensionista no hubiese sido el sostén económico total o absoluto de la economía de la familia, aun así, el grupo familiar sentirá la ausencia de esa cuota u aporte económico: que servía para cubrir de forma eficiente los gastos de mantenimiento de la familia. En ese sentido, al fallecimiento del asegurado o pensionista la seguridad social activa la pensión de sobrevivencia a favor de la familia.

En ese orden de ideas, la razón de ser de la prestación de sobrevivencia dice Tortuero Plaza (31)¹⁹⁹: “pretenden 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.

¹⁹⁷ De Diego, Julian A. Ob. cit., p. 894.

¹⁹⁸ Vazquez Vialard, A. Ob. cit., p. 406.

¹⁹⁹ De Buen Lozano, N & Morgado Valenzuela, E. Ob. cit., p.697.

No le falta razón a Vazquez (14)²⁰⁰, cuando sostiene que el derecho que se genera por la contingencia de la muerte, no se trasmite por causa de la muerte del afiliado titular, sino que surge en cabeza de los familiares que indica la ley. Sobre esta idea, compartimos con el autor en que el derecho a la pensión una vez producido la muerte no se trasmite dado su carácter de derecho fundamental; sin embargo, no estamos de acuerdo con que el derecho a la pensión surja en cabeza de los familiares que indica la ley. En razón, que la ley puede ser injusta al discriminar a personas que se encuentra en la misma relación, con respecto a la muerte de su pareja por razón de origen o condición social: como es el caso de las parejas supérstites de la unión de hecho propia e impropia.

Estando a las líneas expuestas, debemos advertir, que la contingencia de la muerte del pensionista o asegurado, es objeto de protección por la pensión de sobrevivencia. Este derecho también suele denominarse pensión derivada, porque proviene de la pensión de su titular<<asegurado o pensionista>>. La pensión de sobrevivencia comprende: la pensión de viudez, orfandad y ascendientes, según nuestra legislación previsional [DL 19990, D.Lg N° 1133, etc].

A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional señaló: la pensión de sobrevivencia, debe ser entendida como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental, que tiene por objeto, dar seguridad social, a aquellos, en razón de un vínculo familiar directo (62)²⁰¹. Este argumento, de la pensión de sobrevivencia es coherente con la razón de ser del instituto de la prestación de sobrevivencia.

²⁰⁰ Vazquez Vialard, A. Ob. cit., p. 477.

²⁰¹ Tribunal Constitucional Peruano. STC N°005-2004-AI/TC: fundamento, 143.

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, el instituto de la sobrevivencia: “Su aspiración es la de proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad” (63)²⁰².” Este razonamiento sigue una línea jurisprudencial. [«Sentencia Nos: C-1035/08, T-167/11, T-231/11, T-217/12, T-326/13, T-30-2013 y T-202/14»>].

En ese orden de ideas, es válido concluir que la naturaleza jurídica o razón de ser de la pensión de sobrevivencia: es la protección de la familia a través de una prestación económica o en especie: que cubrirá el faltante del aporte económico, que en vida aportaba el asegurado o pensionista.

4.4. DEFINICIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ

Para definir la pensión de viudez debemos tener en cuenta que este concepto forma parte de una de las prestaciones de la pensión de sobrevivientes: orfandad y ascendientes.

En el sub capítulo anterior, se concluyó que el objeto de la pensión de sobrevivencia es la protección a la familia del pensionista, a través de una prestación (económica o en especie), que cubra el faltante del aporte económico, que en vida aportaba.

En ese sentido, será válido pensar: si la pensión de viudez, tiene por objeto proteger a la pareja supérstite del miembro de la familia del asegurado o pensionista. Entones, es razonable pensar que la pensión de viudez no debe discriminar a la familia por su origen, menos discriminar entre las parejas supérstite por razón de su condición social. Toda vez que la pensión de viudez es un medio

²⁰² Tribunal Constitucional de Colombia. Sentencia-706/15.

por el cual se concreta la finalidad de la pensión de sobrevivencia, cuyo objeto es otorgar cierto grado de seguridad social a la familia.

En el capítulo [V] definimos a la familia como un fenómeno social que está en constante transformación, y adquiere diferentes formas en cada espacio y tiempo. Pero estas formas de familia son semejantes en cuanto se rigen por el principio de solidaridad, protección y socorro mutuo: sustancia común que se presenta en todas las formas de familia a través de la historia.

Partiendo de la definición ofrecida de la familia, será razonable reafirmar que al derivar de la pensión de sobrevivencia la pensión de viudez: esta prestación debe tener como objeto otorgar cierto grado de seguridad social, a la pareja con quien mantenía una familia el pensionista o asegurado; sin discriminar el origen de la familia, a la fecha del deceso. De tal modo, la supérstite con quien el pensionista o asegurado soportó de forma efectiva cargas: económicas, emocionales y sociales, sea quien se beneficie de la prestación.

Nuestro Tribunal Constitucional, entiende que la pensión de sobrevivencia: “es 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, (...)” (11)²⁰³. Este razonamiento, es coherente con el objeto de la pensión de sobrevivencia, conforme se viene explicando.

En ese sentido, la pensión de viudedad debe comprender a la pareja supérstite del pensionista o asegurado con quien mantenía vínculo familiar a la fecha de su fallecimiento; independientemente de su condición social, origen o

²⁰³ Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 06572-2006-PA/TC, Piura.

jurídica; es decir puede solicitar el cónyuge y la conviviente (aun así subsista el vínculo matrimonial: (ver el capítulo de la unión de hecho impropia)).

4.5. LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN 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 la STC Exp N°: 03605-2005-AA/TC.

En este caso el Tribunal Constitucional desestimo la demanda bajo los siguientes argumentos (64)²⁰⁴: 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.

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

²⁰⁴ Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 03605-2005-AA/TC. Lambayeque.

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.

En definitiva —el razonamiento del Tribunal Constitucional— recaída en la STC N° 03605-2005-AA/TC, es consecuencia de una interpretación legal sin tener en cuenta los mandatos constitucionales: Protección a la Familia, sin discriminar ningún tipo de familia (art. 4° de la Constitución); el acceso a la seguridad social en pensiones a todo individuo por el solo hecho de serlo (art. 10 de la Constitución); y el principio de igualdad (art. 2° inciso “2” de la Constitución).

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 tiene 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 (65)”²⁰⁵.

²⁰⁵ Tribunal Constitucional Peruano. STC N°09708-2006-AA/TC.

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.

Con posterioridad a las dos sentencias citadas precedentemente. Nuestro Tribunal Constitucional, en el caso Janet Rosas Domínguez contra la Oficina de Normalización Previsional. (STC N° 06572-2006-PA/TC Piura). Al analizar un caso sobre otorgamiento de pensión de viudez a favor de la conviviente supérstite concluyo que debe reconocerse la pensión de viudez a favor de las convivientes sobrevivientes (11)²⁰⁶.

Son tres los argumentos centrales, para el reconocimiento de la pensión de viudez a la conviviente: i). El artículo 53° del D. Ley N° 19990, al no comprender a las parejas de hecho supérstites, en la pensión de viudez, debe interpretarse, desde la constitución; ii). El artículo 53° del D. Ley N° 19990, resulta una inconstitucionalidad sobreviviente; iii). El artículo 117° del reglamento del T.U.O de la Ley del Sistema Privado de Administración, reconoce la pensión de viudez a las convivientes supérstites (11)²⁰⁷.

Los tres argumentos citados, fueron determinantes para sustentar que el art., 53° del Decreto Ley N° 19990 a la luz de la constitución debe considerar a la conviviente supérstite como beneficiaria de la pensiones de viudez (11)²⁰⁸. Este razonamiento, es uniforme y reiterado recientemente en los siguientes casos: (STC

²⁰⁶ Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 06572-2006-PA/TC Piura.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

N° 2263-2008-AA, STC 01632-2013-PA/TC, SCT N° 02556-2010-PA/TC, 1286-2013-PA/TC) y la Casación N° 14444-2013-Junín.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aun no se analizado un caso sobre la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho impropia. Sin embargo, existe pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, en el sentido que se le reconoce la acción de enriquecimiento indebido, dentro del supuesto de hecho previsto en el artículo 1954° del Código Civil. (Casación 253-2016-HUANUCO).

4.6. LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

En este apartado, revisaremos los fallos relacionado a la pretensión sobre pensión de viudez en la pareja de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Republica Dominicana y la Corte Constitucional de Colombia.

El Tribunal Constitucional de la Republica Dominicana (en adelante TCRD), en la sentencia TC/ 0012/12. Al discutirse el otorgamiento de la pensión de viudez de la conviviente, advirtió que el artículo 252° de la Ley N° 873, establecía una restricción respecto de las personas no casadas” (66)²⁰⁹.

En este fallo, el TCRD, concluyo que el artículo 252° de la Ley N° 873 de una interpretación de acuerdo con los principios y de acuerdo con la Constitución, el texto de la norma seria el siguiente: “Tendrá derecho a pensión el o la sobreviviente de un matrimonio o de una unión marital de hecho con por lo menos un año de

²⁰⁹ Tribunal Constitucional de la Republica Dominicana. Sentencia N° TC/ 0012/12.

duración, salvo el caso de que hayan engendrado hijos o que el fallecimiento hubiera sido causado por un accidente o por las causales del artículo 247” (66).²¹⁰.

Como es de advertir, la interpretación por parte del TCRD al igual que en nuestra jurisprudencia nacional, falla en el sentido que la interpretación deben ser resultados de la coherencia con los mandatos constitucionales.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC). Resulta de interés citar el caso sobre otorgamiento de la pensión de viudez en los casos de convivencia simultánea entre la “cónyuge” y la “compañera permanente”. (Sentencia C-1035/2008). A lo que discutiría en nuestro fuero jurisdiccional, la pensión de viudez entre el cónyuge y la conviviente en caso el asegurado o jubilado haya vivido de forma simultánea con ambas.

En este fallo, se analizó la constitucionalidad de la modificatoria del artículo 47° de la Ley 100 de 1993 que fue modificada por el artículo 13° de la Ley 797 de 2003 que dispuso: “En casos de convivencia simultánea, el privilegiado para percibir la pensión de viudez, sería el cónyuge, por ser quien, tiene el vínculo protegido por el Estado” (67).²¹¹. En este caso, que tuvo a la vista la Corte Constitucional de Colombia, se presentaron tres tesis que merecen ser citadas.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público Colombiano planteo: a).El cónyuge tiene vínculo jurídico protegido por el Estado; b).La unión libre no se puede predicar una unión libre voluntaria y responsable de un hombre y una mujer, hacer lo contrario, vulneraría la dignidad de la familia, c).No existe vulneración, al derecho

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-1035-2008.

a la seguridad social, si una persona no acredita la condición de beneficiario del causante (67).²¹².

Una segunda tesis, que sustentó la inconstitucionalidad de la norma acusada. Fue sustentada por la Universidad del Rosario: a) La norma cuestionada, establece un trato sin justificación alguna que favorece a la (el) esposa(o), menospreciando a la (el) compañero(a) permanente; b) La norma cuestionada, no supera un test estricto de proporcionalidad, dado el criterio sospechoso de **discriminación** incluido en la norma (67).²¹³.

Una tercera tesis, que planteaba la Inconstitucionalidad de la norma acusada. Fue defendida por el Procurador General de la Nación, bajo los siguientes argumentos (67)²¹⁴: a) Las familias que se conforman naturalmente deben tener igual protección que las que se constituyen por vínculos jurídicos. Este argumento, a nuestro entender responde a la razón de ser de la institución de la pensión de sobrevivencia; esto es, proteger a la familia independientemente de su origen o estructura.

Un segundo argumento, fuerte, que presentó el Procurador General de Colombia (67)²¹⁵: En caso de convivencia simultánea del causante con un cónyuge y un (a) compañera (o) permanente, resulta inconstitucional que el único beneficiario (a) de la pensión de sobrevivientes sea el cónyuge supérstite, porque eso constituye en una discriminación en contra del origen de la familia. Este argumento, a nuestro entender responde a la pretensión del mandato fundamental, que es proteger a la

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid.

familia independientemente de su forma de conformación, además de la intimidad familiar.

Seguidamente — de la sentencia en comento— la Sala Plena del Tribunal Constitucional Colombiano (67)²¹⁶ se planteó lo siguiente: Determinar si el literal “b” del artículo 13° de la Ley 797 del 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, vulneraría derechos constitucionales a la igualdad, a la seguridad social en materia pensional y la protección especial a la mujer.

Para responder, a su planteamiento, el Tribunal Constitucional Colombiano (67)²¹⁷, recordó que la pensión de sobrevivencia, se inspira en los principios: i). Estabilidad económica y social para los allegados del causante, ii) Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, iii). Principio material para la definición del beneficiario.

Así, el principio de estabilidad económica y social manda que la pensión de sobrevivientes, responda la necesidad de mantener para sus beneficiarios el mismo grado de seguridad social y económica, con que contaban en vida del pensionado fallecido (67)²¹⁸. Por este criterio, se busca otorgar cierto grado de seguridad social, frente al desequilibrio económico que enfrentará la familia, sin el aporte de quien en vida, aportaba, su objeto es contrarrestar el desequilibrio económico, causado por la muerte de quien en vida aportaba, para el mantenimiento de la familia.

El principio de reciprocidad y solidaridad busca mediante la pensión de sobreviviente, proteger a la pareja con la que compartió el compromiso de apoyo efectivo y de comprensión mutua, existente entre la pareja al momento de la

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Ibid.

muerte, independientemente se trate de la cónyuge o compañera permanente (67). Según este criterio, se otorga protección a la persona con quien el pensionista, soportaba cargas económicas, sociales, emocionales a la fecha de su deceso.

Y finalmente, el principio material referida a la convivencia efectiva al momento de la muerte, como elemento central para determinar al beneficiario de la sustitución pensional (67)²¹⁹. Según, este principio el beneficiario de la pensión de viudez, será aquella persona, que convivía efectivamente con el pensionista, independientemente del adjetivo del supérstite.

Después de abordar estos tres principios, el Tribunal Constitucional Colombiano, explica (67): “La pensión de sobrevivientes garantiza derechos constitucionales de carácter fundamental, las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con esta prestación asistencial, de ningún modo, podrán incluirse expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso, dada su especial dimensión constitucional”.²²⁰.

En ese entender, cabe inferir por nuestra parte, que la familia que se conforman por cualquiera de las vías: matrimonial, conforme a las reglas del Código Civil o de la unión de hecho (propia e impropia), no son susceptibles de tratamiento diferencial; al contrario, debe ser objeto de protección contra todo tipo de prejuicio o discriminación, por estar involucrado el derecho fundamental a la seguridad social.

Finalmente, el Tribunal Constitucional Colombiano en este caso concluyo: en caso de convivencia simultánea, tanto la compañera permanente y la cónyuge; le

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ibid.

asiste la prestación de viudez, en forma proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido.

Un segundo caso, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Colombiano, que merece traer a colación es la Sentencia T-485/2011: la pensión de sobrevivientes en los casos de convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente, rige el principio de igualdad; puesto que siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente aceptable privilegiar un tipo de vínculo específico (68)²²¹.

El razonamiento planteado por la Corte Constitucional de Colombia, es resultado de una interpretación coherente con la naturaleza de la pensión de sobrevivencia, que se estudió en el subtítulo anterior. Por el cual, la prestación de la pensión de viudez, debe corresponder únicamente, a la pareja supérstite con quien compartía cargas económicas, sociales y emocionales, a la fecha de su fallecimiento, independientemente de su situación jurídica. Y en caso, de convivencia simultánea, como plantea la CCC, la pensión de viudez tendría que dividirse de forma proporcional, respecto al tiempo de convivencia.

4.7. LA PENSIÓN: SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso: Fondo Asociación Nacional de Ex Servidores del IPSS (en adelante: “Estado peruano”), tuvo ocasión para pronunciarse sobre el contenido esencial del derecho a la pensión.

²²¹ Tribunal Constitucional de la Republica de Colombia. Sentencia T-485/2011.

En este Informe, la “Comisión Interamericana” de Derechos Humanos analizó si la reforma constitucional reglamentada en la Ley N° 28389(publicada: 17 noviembre del 2004) y la Ley N° 28449 (publicada: 30 de diciembre del 2004) —por el cual se modificaba el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530— constituyo una violación del derecho a la propiedad privada de las supuestas víctimas. Como se recordara, la Ley N° 28449, estableció, en su artículo 4° la prohibición de la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad²²².

Sobre este pronunciamiento por parte de la “Comisión Interamericana”, solo nos ocuparemos del estudio, del derecho a la pensión, calificado como derecho a la propiedad privada, por parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, por estar involucrado con nuestra variable de la pensión de viudez.

4.7.1. Derecho a la Propiedad Privada (Art. 21° de la Convención Americana)

La CIDH, a fin de resolver el “derecho a la propiedad” se planteó los siguientes temas: i). Cuestiones generales sobre la protección del derecho a la pensión bajo el artículo 21° de la Convención; ii) Las restricciones generales sobre la protección del derecho a la pensión bajo el artículo 21° de la Convención; iii) Las restricciones permisibles a los efectos patrimoniales del derecho a la pensión con la Convención; y iv) La aplicación del test al caso concreto (10)²²³.

²²² El artículo 4° de la Ley N° 28449, establece: “Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad”.

²²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 38/09.

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

Para la “Corte Interamericana” si una persona tiene la calidad de pensionista sujeta a un régimen previsional. Esta pensión de conformidad con el artículo 21° de la Convención Americana constituye un derecho a la propiedad, que ingresa a formar parte del patrimonio, claro está, para aquella persona que cumplió con los requisitos legales para acceder a una pensión (10).²²⁴.

b) Las restricciones generales sobre la protección del derecho a la pensión bajo el artículo 21 de la Convención

En cuanto a la restricción de los efectos patrimoniales de la pensión la Corte Interamericana, planteo que los montos pensionales: son susceptible de restricciones. Pero estas restricciones deben obedecer a parámetros razonables como (10): i) La restricción debe ejecutarse a través de una ley; ii) La restricción debe obedecer a un fin legítimo en el sentido de realizar un interés social o de preservar el bienestar general en una sociedad democrática; y iii) Si la restricción fue proporcional en el sentido de ser razonable para obtener dicho fin y, en todo caso, de no sacrificar la esencia del derecho a la pensión²²⁵.

c) La aplicación del test al caso concreto

La aplicación del “test” para la Corte Interamericana, importo el análisis de tres categorías: a) La Legalidad, b) Fin legítimo y c) Proporcionalidad.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Ibid.

Legalidad.- En esta primera categoría, se pensó que la restricción del derecho a la pensión, se materializó mediante la Ley N° 28389 (reforma constitucional) y 28449 (legal materializada). Este hecho de la legalidad satisface el requisito de la “legalidad” (10)²²⁶.

Fin legítimo.- El requisito del fin legítimo para la “Corte Interamericana”, se configuró con los informes actuados a nivel del Tribunal Constitucional, consistente en los Informes de la Presidencia del Consejo de Ministro, el Ministerio de Trabajo y Protección Social y el Ministerio de Economía y Finanzas (10)²²⁷. Por el cual, se informó que la pensión más alta del régimen del Decreto Ley N° 20530: es veintiséis veces mayor que la más baja (10)²²⁸. Para la Corte esta situación, condujo a que infiera que la restricción económica de la pensión, cumplía con el fin legítimo.

Proporcionalidad.- Para la “Corte Interamericana” la restricción del monto de las pensiones de los jubilados del Decreto Ley N° 20530 resultó ser proporcional, en la medida que no se afectó la esencia del derecho a recibir una pensión o fuera en abierta contradicción con las contribuciones realizadas por las víctimas mientras estaban en actividad (10)²²⁹. En ese último caso, advirtió que las víctimas efectuaron contribuciones del 6% de su salario mensual, sin haber efectuado contribuciones adicionales o especiales para obtener los beneficios de nivelación automática y progresiva, que requiere de un aporte equivalente al 38% (10)²³⁰.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Ibid.

Es evidente, que la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en cuanto al contenido esencial de los derechos fundamentales, asume, una postura desde la Teoría Relativa. Porque esta Corte Interamericana, es de la idea, que no existe afectación del contenido esencial del derecho a la pensión, cuando el legislador interviene al monto de la pensión, sin que se suprima el acceso a la pensión: esto es el núcleo duro de la pensión.

Para la Corte Interamericana, la supresión del derecho a la pensión constituye afectación al contenido esencial del derecho a la pensión; porque se afectaría, el núcleo duro del derecho a la propiedad (pensión). Sin embargo, los efectos patrimoniales de la pensión pueden ser objeto de restricción; siempre y cuando sea razonable. Hasta aquí, estamos seguros que la Corte Interamericana, acoge la Teoría Relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales.

4.8. LA PENSIÓN EN VIUDEZ EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA

4.8.1. Legislación nacional

Según nuestra legislación previsional actual, la pensión de viudez solo se reconoce al cónyuge de la familia matrimonial, regulado por el Código Civil, conforme se advierte de los textos legales, en los regímenes del Decreto Ley N° 19990: (artículo: 53° y 55°) (69)²³¹ y Decreto Legislativo N° 1133:(artículo 28° y 35° literal “a”)²³². (Ver Anexo C y D) (70).

²³¹ En cuanto a la pensión de viudez, el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, prescribe: “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 (...)”.

²³² Respecto al régimen de pensiones del personal militar y policía, el artículo 28° D.Lg, establece: “Tiene derecho a pensión de viudez el cónyuge del causante pensionista fallecido”. A su turno el artículo 35°, en cuanto a la caducidad, establece: “caduca la pensión de sobrevivientes según el caso: a) Contraer matrimonio el beneficiario de pensión de viudez”.

4.8.2. Legislación extranjera

a) España

En la legislación española la seguridad social es regulada por la Ley General de la Seguridad Social Real Decreto Legislativo 8/2015 (vigente: 30/10/2015). 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.

Así en el caso del cónyuge supérstite, solo bastara probar este estado, para su acceso (71)²³³. Mientras, que en el caso de la pensión de viudez en la pareja de hecho se exige: 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 alcanzara el 50 por ciento de la suma de los propios y de los causantes habidos en el mismo periodo (71).

Para la legislación española, a efectos de la percepción de la pensión de viudez, considera pareja de hecho la constituida con análoga relación de efectividad

²³³ Según el artículo 219°, de la Ley General de la Seguridad Social Real Decreto Legislativo 8/2015 (vigente: 30/10/2015), bajo la denominación de: Pensión de viudedad del cónyuge superviviente, establece: Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, (...), el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1 (...).

a la conyugal. El estado de conviviente, se prueba con el certificado de empadronamiento, con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años (71)²³⁴.

En los casos de parejas de hechos, con vínculo matrimonial vigente. La legislación española, ha previsto su acceso, estableciendo una condición la mediación de divorcio. Así mismo, el monto de la pensión será proporcional al tiempo de convivencia, resguardándose el 40% a favor de la cónyuge, cuando concurriese juntamente con la conviviente (ver artículo 220° numeral “2”) (71)²³⁵.

b) Legislación 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

²³⁴ Ley General de la Seguridad Social Real Decreto Legislativo 8/2015[Legislación Española]. Artículo 221.- Pensión de viudedad de parejas de hecho:

1. (...), tendría asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzara el 50 por ciento de la suma de los propios y de los causantes habidos en el mismo periodo. (...).
2. (...), se considera pareja de hecho la constituida, con análoga relación de efectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditara mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas y ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.

²³⁵ Ley General de la Seguridad Social Real Decreto Legislativo 8/2015[Legislación Española]. Artículo 220°.- Pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

2. Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derechos a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40° por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente.
3. En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98° del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el apartado anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

legislación), el tratamiento se rige por el principio de igualdad; es decir, coloca en la misma situación al cónyuge y compañera permanente (72)²³⁶.

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 (72).

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 (72). Para la legislación colombiana, no le es ajeno la convivencia simultánea entre cónyuge o compañero permanente

c) Legislación de 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

²³⁶ Sistema de Seguridad Social Integral; Colombia. Ley 100 de 1993, modificado por la Ley N° 797 del 2003.

Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagara mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicara el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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 (73).²³⁷. Además se exige haber convivido públicamente en aparente matrimonio durante por los menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento (73).

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. 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 pensionista o asegurado.

4.8. BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ

En el ámbito legislativo, dentro de nuestro ordenamiento previsional, en cuanto a la pensión de viudez, según se expuso líneas atrás, la condición jurídica

²³⁷Ley 24.241 Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, Argentina.

Artículo 53.- En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozaran de pensión los siguientes parientes del causante:

- a) La viuda
- b) El viudo
- c) La conviviente
- d) El conviviente

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que él o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por los menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando él o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgara al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

para acceder a la pensión de viudez, es tener la situación jurídica de cónyuge, de la relación jurídica matrimonial, a que se refiere el libro de familia, del Código Civil. Tal como, se revisó líneas atrás, de los textos del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1133 y el artículo 53° Decreto Ley N° 19990.

Este tratamiento legislativo de la pensión de viudez, a nuestro juicio, es injusto: toda vez que el criterio “cónyuge” no responde a la pretensión querida, por la institución de la pensión de sobrevivencia, que es proteger a la familia, conforme manda el artículo 4° de la constitución vigente. Además de los tratados internacionales, tales como: artículo 17° de la Convención Americana de Derechos Humanos²³⁸ y artículo 23° del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)²³⁹.

Asimismo, las normas internacionales sobre seguridad social tal como es el Convenio N° 102 sobre normas de seguridad social, define al término “viuda”: “designa la cónyuge que estaba a cargo de su marido en el momento de su fallecimiento”. En el mismo sentido, este Convenio, define al término “cónyuge” al cónyuge que está a cargo de su marido. De ambos enunciados, se entiende desde

²³⁸ Convención Americana de Derecho Humanos, en cuanto a la protección a la familia, prescribe en el artículo 17°: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requerida para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”. Nuestro país, ha firmado este convenio, un 27 de julio de 1977, ratificado con fecha 07 de diciembre de 1978, vigente a la fecha (véase en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm).

²³⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto a la familia, en el artículo 23°, textualmente señala: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho al hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. En el caso peruano, este tratado internacional, fue firmado el 11 de agosto de 1977; y, ratificación 28 de abril de 1978 (véase: <http://www.acnur.org/nuevaspaginas/tablas/tabla6.htm>).

un enfoque material del Derecho, que la prestación de sobrevivencia, busca proteger a la pareja con quien efectivamente el causante constituyo una familia.

En cuanto a la situación de la pareja supérstite de hecho, en el acceso a la pensión de sobrevivencia. La Recomendación N°67 de la OIT, en su artículo 13° numeral 1) dispuso: a) Las prestaciones de sobrevivientes deberían pagarse: a) a la vida del asegurado; (...); c) en las condiciones determinadas por la legislación nacional, a la mujer que no estando casada haya cohabitado con el de cujus.

Sobre el problema, que nos ocupa, la Corte Constitucional de Colombia, para identificar el contenido constitucional de la pensión de sobrevivencia, recurre a tres principios: 1) principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, 2) principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: y 3) principio material (67)²⁴⁰.

A nuestro entender, estos principios, responde de forma coherente a la razón de ser, de la institución de la pensión de sobrevivencia, el cual, es otorgar protección a la familia del asegurado o pensionista fallecido, conforme se explicó, líneas atrás. Y en los casos de la pensión de viudez, será la paraje supérstite, quien convivía efectivamente conformando una familia, con el causante.

En ese sentido, es razonable pensar que ni la cónyuge, ni quien tiene hijos con el asegurado pensionista fallecido; puede desplazar, en el derecho a la pensión de viudez; a la pareja con quien ha convivido de forma permanente y efectiva con el titular de la pensión a la fecha de su fallecimiento. Pensar en que únicamente la cónyuge integrante de la familia matrimonial, tendrá derecho a la pensión de viudez

²⁴⁰ Corte Constitucional de la Republica de Colombia. Sentencia C-1035-2008.

implica un razonamiento forzado, del todo prejuicioso, por no decir una interpretación literal restrictiva de derechos.

En la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional, al momento de resolver la pensión de viudez de la pareja de hecho propia [STC N° 6572-2007-PA/TC]: concluyo que el artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 debe comprender como beneficiaria de la pensión de viudez a la pareja de la unión de hecho propia (11)²⁴¹. Este razonamiento, actualmente, es reiterado y uniforme, en los casos: (Exp. N° 2263-2008-AA (74)²⁴², Exp. N° 01632-2013-PA/TC (75)²⁴³, Exp. N° 02556-2010-PA/TC (76)²⁴⁴, y Exp. N° 1286-2013-PA/TC (77)²⁴⁵).

Recientemente a nivel administrativo, el Tribunal Administrativo Previsional, aprobó precedente administrativo vinculante, contenido en la Resolución N° 0001095-2016-ONP/TAP, estableciendo la condición de la inscripción en el registro personal, de la declaración judicial o vía notarial de la unión de hecho, para acceder a la pensión de viudez (12)²⁴⁶.

La interpretación del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 por parte del Tribunal Constitucional, si bien reconoció la pensión de viudez a la pareja de la unión de hecho propia: decisión que es correcta constitucionalmente hablando. Empero, el error en que incurrió el Tribunal Constitucional, en este caso, radica en que primero concluye que el Estado y la Sociedad deben proteger a cualquier tipo de familia. Hasta ahí es correcto (fundamento 11, de la STC 06572-2007-PA/TC) (11)²⁴⁷. Pero luego se esfuerza, en desconocer la calidad de familia a la unión de

²⁴¹ Tribunal Constitucional Peruano. Exp N°6572-2007-PA/TC.

²⁴² Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N°2263-2008-AA.

²⁴³ Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 01632-2013-PA/TC.

²⁴⁴ Tribunal Constitucional Peruano. Exp N°02556-2010-PA/TC.

²⁴⁵ Tribunal Constitucional Peruano. Exp N°1286-2013-PA/TC.

²⁴⁶ Tribunal Administrativo Previsional Peruano. Resolución N° 0001095-2016-ONP/TAP.

²⁴⁷ Tribunal Constitucional Peruano. Exp N°06572-2007-PA/TC.

hecho impropia, al sostener textualmente, en el fundamento 15 de la sentencia en comento: “Estando a lo expuesto por la Constitución es claro que nos encontramos ante un concubinato en sentido estricto, puro o propio” (11)²⁴⁸.

El razonamiento del TC es prejuicioso, porque si reconocemos diversas formas de familia, según el mandato del artículo 4° de la Constitución. Entonces no es coherente concluir que la pensión de viudez solo corresponde a la pareja de la unión de hecho propia, sino también a la impropia; toda vez que estas formas de familia, responden a una ideología del rechazo al tratamiento que le otorga el Código Civil, al matrimonio. Se trata de uniones intersexuales que no habiendo disuelto su vínculo matrimonial, deciden hacer una comunidad de vida de forma estable y duradera. No debemos olvidar que en un “Estado Social y Democrático de Derecho”, las normas con rango legal deben obedecer el mandato que establece los principios constitucionales; solo así estaríamos frente a normas válidas.

Líneas atrás inferimos, que la pensión de sobrevivencia: tiene por finalidad otorgar seguridad social a la familia. En esta línea de razonamiento, la pensión de viudedad busca otorgar cierto grado de seguridad social a la pareja supérstite del asegurado o pensionista con quien mantenía vínculo familiar. (Independientemente del origen de la familia). Entonces, la definición de la pensión de viudez debe ser reformulada, atendiendo a la naturaleza de la pensión de sobrevivencia. Siendo así, la pensión de viudez: debe comprender a la pareja supérstite con quien mantenía vínculo familiar a la fecha del deceso del causante, independientemente de su condición jurídica o social.

²⁴⁸ Ibid.

Se incurriría en error, si definimos la pensión de viudez a partir de un solo tipo de familia, como sucede en nuestros regímenes pensionarios: [DL N° 19990 y D.Lg N° 1133, etc.]. Siendo así, estos regímenes deben ser reformulados de tal forma que el criterio adoptado responda a la finalidad de la pensión de sobrevivencia. Aquello significa, la inclusión a la pareja supérstite de la unión de hecho (propia e impropia). A fin de evitar que este grupo se vea impedido de acceder a la seguridad social en pensiones, cuando ocurra la contingencia de la muerte, por razón de su origen familiar.

El significado de la palabra “cónyuge”, según el Convenio N° 102. [“Sobre la seguridad social”, denominada por la Organización Internacional de Trabajo, como “norma mínima”, 1952]. Para los países miembros, como es el nuestro, está en la obligación de aplicar la parte I de este Convenio (78).²⁴⁹. En la parte I: del convenio, en cuanto al término “cónyuge” designa el cónyuge que está a cargo de su marido. En cuanto al significado del término “viuda” designa el cónyuge que estaba a cargo de su marido en el momento de su fallecimiento (78).²⁵⁰.

Nótese que los significados de los términos: “cónyuge” y “viuda”: hace mención a la persona que está a cargo de su marido. Este razonamiento, nos vincula a un criterio indicativo como es la vinculación familiar, a partir de la convivencia efectiva; lo que importaría estar frente a un criterio central para identificar a la beneficiaria de la pensión de viudez. Lo cual es coherente con la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivencia. Además nos invita a reflexionar sobre el concepto de cónyuge, para efectos de reconocer derechos de carácter fundamental, como es la pensión de viudez.

²⁴⁹ Organización Internacional de Trabajo. Convenio Sobre la Seguridad Social, 1952. N° 102.

²⁵⁰ Ibid.

Según los alcances del tratado citado, el sujeto beneficiario en la pensión de viudez será la pareja con quien mantiene vínculo familiar vigente o convivencia efectiva, a la fecha del fallecimiento del causante. Es decir tanto el cónyuge y la conviviente (de la unión de hecho: propia e impropia), puede acceder a la pensión de viudez.

En ese sentido la pensión de viudez, para efectos de determinar al sujeto beneficiario de la pensión de viudez, no debe discriminar a la pareja supérstite tanto de la unión de hecho propia e impropia; sino identificar a la pareja supérstite con quien el causante soportaba cargas económicas, sociales y emocionales, por medio del criterio indicativo racional y funcional: “pareja supérstite” y “convivencia efectiva a la fecha del fallecimiento”. De este modo, ambos criterios justifican la finalidad de la sobrevivencia. (Sobre la reformulación del tratamiento de la pensión de viudez, ver capítulo VIII apartado 2).

Antes de culminar, con este punto. Revisaremos las acepciones de las palabras: “cónyuge” y “matrimonio”, por tener relación directa con el tema que nos ocupa. Desde el punto de vista de la gramática, el significado de la palabra “cónyuge”, según el RAE, contiene una sola acepción. Esta acepción dice: “Persona unida a otra en **matrimonio**” (60). Entonces, según el significado de la RAE, cónyuge identifica a la persona con quien se mantiene matrimonio.

Pero, ¿qué significa estar unido en matrimonio? Según la RAE, la palabra “matrimonio” contiene cinco acepciones (60): 1. M. Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses; 2. M. En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales (...). De estas dos acepciones, podemos clasificar el

matrimonio en: según el género, en matrimonio heterosexual, matrimonio homosexual, y desde un punto de vista a partir de la situación jurídica: matrimonio de hecho y matrimonio civil.

Otras tres acepciones, que le otorga a la palabra “matrimonio”, según la RAE (60): 3.m. Pareja unida en matrimonio. 4. m.Rel. En el catolicismo, sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia; y, 5.m. Am. Fiesta o banquete con que se celebra un matrimonio. Estas acepciones, al igual que las dos primeras, se clasifican en matrimonios: de hecho o legales.

Estando a las acepciones de la RAE. El término “matrimonio” identifica a la unión de varón o mujer, o de ambos sexos, que deciden hacer vida en común. La misma que puede ser concertada mediante dos formas: hecho o legal. El primero de ellos, hace referencia a la unión de personas, mediante la concertación de las reglas de la costumbre, para hacer una vida en común. Y el segundo hace referencia, a la unión de personas mediante la ley para hacer vida en común. Al primer grupo la llamaremos el “matrimonio cultural o hecho” y el segundo el “matrimonio civil”.

En cuanto al matrimonio civil, su definición la encontramos en el artículo 234° del Código Civil que a letra dice (79):“ El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer **legalmente** aptos para ella y **formalizada** con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común”.

Respecto al “matrimonio cultural”, debemos entender a la unión de un varón o una mujer o ambos sexos mediante la concertación de los usos de la costumbre, decide hacer vida en común. Dentro de estas categorías encontramos a las uniones distintas, que rechazan el instituto del matrimonio civil, regulado por el

Código Civil como forma para constituir una familia; tales como la unión de hecho propia e impropia, ya sean homosexuales o heterosexuales.

En ese sentido, siempre que hablemos de “matrimonio” para efecto de la pensión de sobrevivencia, no necesariamente debemos entender, por este término, a la unión concertada entre un varón y una mujer, sujeta a la ley civil, para hacer vida en común. Sino el matrimonio, debe ser entendido como la unión concertada entre dos personas, que deciden hacer vida en común, independientemente de su forma. En ese entender, la palabra “cónyuge” debe entenderse a partir de la acepción sustancial del matrimonio: “vida estable”, y no a partir de la forma (legal) o celebración. Estos dos conceptos: formal y material, son necesarios, para identificar a la supérstite de la pensión de viudez.

Estando a las expresiones del término “cónyuge”, cabe preguntarse: ¿Para efectos pensionarios, que criterios debe establecerse, para identificar al beneficiario de la pensión de viudez? Una respuesta inmediata, sería a la persona que tiene vínculo matrimonial legal a la fecha de fallecimiento del pensionista o asegurado. Sin embargo, este razonamiento responde a una interpretación literal; que resulta ineficiente para responder a la naturaleza de la pensión de sobrevivencia, conforme se viene explicando.

Siendo insistentes, buscar una respuesta desde el Código Civil a efectos de determinar al beneficiario de la pensión de viudez; genera un obstáculo al momento de determinar el beneficiario de la pensión de viudez, en los casos de la unión de hecho impropia. Toda vez que desde la interpretación del Código Civil, se reconoce pensión de viudez a la pareja con quien si bien mantiene vínculo matrimonial subsistente, no obstante en los hechos, no tiene una comunidad de vida estable efectiva, con el pensionista.

Así un concepto, de la palabra “cónyuge” a partir del matrimonio civil, desconocerá a los “matrimonios culturales: unión de hecho “propia e impropia” “homosexual o heterosexual”; porque las coloca en una situación de inferioridad frente al “matrimonio civil”, y una evidente desprotección del derecho a la seguridad social, que tiene carácter fundamental (ver capítulo VII: El principio del acceso a la seguridad social en pensiones). No olvidaremos, que la ley es una condición necesaria para la realización de los principios constitucionales, de ahí la reformulación de la pensión de viudez.

En ese sentido, para efectos pensionales, el beneficiario de la pensión de viudez debe comprender a la “cónyuge” y a la “conviviente: propia e impropia”, conforme el significado establecido por el Convenio N° 102 “Sobre seguridad social” (por ser una norma especial), y por ser coherente con la institución de la pensión de sobrevivencia (conforme se explicó líneas precedentes). Por el cual, el término “cónyuge” designa el cónyuge que está a **“cargo de su marido”**: nótese el concepto material de la definición cónyuge.

En ese sentido, debemos reafirmar: cuando hablamos de pensión de viudez, su beneficiario será tanto la “cónyuge” como el “conviviente”, para efectos pensionales. Esta interpretación, tiene sustento constitucional en la disposición contenida en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución vigente, por el cual, “las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados, ratificadas por el Perú” (8)²⁵¹ y el artículo 55° de la Constitución.

²⁵¹ Constitución Política del Perú. Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución vigente, que prescribe: “Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

Así la inclusión a las parejas supérstites de hecho: propia e impropia en el acceso a la pensión de viudez; resulta ser el más apropiado al momento de respetar los mandatos concretos como es el acceso a la seguridad social en pensiones (art. 10° de la Constitución), principio de protección a la familia (art. 4° de la Constitución) y principio de igualdad (artículo 2, inciso “2”). Conforme se viene sosteniendo, que la pensión de sobrevivencia tiene por objeto proteger a la familia; del mismo modo, la pensión de viudez, tiene por objeto proteger, tanto a la pareja supérstite de la familia matrimonial o de la unión de hecho (propia e impropia).

Nuestra interpretación, es resultado, sin querer, de las sugerencias de Martínez: “que la mejor opción sería conceder un tratamiento legal equivalente al matrimonio y a las parejas de hecho, porque la pensión de viudedad es una prestación fundamentada en la protección a la familia” (80)²⁵².

En esa línea de pensamiento, el sujeto beneficiario de la pensión de viudez, será quien convivía efectivamente con el pensionista o asegurado, soportando cargas: (económicas, sociales y emocionales), a la fecha de su deceso independientemente del origen familiar (civil, cultural, etc.).

²⁵² Ureña Martínez M. Pareja de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional. *Derecho Privado y Constitución*. 2015;(29): p. 386.

CAPÍTULO V

UNIÓN DE HECHO: PROPIA E IMPROPIA

5. UNIÓN DE HECHO PROPIA E IMPROPIA

En este capítulo, se estudiara la unión de hecho impropia desde un enfoque sociológico y constitucional; con el objeto de estudiar su estructura y su inclusión en el concepto de familia. En cuanto a la unión de hecho propia no existe mayor discusión —en la doctrina—en cuanto se reconocimiento como un tipo de familia.

5.1. ORIGEN DE LA FAMILIA

Dentro de este subcapítulo, se abordará dos teorías trascendentes que buscan explicar el origen de la familia, a través de las culturas antiguas.

5.1.1. La Teoría Matriarcal

En este apartado, se tendrá por objeto el estudio de la teoría matriarcal, sustentada por Lewis Henry Morgan (etnógrafo y antropólogo); el escrito del Origen de la familia, de Federico Engels (autor que recopila los estudios de Morgan) y las

investigaciones de Máximo Kovalevsky. Cabe mencionar, que nuestra delimitación encontrara su explicación en lo pertinente al origen de la familia a través de la Historia. Para ello, previamente de forma somera, revisaremos las etapas de la historia: desde el salvajismo, la barbarie y la civilización. Para luego, ingresar a la revisión de las formas de familia que precedieron a la familia monógama.

5.1.1.1. Estadios Prehistóricos de la Cultura

En los estudios de Morgan, los estadios prehistóricos de cultura: comprende las épocas: salvajismo, barbarie y civilización. Esta clasificación, según el autor, responde, al progreso de la obtención en la producción de los medios de existencia. Y la clasificación de las dos primeras etapas, es a la vez, sub clasificada en los estadios: inferior, medio y superior. Esta clasificación también, la encontramos en el escrito de Federico Engels, quien respalda su libro del Origen de la Familia, el Estado y la Propiedad Privada, en gran parte en los estudios de Morgan.

a) Salvajismo

-Estadio inferior

Denominado como la infancia, del género humano. En este estadio, según Engels (81)²⁵³: “el principal progreso de esta época es la formación del lenguaje articulado”. En este etapa, el hombre se alimentada de las plantas y raíces silvestres y vivía rudimentariamente en los árboles. Como dice Morgan (82)²⁵⁴, esta

²⁵³ Engels F. El Origen de la Familia la Propiedad Privada y el Estado. Cuarta ed. Moscú: Archivo Marx - Engels; 2012. P., 12.

²⁵⁴ Morgan LH. La Sociedad Antigua; 1877. P., 82.

etapa “puede darse por terminada con la adquisición de una subsistencia a base de pescado y el conocimiento del uso del fuego”.

Según los estudios de Morgan, esta etapa es el inicio de la humanidad. Periodo en el cual, el hombre en su estado rudimentario, sobrevive en medio de la naturaleza, aprendiendo a través del conocimiento empírico: es así, que empieza a descubrir el fuego, momento en el cual la etapa del estadio inferior del salvajismo, culmina. Cabe resaltar que la inteligencia del hombre (capacidad en la resolución de problemas), ya estaba presente en esta etapa, y esta afirmación se prueba, con el desarrollo de una subsistencia a base de consumo de pescado y el conocimiento de fuego.

-Estadio medio

El estadio medio, según Morgan (82)²⁵⁵: “Comenzó con la adquisición de una subsistencia a base de pescado y el conocimiento del uso del fuego”. Con el aprendizaje del elemento de subsistencia del pescado y el conocimiento del uso del fuego, el hombre primitivo, en esta etapa: empieza a desarrollar algunos conocimientos sobre la preparación del alimento.

En esta etapa el hombre según Morgan (82)²⁵⁶, se traslada de su lugar de morada a diferentes lugares. Como ejemplo de este estadio, identifica a las tribus de los australianos y polinesios. Estas emigraciones, de los hombres primitivos de este estadio, estarían probado según nuestro autor con el esparcimiento en todo el

²⁵⁵ Morgan, L. H. Ob. cit., p. 82.

²⁵⁶ Ibid.

continente de piedras sin pulimentar (paleolítico). [En este estadio, el hombre se describe por ser nómada].

En este atapa, habría surgido la antropofagia, como respuesta a la incertidumbre de las fuentes de alimentación (81).²⁵⁷. Es entendible que el hombre haya recurrido a la antropofagia, por una cuestión de sobrevivencia dado el estilo del hombre nómada. Durante este estadio, el hombre logra conseguir una herramienta, que la permite la obtención de alimentos, y estos instrumentos son: el arco y la flecha. Este estadio, culmina, con la invención del arco y la flecha (primeras armas) (82).²⁵⁸.

-Estadio superior

El estadio superior, inicia con la invención del arco y la flecha. Con estos instrumentos el hombre inicia a recolectar alimentos; gracias a la flecha inicia la caza de animales silvestres: permitiéndole utilizar la vestimenta, de los animales que caza (82)²⁵⁹. Así la caza, a través del arco y la flecha, se convierte en la ocupación principal del hombre primitivo.

Debe resaltarse, que el uso del arco, la cuerda y la flecha: forman instrumentos complejos, cuya invención supone larga experiencia acumulada y facultades mentales desarrolladas (81)²⁶⁰. El hombre salvaje de esta etapa, continúa desenvolviéndose para dar lugar al hombre bárbaro.

²⁵⁷ Engels, F. Ob. cit., p. 13.

²⁵⁸ Morgan, L. H. Ob. cit., p. 82.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Engels, F. Ob. cit., p. 13.

En este estadio, Morgan (82)²⁶¹: identifica en relación a la época de su descubrimiento, a las tribus Athapascan (del territorio de la había del Hudson, las tribus del Valle de Colombia y ciertas tribus de la costa de América del Norte y del Sur). Este estadio, culmina, con la invención del arte de la alfarería.

b) La Barbarie

Morgan explica que el ciclo de la barbarie se inicia con el arte de la alfarería: creación de objetos a base de barro cocido. Pero en esta etapa, el hombre aun no obtiene un alfabeto fonético y tampoco, llega a poseer el arte de la escritura. Vemos, de forma somera los estadios, que conforman la barbarie.

-Estadio inferior

El estadio inferior de la Barbarie, se inicia con la introducción del arte de la alfarería. Mediante este técnica, los barbaros, producen utensilios a base de cerámica. Morgan (82)²⁶² explica: “al tratar de fijar su término y el comienzo del estado medio, se tropieza con la dificultad de las dotaciones desiguales de los dos hemisferios, que comenzaron a influir sobre los destinos humanos después que hubo pasado el período del salvajismo”.

Frente a esta transición de identificar el inicio y el termino del estadio medio. Morgan (82)²⁶³, otorga la siguiente solución: “Para el hemisferio oriental, la domesticación de animales, y para la occidental, el cultivo del maíz y plantas

²⁶¹ Morgan, L. H. Ob. cit., p. 82.

²⁶² Morgan, L.H. Ob. Cit., p. 83.

²⁶³ Ibid.

mediante el riego, juntamente con el uso del abobe o piedra en la construcción de las casas”.

En este estadio Morgan (82)²⁶⁴: identifica a las tribus indias de Estados Unidos, al este del río Missouri, y aquellas tribus de Europa y Asia que practicaban el arte de Alfarería, pero sin poseer animales domésticos.

Como se ha podido advertir, según los estudios de Morgan, se inició el ciclo de la Barbarie con la introducción del arte de la alfarería; no se produjo de forma equivalente tanto en el Hemisferio Occidental como en Oriente, sino su aparición, dependió de los factores geográficos y el dominio del arco y la fecha.

-Estadio medio

El estadio medio de la barbarie, comenzó de distinta forma entre el hemisferio oriental y el hemisferio occidental. Así, en el Hemisferio oriental se inició con la domesticación de animales; mientras en el occidente con el cultivo a base de riego y con el empleo del adobe y de la piedra en la arquitectura (82)²⁶⁵.

Si nos preguntamos, sobre el lugar, donde se desarrolló plenamente el “estadio medio de la barbarie”. Fue el hemisferio occidental donde el estadio medio: “no fue superado en ninguna parte hasta la conquista de América por los europeos” (81)²⁶⁶. Así, dentro de este estadio, se identifica a las tribus del Nuevo Méjico, Centroamérica y Perú. Además, de las tribus del hemisferio oriental que poseyeron animales domésticos, pero sin conocer el hierro (82)²⁶⁷.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Engels, F. Ob. cit., p. 14.

²⁶⁷ Morgan, L.H. Ob. cit., p. 83.

Este estadio, tiene como termino, la función del hierro mineral, como sanciona Morgan (82)²⁶⁸.

-Estadio superior

Si nos preguntamos, en que estadio de la barbarie se encuentra los cimientos de la civilización. Según Morgan (82)²⁶⁹, la ubicamos en este estadio “con el trabajo del hierro y terminó con la invención de un alfabeto fonético y el uso de la escritura en la composición literaria”. En relación a las tribus, que representan a este estadio, se encuentran: “las tribus griegas de la Edad de Homero, a las tribus italianas, poco antes de la función de Roma, y a las tribus germánicas de la época de Cesar” (82)²⁷⁰.

c) La Civilización

El inicio del estadio de la Civilización, se inicia con el uso de un alfabeto fonético y la producción de registros literarios (82)²⁷¹.

II) Las formas de familia por Lewis Henry Morgan

Respecto a la evolución de la familia y las formas, que adquirió a través de la historia, Morgan, explica que la familia monógama y la familia patriarcal: son estructuras de familias modernas. Según, la teoría de este autor, existen formas

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid., p. 84.

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid.

primitivas de la familias, anteriores a estas; como la consanguínea, punulúa y sindíasmica.

La importancia del estudio del origen de la familia, radica en comprender su estructura en el tiempo y el espacio. De modo, que se otorgue un tratamiento jurídico constitucional, que busque proteger la familia en esencia, más allá de los conceptos formales o prejuicios.

a) La familia consanguínea

Según Morgan: esta familia estaba fundada en el matrimonio, cuya estructura estaba conformada entre hermanos y hermanas propias y colaterales en grupo: es la primera forma de familia descubierta en la malaya; y, pertenece al periodo del salvajismo (82)²⁷².

Para Morgan, el inicio del género humano, tiene su respuesta en la familia consanguínea. Este fue el cimiento del origen de la familia. Pero esta familia, con el transcurrir del tiempo dará paso a la familia punulua.

b) La familia punalúa

Este tipo de familia, estaba fundada en el matrimonio de varios hermanos (hasta el tercer grado de consanguinidad) con las esposas de los otros, en grupo; y de varias hermanas con los esposos de los otros: pertenece al periodo del salvajismo y perduro en promedio hasta la etapa superior de la barbarie (82)²⁷³.

²⁷²Ibid., p. 97.

²⁷³ Ibid.

Morgan (82)²⁷⁴: “la organización de clases a base de sexo, y la posterior y más alta organización de gentes a base de parentesco, debe ser tenida como resultante de grandes movimientos sociales elaborados inconscientemente por selección natural”. Así el origen de la raza humana, tiene su inicio en las organizaciones de clases a base de sexo. Como es propiamente la familia consanguínea y la punulua, pues su organización está conformada por la clasificación de categorías varón y mujer (82)²⁷⁵. Y estas constituyen la forma arcaica de organización de la familia.

La familia punulua, se diferencia por tener como regla absoluta la prohibición de contraer matrimonio con un miembro de su propia gens. En cuanto al linaje, se considera por línea materna, es decir los hijos pertenecen a las gens de su madre: este tipo de familia, resulta ser la extensión de la poligamia y poliandria (82)²⁷⁶.

Hablar de la descendencia en la familia punulua, importa hablar de un derecho matriarcal. Morgan (82)²⁷⁷ explica que en el grupo punulua hawaiano la descendencia era por línea femenina: la razón de este tipo de descendencia, está fundada en la imposibilidad en determinar la paternidad de los hijos.

Tanto la familia consanguínea y la punulua, son formas de familias propias del régimen del derecho materno: la razón, la descendencia era por línea femenina. Esta teoría, planteada por Morgan, tiene sustento en las investigaciones sobre el origen de la familia por Kovalevsky (83)²⁷⁸: “los pueblos semíticos y arios siguieron el mismo camino que las demás razas. Lo mismo que los habitantes de la Oceania

²⁷⁴ Ibid., p. 116.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Ibid., p. 117.

²⁷⁷ Ibid., p. 321.

²⁷⁸ Kovalevsky M. Orígenes Evolución de la Familia y de la Propiedad Barcelona: F. Granada. P., 50.

y pieles rojas comenzaron por el matriarcado: su legislación más antigua y sus leyendas populares conservan vestigios de este estado”.

Kavalevsky, afirma que “el matriarcado es la fase más antigua de la organización familiar y que el patriarcado solo aparece como la consecuencia necesaria de un orden de cosas” (83)²⁷⁹. Esta afirmación, también ya había sido señalada por Morgan (82)²⁸⁰ “originariamente no hay duda de que todo el tronco algonquino seguían la línea de descendencia femenina. (...) esta forma es la más arcaica y está más de acuerdo con las condiciones primitivas de la sociedad antigua, puede suponerse su antiguo imperio entre las gentes griegas y latinas”.

Según los estudios arrojados por Morgan (etnógrafo y antropólogo) y Kovalevsky (sociólogo), se concluye que el origen de la familia, se inició con el régimen del derecho matriarcado; y no, con la teoría del régimen de derecho del patriarcado.

Para terminar con este acápite, debemos señalar: que la disolución de la organización social, bajo el régimen del derecho materno, fue por un orden natural de cosas. Para Morgan (82)²⁸¹: “la influencia que ejercía la propiedad y el afán de transmitirla a los hijos, fueron motivos suficientes para provocar el cambio a la línea masculina”. Con la aglomeración de la riqueza y el desarrollo de la individualidad, se pierde el sentimiento del bienestar de la comunidad.

²⁷⁹ Ibid., p 36.

²⁸⁰ Morgan, L.H. Ob. cit., p. 363.

²⁸¹ Ibid., p. 370.

c) La Familia Sindiasmica

La familia sindiasmica, según Morgan (82)²⁸² se funda en la unión de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio, pero sin cohabitación exclusiva: donde la separación era por librado a la voluntad unilateral de las parejas. Este tipo de familia, no está supeditado a la voluntad de ambas partes de separarse, sino la separación es unilateral: pero ello, no debe conllevar a su falta de seriedad.

La aparición de esta forma de familia, dice Morgan (82)²⁸³ apareció al término del estadio inferior de la Barbarie y esta forma de familia, constituye el germen de la familia monógama. No cabe duda, que esta forma de familia aún se encuentra vigente, bajo la denominación de la unión de hecho. Toda vez, que la unión de hecho termina con la sola voluntad de uno de los convivientes.

Las características de esta forma de familia: ausencia en la elección de las parejas por los contrayentes, las madres eran las llamadas a concertar las parejas de sus hijos. [Nótese la ausencia del sentimiento]. Su forma de vida, era regida por el principio del comunismo, y conformaban un colectivo formado de grupos de familias (82)²⁸⁴.

Y en lo que respecta a la duración del vínculo, recaía en la voluntad de las parejas. Es decir el marido, por libre voluntad, podría romper con el vínculo, al igual que la mujer.

Más adelante, surgió un sentimiento ligado al rechazo por las separaciones de las parejas de esta forma de familia; provocando la intervención de la parentela

²⁸²Ibid., p. 97.

²⁸³Ibid., p. 456.

²⁸⁴ Ibid.

gentilicia de las parejas, que tenían por objeto la reconciliación (82).²⁸⁵. Donde el fracaso, implicaba que la esposa abandone el hogar de su marido, pero tenía la exclusividad de la tenencia de los hijos; salvo el predominio de la parentela, en la vivienda colectiva, en este caso, el esposo abandonaba el hogar, dejando la vivienda a la mujer (82)²⁸⁶.

De esta forma de familia, pareciera que el sentimiento por la orfandad de los niños, fue la causa, para la intervención de las parentelas gentilicias.

d) La Familia patriarcal

Esta forma de familia, apareció en el periodo superior de la barbarie y subsistió hasta algún tiempo después de haberse implantado la civilización.

La familia patriarcal tiene como miembro principal al sexo masculino, quien puede convivir con varias esposas —el jefe practicaba la poligamia. No obstante, la poligamia no es característica de la familia patriarcal; sino la autoridad paterna (82)²⁸⁷. Algo así como un gobernador quien cuidaba de las tierras, cultivo y manadas.

Esta clase de familia habría tenido su aparición en Roma (*pater familias*): en la instituta de Justiano, por el cual se designaba al padre como la persona quien posee los derechos; mientras que los miembros (El padre, la madre, los hijos de ambos sexos, los nietos y biznietos), solo tenían deberes (83)²⁸⁸.

²⁸⁵ Ibid., p. 457.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Ibid., p. 466.

²⁸⁸ Ibid.

La familia patriarcal tuvo escasa influencia en los destinos humanos: provocado por su falta de universalidad. En razón que, no fue lo suficientemente aceptado por la consciencia social de esta época, debido a que la autoridad paterna excedió los límites de lo razonable para caer en un exceso de dominación (82)²⁸⁹. Esta fue la razón principal, para dar paso a la familia monógama. Cabe resaltar que la familia sindiasmica, tuvo influencia en la aparición de la familia patriarcal. Toda vez, que la forma de la familia sindiasmica era constituida por parejas (varón y mujer).

Debemos destacar, siguiendo el pensamiento de Morgan (82), que este tipo de familia —patriarcal— influencio de forma general en la implementación de la familia monógama²⁹⁰. Este razonamiento también es compartido por Kovalevsky (83)²⁹¹ “la monogamia se deriva esencialmente del patriarcado: una verdad a medias”. De esta forma de familia, se observa la expresión de la individualidad en el progreso de la humanidad: expresión que se ve reflejada en las decisiones tomadas por el *pater familias* en Roma.

e) La familia monógama

La familia monógama está fundada en el matrimonio de un hombre con una mujer, con cohabitación exclusiva, su aparición tuvo escenario en el estadio superior de la barbarie (82).²⁹². Y representa a la familia propia de la civilización: moderna. La causa que dio origen a la familia monógama, fue el establecimiento

²⁸⁹ Ibid., 467.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Kovalevsky, M. Ob. cit., p.119.

²⁹² Morgan, L.H. Ob. cit., p.470.

de la herencia: (descendencia de la línea femenina a la masculina) y la acumulación de la propiedad privada: como factores iniciales de la autoridad paterna (82)²⁹³.

De las formas de familias abordadas se observa que la causa que da origen a nuevas formas de organización: son los intereses que se hacen colectivos o sentimientos colectivos de los actores sociales que están en contradicción, dirección o cooperación; estos grupos dinámicos, dan origen a nuevas formas de organización de vida como producto de la interacción. Como se puede advertir en líneas precedentes, la familia consanguínea precedió a la familia punulua; y ésta, a la familia sindiasmica; para después esta dar origen a la familia patriarcal, esta última precedió a la familia monógama.

1.2. Teoría patriarcal

Una segunda teoría que explica el origen de la familia (familia patriarcal), es la sustentada por Sumner Maine. Este autor, sostiene que el patriarcado es el origen de la familia, según los hallazgos de la cultura irlandesa y estudio de las “Leyes de los Brehones”.

Para Sumner Maine (84)²⁹⁴ el inicio o fundamento de la sociedad, en la historia primitiva, constituye la consanguinidad o el parentesco —es el lazo más antiguo de las comunidades humanas. Este planteamiento, lo sustenta en las conclusiones de sus investigaciones respecto a una porción aislada del género humano: los *uraliana*, los turcos, húngaros y los fineses”.

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ Sumner Maine SH. Las Instituciones Primitivas Madrid: La España Moderna; 1880, p. 62.

Para este autor, esta clasificación del género humano (*uraliana*, los turcos, húngaros y los finneses) presenta las siguientes peculiaridades: a) La tribu y sus subdivisiones provienen de un solo antecesor varón, b) Los descendientes provienen de un antepasado único de sangre, c) El tronco de su parentesco, en las familias, es el jefe patriarcal (84).²⁹⁵.

No obstante, el autor, reconoce que su teoría no es más que una explicación parcial, de la sumisión de los diversos grupos de parientes o formas de poder que tienen por tipo el poder patriarcal del jefe de familia. Por lo que reconoce, la limitación de sus investigaciones, y reconoce la investigación de Morgan, como una investigación parcial (84)²⁹⁶. Según esta teoría, niega que el origen de la familia, provenga del derecho materno; al ser su teoría una explicación parcial de la institución primitiva de la familia.

5.2. DEFINICIÓN DE LA FAMILIA

Con el objeto de comprender el fenómeno social de la familia. Debemos plantearnos las siguientes preguntas: ¿Qué es la familia?, ¿Es un concepto dinámico?, ¿Quién es la ciencia encargada de entender y conocer a la familia? Para nuestro cometido, será necesario discutir las posiciones de los estudiosos, sobre la materia. Antes de todo, resulta relevante identificar el origen del vocablo familia, para después poder ofrecer un concepto de la familia.

El vocablo familia, tiene su espacio y tiempo en el estadio superior de la barbarie, entre las tribus latinas. Dentro de este periodo, la palabra familia derivaba

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Ibid., p. 65.

del vocablo *famulus* (*sirviente*), y el vocablo *famulus* habría derivado de osco *famell*, que tiene la acepción de *servus*, *esclavo* (82).²⁹⁷.

En cuanto a la familia, Morgan: “es engendro del sistema social, y debe reflejar la cultura del mismo” (82)²⁹⁸. Esta definición antropológica de la familia. Según Morgan, nos hace pensar que la estructura de la familia es producto de un orden social en cada tiempo y espacio. En el sentido, que la sociedad es la que le otorga la estructura y da origen a la forma de la familia.

Durkheim, sostiene que para explicar un instituto social como es la familia se requiere estudiar el desarrollo integral a través de todas las especies sociales (85).²⁹⁹. Es decir, para comprender este hecho social previamente debemos concebirlo como una cosa; luego recurrir a la historia, a fin de estudiar este hecho social en las diversas culturas donde ha tenido desarrollo.

Entonces, será necesario identificar a las formas de la familia en que se ha desenvuelto en la historia de la humanidad, a fin de identificar el elemento sustancial de esta. Pero antes, citaremos algunos conceptos elaborados por algunos estudiosos, a fin de evaluar su propuesta.

Corral Talciani (86)³⁰⁰: “es aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo lo autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas. (...)”.

²⁹⁷ Morgan, L. H. Ob. *cit.*, p. 469.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 487.

²⁹⁹ Durkheim E. Las Reglas del Método Sociológico Mexico: Fondo de Cultura Económica; 1986, p. 197.

³⁰⁰ Corral Talciani H. Derecho y Derechos de la Familia Lima: Grijley; 2005, p. 32.

De la cita textual de Corral Talciani, uno advierte, que este autor define a la familia, asemejándose a la estructura de la familia monógama (unión intersexual). Recuérdese, en líneas atrás, se informó que una de las características de la Familia monógama es la exclusividad de la cohabitación permanente entre un varón y una mujer. Para este autor no sería familia la unión homosexual, tampoco aquella unión heterosexual sin fines de procrear. A nuestro juicio, estas uniones si son familias: porque constituyen formas de familia, que se regulan por el apoyo, afecto y solidaridad.

Con acierto Vega Mere (87), en cuanto al concepto de familia, resalta que el contenido del concepto de familia del derecho tradicional está en crisis, toda vez que excluye e ignora vivencias existenciales con potenciales consecuencias jurídicas: familias recompuestas y uniones de hecho³⁰¹. Este autor, reflexiona sobre el carácter del instituto de la familia, advirtiendo que su concepto desborda, la definición legal; pensamiento del cual somos partidarios.

En efecto como sostiene Vera, el concepto de familia tradicional que reglamenta el Código Civil ignora los diversos tipos de familias que presenta la cultura. Esta afirmación cobra veracidad, con solo observar el Libro III del Código Civil. De cuyo contenido se advierte que el legislador solo ha regulado las consecuencias jurídicas de la familia civil. A la fecha ha transcurrido, más de 30 años desde su vigencia. Sin embargo, pese a que la constitución vigente reconoce a la familia, como un instituto natural (art. 4° de la Constitución), el mismo que merece “protección”. Nuestro legislador, se ha abstenido de otorgar un tratamiento legal a estos tipos de familia.

³⁰¹ Vega Mere Y. Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Tercera ed. Lima: Morivensa SRL; 2009, p.37.

El tratamiento legislativo, de la unión de hecho, según nuestro código civil si bien hace referencia a este tipo de familia (art. 326 CC), pero lo hace de forma tangencial. Recientemente, siendo exactos el 17 de abril del 2013, este tipo de familia mediante la vigencia de la Ley N° 30007 se le reconoce los derechos sucesorios.

Y en el caso de la familia denominada unión de hecho impropia (objeto de nuestra investigación), el legislador solo reconoce la acción de enriquecimiento indebido.

No falta razón, cuando se afirma, que el legislador ignora las diversas formas de fundar una familia; por el hecho de reconocer y regular una sola forma de familia: como es el caso de la familia regulado por el Código Civil de 1984, sin tener en cuenta los fenómenos sociales presentes, que dan origen a nuevas formas de familias. Al parecer, hasta ahora no somos capaces de entender, que existen otras formas de matrimonio, para constituir una familia, distintas al “matrimonio civil”.

Para nosotros, la ciencia llamada a comprender a la familia, es la sociología de la mano con la antropología. En ese entender, resulta un pérdida de tiempo en pretender definir un concepto de familia, a partir de las normas jurídicas; cuando se debe partir de la naturaleza cultural.

Bajo esta óptica, Navarro, Musito y Herrero advierte que la definición del vocablo familia (88)³⁰²: “el hecho de asumir una u otra definición de familia tiene también importantes implicancias, a posteriori, en la delimitación de los roles sociales, las relaciones de género o el equilibrio de poder en la familia”. Es cierto,

³⁰² Navarro I, Musito G, Herrero J. Familias y Problemas una Programa Especilizado de intervención psicosocial Madrid: Síntesis S.A; 2007, p. 4.

que a partir de los constructos jurídicos, es imposible definir la palabra familia, por ser este instituto un concepto supremo.

Como se expuso líneas atrás, el vocablo familia requiere ser definido desde la ciencia de la sociología y no a partir de normas jurídicas. Esta tesis ha sido aceptada por contados juristas. Tal es el caso de Garay, cuando sostiene que la palabra familia no puede contener una definición legal; pues tal pretendido, sería innecesaria e induciría a confusión (89)³⁰³. En efecto es correcto, sostener que resulta impertinente que el legislador defina la palabra familia, a partir de un solo modelo o estructura definido. Sino debe ser conceptualizado, desde el entendimiento de la sociología o antropología, pues ambas ciencias se encargan de dar cuenta de los fenómenos sociales.

Además, como bien sostiene Carruitero (42)³⁰⁴: “el derecho no puede ser estudiado solamente como un conjunto de leyes y como ciertas características estáticas, hay que observarlo en funcionamiento”. [Aquello significa que el derecho de familia, debe actualizarse, y regular las diferentes formas de familia].

Desde un enfoque doctrinal, algunos autores han intentado definir a la familia. Así para Minguez (90)³⁰⁵: “la familia es una institución que sirve a la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la trasmisión de los bienes por herencia”. Bajo este mismo pensamiento, Bossert y Zannoni (91)³⁰⁶: “Es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”.

³⁰³ Garay Molina AC. Custodia de los Hijos Cuando se da Fin al Matrimonio Lima: Grijley; 2009, p. 40.

³⁰⁴ Carruitero Lecca F. La Sociología del Derecho de Max Weber Lima: Jurista; 2003, p. 186.

³⁰⁵ Hinostroza Minguez A. Derecho de Familia. Segunda ed. Lima: Fecat; 1997, p. 20.

³⁰⁶ Bossert GA, Zannoni EA. Manual de derecho de familia Buenos Aires: Astrea; 2010, p. 5

Para Minguez, la familia, es un instituto el mismo que tendrá la función de regular u organizar, la procreación, educación y transmisión de bienes de los integrantes de la familia. Nótese que no excluye a las uniones por razón de sexo. Mientras que para Bossert y Zannoni si bien identifica a la familia como instituto, pero también describe su estructura a partir de los elementos: a) Unión intersexual, b) Procreación y c) Parentesco. Esta definición, presentada por Bossert y Zannoni no ingresarían las familias que deciden no ejercer su derecho de procreación; como tampoco, las uniones homosexuales que decidan hacer familia.

Desde una perspectiva sociológica, siguiendo el planteamiento de Durkheim, debemos conceptualizar la palabra familia, a partir de la naturaleza de las cosas. Para Durkheim, los hechos sociales, definidos como cosa, deben seguir el siguiente corolario (85)³⁰⁷: “ No tomar nunca como objeto, de la investigación más que un grupo de fenómenos previamente definidos por ciertas características exteriores, que les son comunes, e incluir en la misma investigación todos los que responden a dicha definición”.

Según Durkheim, toda cosa (fenómeno social) para ser estudiado, debemos identificar sus características internas presentes en todas ellas, para luego incluirlas en un concepto. De lo contrario, tardaremos años en entender que la única forma de familia, solo deriva del matrimonio civil o en todo caso, formar conceptos a partir de modelos impuestos por la ley o por la lógica de la mayoría, olvidando a las minorías.

A través de la historia, se ha podía advertir, que el concepto de familia cuenta con una estructura dinámica. Y esto se puede comprender, con las cinco formas

³⁰⁷ Durkheim E. Las Reglas del Método Sociológico Mexico: Fondo de Cultura Económica; 1986, p. 77.

sucesivas en la que se ha desarrollado la familia a través de la historia de la humanidad, según los estudios realizados por Morgan (82)³⁰⁸:

a) La familia consanguínea.-Estaba fundada en el matrimonio, cuya estructura estaba conformada entre hermanos y hermanas (hermanos propios y colaterales) en un grupo.

b) La familia punalúa.-Estaba fundada en el matrimonio de varios hermanos con las esposas de los otros, en grupo; y de varias hermanas con los esposos de los otros, en grupo.

c) La Familia Sindiásmica.-Este tipo de familia, se funda en el acuerdo de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio, pero sin cohabitación exclusiva.

d) La Familia patriarcal.-Este tipo de familia tiene como miembro principal al sexo masculino, quien asume la autoridad paterna: responsable de la administración y gobierno.

e) La familia monógama.- Fundada en el matrimonio de un hombre con una mujer, con cohabitación exclusiva.

Como es de advertir, estas cinco formas de familia son producto de cada sistema social de tiempo y espacio; y han sido estables en cuanto a la vigencia de su determinado orden social. Al parecer cada sociedad, constituye una individualidad: donde los actores sociales llegan a un acuerdo común sobre cómo organizarse. Por ejemplo, en el caso de la familia monógama responde al requerimiento de la organización y establecimiento de la acumulación de la riqueza y de la herencia. Y para que se acepte esta forma de familia, fue esa colectividad que adquirió una individualidad (consenso), para otorgarle esta forma.

Para entender como “la familia” puede ser constituida a través de diversas formas de matrimonio. Bastara recordar a las formas del matrimonio, estudiadas por

³⁰⁸ Morgan, L.H. Ob. *cit.*, p. 486.

Morgan (82)³⁰⁹: “el matrimonio en la raza humana tiene su principio en el grupo, siendo todos los varones y mujeres del mismo-excluyendo a los niños-maridos y esposas comunes; pero luego los maridos y esposas debieron pertenecer a distintas gentes; y finalmente, los matrimonios terminaron por celebrarse solamente entre un hombre y una mujer con cohabitación exclusiva”. Entonces, no se equivoca Morgan al sostener que la familia es el engendro del sistema social, y por este hecho, debe reflejar la cultura del mismo (82)³¹⁰.

Para Weber interpretado por Carruitero (42)³¹¹: “las instituciones no son entes concretos, externos al individuo sino que se designan categorías de interacción humana en relación a ciertos fines” Este razonamiento, nos ayuda a explicar que cierto número de actores sociales, piensan que la forma como constituir una familia es a través del matrimonio regulado por el Código Civil; y de forma antagónica el grupo de actores sociales, que deciden de acuerdo a su modo de pensar, constituir una familia, sin la necesidad de unirse en matrimonio conforme a las reglas del Código Civil, o en algunos casos rechazando las consecuencias jurídicas del Código Civil, como es el caso de las uniones denominadas “unión de hecho impropia”.

Durkheim, en cuanto a las instituciones la describe como un hecho social entendida como (85)³¹²: “toda manera de hacer, establecida o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior; o también, el que es general en la

³⁰⁹ Ibid., p. 371.

³¹⁰ Ibid., p. 486.

³¹¹ Carruitero Lecca, F. Ob. *cit.*, p. 39.

³¹² Durkheim E. Ob. *cit.*, pp. 51-52.

extensión de una sociedad determinada teniendo al mismo tiempo una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales”.

Al ser un hecho social la familia, esta institución en nuestro sistema social ejerce en el individuo una coacción exterior, en el sentido, que no debe conformar una familia contra las leyes naturales del derecho natural, como por ejemplo, la unión del padre con su hija. Aquello significa que toda persona de nuestro sistema social, puede constituir su familia, a partir de las reglas propias de su costumbre o de la ley. Pero le es reprochable, la constitución de familias, en contra de las reglas del derecho natural.

El instituto natural de la familia es un concepto supremo, a la vez, constituye un concepto dinámico. Por ejemplo, la familia, según los estudios de Morgan en la antigua civilización, era normal o natural, la conformación de la familia, entre consanguíneos (familia consanguínea). Pero, nuestro sistema social de hoy, ha cambiado la estructura de la familia. Hoy en día, para cualquier individuo, le será sancionable la conformación de una familia entre los parientes consanguíneos: el matrimonio entre hijos y padres o entre hermanos consanguíneos.

Nuestra realidad de hoy, presenta a la familia con diversos matices y formas. Ahí están las familias de la unión de hecho mal clasificadas en impropia y propia, cuando solo deben ser identificadas a partir de la convivencia estable: “*afectio maritalis*”. Dentro de este concepto, también se comprende a las familias reconstituidas, monoparentales y las familias homosexuales. La razón, todas responde a una necesidad, tener una comunidad de vida.

En esa línea de ideas, la familia, debe ser conceptuada como un fenómeno social que está en constante transformación, y adquiere diferentes formas en cada

espacio y tiempo (orden social). Y cada forma de familia, tiene su origen en el pensamiento, sentir y actuar de la conciencia colectiva de un determinado orden social: este fenómeno social, es el encargado de engendrar formas de familia. Así mismo, esta organización, se rige por el Principio de Solidaridad, protección y socorro mutuo: sustancia común que se presenta en todas las formas de familia a través de la historia.

Por lo tanto, si nos hemos impuesto la obligación de protección a la familia, aquello significara que se debe otorgar protección jurídica a las distintas formas de familia, sin discriminar entre ellas, por razón de origen, condición social u otra índole.

5.3. TIPOS DE FAMILIA

Hemos comprendido, en el acápite anterior, que la familia es un fenómeno social que está en constante transformación: concepto dinámico y supremo. Este fenómeno social, también llamado elemento social, se rige por el principio de solidaridad, protección y socorro. Entonces, dentro de este concepto debemos dar a conocer los diversos tipos de familia, presentados por la doctrina.

La clasificación que se presentara a continuación, es la presentada por Navarro, Musito y Herrero (88)³¹³.

a) Familia nuclear o matrimonial.- Familia compuesta por un hombre y una mujer, unidos mediante matrimonio, y sus hijos.

³¹³ Navarro, I; Musito, G; Herrero, J. Ob. *cit.*, pp. 15-16.

b) La cohabitación.-Se trata de la convivencia de una pareja unida por lazos efectivos, pero sin el vínculo legal del matrimonio. Se denomina también “pareja de hecho”.

c) Los hogares unipersonales.-Se trata de hogares compuestos por una sola persona.

d) Las familias monoparentales.-Es aquella constituida por un padre y una madre que no vive en pareja-entendiendo por pareja la casada o la que cohabita. Puede vivir o no con otras personas-amigos o los propios padres, y viven con al menos un hijo.

e) Las familias reconstituidas.- Se refiere a la familia que, rota después de un divorcio, se rehace con el padre y la madre que tiene a su cargo los hijos y su nuevo cónyuge.

De los cinco tipos de familias, también corresponderá citar otro tipo de familia, advertido por Vega Mere (87): “es la familia de **socorro mutuo**, conformada por personas, que sin ser de sexo opuesto, aun siéndolo, no tiene una vida íntima y confluyen como unión de asistencia, compañía, efecto y como comunidad de techo, ingresos y gastos”.³¹⁴.

De los tipos de familias, presentados precedentemente no debemos olvidarnos de la familia conformada por la unión de hecho impropia.

g) La unión de hecho impropia.- Se refiere al grupo social: donde una o ambas parejas, que, sin haber formalizado su divorcio constituye una segunda familia. Esta puede estar conformada con o sin los hijos de ellos y de ellas.

Es imposible negar la existencia de una diversidad de tipos de familias. Toda vez que cada orden social, está compuesta por actores sociales: que interactúan ya sea de forma antagónica o cooperación.

³¹⁴Vega Mere, Y. Ob. cit., p. 37.

No debemos olvidar, que la cultura es el soporte de la ley, si la ley omite la realidad terminara haciendo trizas a la ley. Tal como sucede con las familias de la unión de hecho (propia e impropia), ensambladas, monoparentales: que han optado por conformar su familia, al margen de las prescripciones del Código Civil.

En ese sentido, debemos resaltar que tampoco se puede recurrir a constructos jurídicos para definir qué tipos constituyen o no familias. Al contrario, debe recurrirse a la sociología a fin de entender la naturaleza de los fenómenos sociales, objeto de regulación. El objeto otorgarle un adecuado tratamiento a las diversas clases de familia existente en un espacio y tiempo. Toda vez que el Estado está en la obligación de proteger indistintamente de su origen los diversos tipos de familia, conforme así está consagrado en el artículo 4° de la Constitución vigente.

5.4. LA CRISIS DE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL EN PERÚ

Para plantear o sostener la crisis del matrimonio de forma objetiva. Resulta relevante, revisar las cifras estadísticas en los últimos 5 años, a fin de observar el número de personas casadas, convivientes y divorciadas a nivel de nuestro territorio nacional.

Según el último Censo Nacional 2007 XI de población y VI de vivienda, realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se tiene registrado un total de 51, 249, 25 convivientes y casados 59, 628, 64 (92)³¹⁵. Esta cifra, revela que hay un gran número de personas, que equivale a la mitad de la población que piensa, actúa y siente de distinta manera, en comparación al grupo

³¹⁵ Instituto Nacional de Estadística e Informática. Censo Nacional 2007 XI de población y VI de vivienda. Perú.

de personas casadas. Entonces, si esta es la realidad, la ley debe actualizarse al ritmo del comportamiento de los sujetos jurídicos.

Con respecto, al número de divorcios. Actualmente, según la estadística elaborada por la Sub Gerencia de Estadística del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú, se tiene que la escala de divorcio ha ido incrementándose: como prueba de esta afirmación, están los registros civiles de divorcio desde el 2011 hasta el 2015 a nivel nacional (93)³¹⁶.

Año	total de divorcios registrados a nivel nacional
2011	5625
2012	13126
2013	14103
2014	13598
2015	13757

De la tabla, se verifica que el número de divorcios en los últimos años se ha duplicado y un poco más.

En cuanto a los matrimonios registrados a nivel nacional durante el periodo: 2011 hasta el 2015 según fuente de la Sub Gerencia de Estadística del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú, se advierte que la institución del matrimonio, presenta una descendencia continua: por el periodo 2012 al 2015 (93)³¹⁷.

Año	Matrimonios registrados
2011	97693
2012	107380
2013	89763
2014	95770
2015	86191

³¹⁶ Registro Nacional de Identificación y Estado. Sub Gerencia de Estadística del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Perú..

³¹⁷ Ibid.

En cuanto la estadística de los nacidos registrados, en territorio nacional. La tasa de nacimiento, al igual que el matrimonio, va descendiendo: conforme se detalla en el siguiente cuadro (93).

Año	Nacimientos registrados
2011	794, 040
2012	698, 954
2013	666, 999
2014	668, 220
2015	652, 075

De las cifras estadísticas de las cuatro variables (divorcio, convivientes, matrimonio y natalidad), en los párrafos precedentes, se observa cambios en las formas de vida familiar. Cada vez, más personas, optan por las uniones libres (al margen de la regulación civil), para conformar su familia. También se advierte, que el registro de nacimiento va reduciéndose si bien es cierto no en gran número, pero cabe destacar su reducción es de forma continua en estos últimos cinco años.

Este fenómeno social para Vega Mere (87)³¹⁸ representa la demanda de la libertad del individuo: a) Mujeres que posponen la descendencia, por perfección profesional y personal, b) La postergación de la descendencia por las parejas, c) Movimientos feministas, d) La función educadora de la familia tradicional es sustituida por la educación escolar, universitaria y terceros, etc.

Es razonable, que las causas señaladas precedentemente constituyen expresiones de libertad. La misma, que está, generando la crisis del matrimonio civil: pero este hecho es natural. Y como bien sostiene Vega Mere (87)³¹⁹, la familia matrimonial: portadora de intereses colectivos que subordinan a los intereses

³¹⁸ Vega Mere, Y. Ob. *cit.*, p. 37.

³¹⁹ *Ibid.*

individuales, ha sido modificada su función, ahora la nueva familia tiene como objeto la realización de la personalidad de los individuos. Y este nuevo cambio, obedece a un proceso natural: no hay porque alarmarse.

Recordando a Emile Durkheim (85)³²⁰: los hechos sociales son formas de hacer, establecida o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior; independiente de sus manifestaciones individuales. Como ejemplos tenemos al Estado, el matrimonio, la religión, la sociedad y la moral. Por ahora, nos ocuparemos del hecho social del “matrimonio”.

Si concebimos al matrimonio como hecho social, y a la vez la identificamos como cosa (dato): objeto de estudio de la sociología. Este hecho social, no puede ser modificado por la sola voluntad, de un individuo (85)³²¹. En efecto, ¿Cuántos años ha tenido que pasar, para que las parejas de la unión de hecho propia, sea reconocida como familia, y otorgarle derechos sucesorios? A nivel legislativo, con la dación de la Ley N° 23007, se reconoce derechos sucesorios; y, en tema pensional (viudez), recientemente mediante doctrina jurisprudencial, se reconoce el acceso a una pensión de viudez en la pareja de la unión de hecho propia: (STC N° 06572-2006-PA/TC) (11)³²². No obstante este número de familias, conformada por la unión de hecho, se mantiene en gran número hoy en día.

Hace 10 año atrás, el Tribunal Constitucional en la STC N° 03605-2005-PA/TC (8 de marzo, del 2007) —el caso de Irma Doris Anaya Cruz (en su condición de viuda) contra el Gobierno Regional de Lambayeque— sobre otorgamiento de pensión de viudez. Interpreto el artículo 4 ° de la Constitución Política, otorgándolo

³²⁰ Durkheim, E. Ob. cit., p. 51.

³²¹ Ibid., p. 69.

³²² Tribunal Constitucional Peruano. Exp N°: 06572-2006-PA/TC, fundamento 39.

un sentido puramente moralista. En este caso, se reconoció a la unión de hecho como familia, pero fue la máxima de la moral (matrimonio civil), quien se impuso ante Tribunal Constitucional, y lo obligo a entender que el matrimonio civil es la única forma de constituir una familia, digna de protección jurídica.

La STC N° 03605-2005-PA/TC, es un caso que representa la fuerza coercitiva y coactiva de un hecho social como es el “matrimonio civil”. Por su influencia externa, en el individuo social. Veamos ahora, como es que la moral del matrimonio estableció las siguientes reglas, para imponerse, sobre la unión de hecho o matrimonio de hecho y colocarla en una situación de inferioridad.

a) No se puede tratar por igual al matrimonio y la uniones de hecho, por ser situaciones disimiles; b) El art. 53° del D. L N° 19990, establecen tener la calidad de cónyuge, a partir de la celebración del matrimonio civil; c) La interpretación del artículo 5° de la constitución, significaría generación del régimen de la sociedad de gananciales, mas no generación de derechos pensionarios (64)³²³.

Las tres reglas —establecidas por el Tribunal Constitucional— para denegar la pensión de viudez a las parejas de hecho. No es más, que la imposición arbitraria del matrimonio civil (“la máxima moral en su expresión”). No le falta razón a Durkheim (85)³²⁴: “nos apasionamos por nuestras creencias políticas y religiosas, por nuestras prácticas morales, mucho más que por las cosas del mundo físico; después, este carácter pasional se comunica a la manera en que concebimos y nos explicamos las primeras. (...), y adquieren así tal autoridad que no soportan contradicción”.

³²³ Tribunal Constitucional Peruano. Exp N°: 03605-2005-PA/TC.

³²⁴ Durkheim, E. Ob. *cit.*, p. 74.

Este fallo que trajimos a colación es una prueba de la reacción del matrimonio, al final se impuso, y dijo que nadie puede arrebatarse la posición que ocupa en la sociedad, y aquella idea que se oponga debía ser rechazada. Y en efecto sucedió así, el Tribunal Constitucional, preso de la moral no administro justicia.

Años después (2006), esta idea fue superada por el Tribunal Constitucional, con la expedición de la STC N° 06572-2006-PA/TC Piura, en el caso Janet Rosas Domínguez contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), sobre pensión de viudez a favor de la concubina supérstite de la unión de hecho propia (11).

No se puede imponer un modelo único y permanente: todo es dinámico y está en constante transformación. Al contrario, como bien reflexiona Carruitero (42)³²⁵, al estudio de las características legales del derecho, se debe agregar, el estudio de los comportamientos efectivos de los sujetos jurídicos.

El derecho, según Carruitero (42)³²⁶, debe: “responder a un modelo extensible a la diversidad de culturas y lugares que hay en desarrollo en el Perú. Para ello, se deben evitar leyes importadas que no respondan a la realidad y dejar de lado en el Perú la presencia del monismo jurídico defendido por Kelsen”.

La “celebración del matrimonio” es una institución que fue impuesta por la iglesia católica, un 11 de noviembre de 1563, mediante las conclusiones plasmadas en la Sesión XXIV del Concilio de Trento, donde se aprobó el Decreto “Tametsi” (94)³²⁷. Mediante esta ley religiosa, se excluyó las diversas formas de unión que existían en aquel entonces, estableciéndose penas religiosas (excomuniación).

³²⁵ Carruitero Lecca, F. Ob. cit., p. 186.

³²⁶ Carruitero Lecca, F. Ob. cit., p. 193.

³²⁷ Latre M. El Sacramento y Ecumenico, CONCILIO DE TRENTO Barcelona: Ramon Martin Indár; 1564, pp. 273-288..

Creándose la celebración del matrimonio, como única forma de dar origen a una familia, la misma que se le otorgo la calidad de santo (94)³²⁸.

Incluso se estableció reglas dirigidas a los magistrados y autoridades para implantar la consolidación de la celebración del matrimonio (94)³²⁹. Desde aquel entonces, estas reglas estuvieron presentes en el pensamiento de nuestros legisladores, del Código Civil y en las construcciones doctrinales. De ahí, la imposibilidad de comprender las diferentes formas de matrimonio, que no sea el matrimonio civil.

Autores como Gallegos y Jara (95)³³⁰, son del pensamiento de que la forma de asegurar el normal desenvolvimiento y observancia de los fines de la familia es, el fomento del matrimonio civil, toda vez, que otorga fuerza y estabilidad a la relación entre cónyuges y sus hijos. Según el pensamiento de las autoras, la imposición de la institución del matrimonio, es el único modelo por excelencia que garantiza el desenvolvimiento y observancia de los fines de la familia. Sin embargo, este pensamiento, no tiene un respaldo objetivo; de lo contrario la cifra del matrimonio superaría en número a la familias conformada por la unión de hecho, así mismo, no tendríamos registros de divorcios.

Afirmar que el “matrimonio civil”: es el único modelo que garantiza la estabilidad de la relación entre cónyuges y entre sus hijos. Resulta un pensamiento utópico, toda vez que la sociedad está compuesta por actores sociales que interactúan en forma antagónica o de cooperación. Esto genera, que la sociedad este en constante transformación: surgen nuevos fenómenos sociales, que se

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Gallegos Canales Y, Jara Quispe RS. Manual de Derecho de Familia Lima: Jurista E.I.R.L.; 2012, p. 23.

contraponen a las instituciones sociales creados por un orden social, para dar origen a unas formas de sistemas, con sus propias instituciones sociales (formas de familia, tipo de estado, formas de gobierno entre otros.

Este proceso es natural: así lo ha demostrado la historia de la familia, según los estudios de Morgan (82). Esta organización social (familia), se ha desenvuelto de diversas formas: familia consanguínea, familia punalua, familia sindiasmica, familia patriarcal y familia monogamia³³¹.

Hoy en día, tenemos diversas formas de familia: nuclear, ensamblada, monoparental, de socorro mutuo, unión de hecho (propio e impropio), etc. Todas estas formas de familia, provienen de distintas formas de matrimonio distintas al regulado por el Código Civil. Y estas no tienen su origen, en la unión matrimonial civil. Al parecer la individualidad (realización a partir de uno) cada día se expresa con mayor naturalidad. En razón, que las personas han decidido formar sus familias, apartándose de la imposición de las reglas que conforman el libro de familia del Código Civil. Sucede que la cultura ha violado la ley, al haberla desconocido. Este razonamiento encuentra justificaciones, en las cosas reales que vivimos hoy: incremento de registros de divorcio, reducción de natalidad, descenso del registro de matrimonios.

Líneas atrás se ha descrito estadísticamente que el matrimonio civil hoy en día, constituye un medio para constituir una familia, y su número asciende al 50% de la población; siendo el otro grupo, en igual proporción conformado por la unión de hecho. Estos datos, nos permite comprender que existen diversas formas de constituir una familia. Por tal razón, el legislador debe canalizar la eficiencia de los

³³¹ Morgan, Lewis H. Ob. cit., p. 486.

derechos fundamentales, a través de la ley positiva, a fin de proteger los intereses de este sector; más aún todavía, cuando está involucrado derechos fundamentales.

5.5. LA UNIÓN DE HECHO IMPROPIA, COMO UNIÓN DE HECHO PROPIA.

En el derecho romano el concubinato era definida como la unión estable de un hombre y una mujer entre los que no existía conubium, o bien, no tenían la voluntad continua y efectiva de ser recíprocamente marido y mujer (96)³³².

Nuestra constitución vigente, en cuanto a la unión de hecho, se encuentra regulada, en el artículo 5°, a letra dice (8): “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, (...)”.³³³

A nivel legal, nuestro Código Civil en el artículo 326° del Código Civil (79)³³⁴: “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, (...)”. De este enunciado jurídico, uno advierte que el legislador se refiere a la unión de un varón y una mujer, que se encuentran libres de impedimento que establezca la ley.

³³² Arévalo Caballero W. Notas sobre la configuración de las uniones de hecho en Roma. Feminismo/s. 2006 Diciembre;(8): p. 81.

³³³ La unión de hecho, se encuentra consagrado en el artículo 5° de nuestra constitución, a letra dice: “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”.

³³⁴ El texto del artículo 326° del Código Civil, textualmente prescribe: “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 sociedades gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”.

(...).

“Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedito, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido”.

(...).

En cuanto a la unión de hecho: entre varón y mujer, con vínculo matrimonial subsistente, el legislador le reconoce la acción de enriquecimiento indebido, en caso que el interesado se considere afectado. Es el mismo artículo 326 del CC, tercer párrafo: “Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedito, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido”.

Del texto jurídico, del artículo 326° del Código Civil uno advierte, de su lectura, dos modalidades de uniones de hecho. a) Unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial; y b) Las uniones de hecho que no están libres de impedimento matrimonial.

En el caso de la unión de hecho sin impedimento le reconoce consecuencias jurídicas respecto a la sociedad de gananciales, alimentos y derecho sucesorios. En el caso de la unión de hecho, con impedimento matrimonial, se le faculta la acción de enriquecimiento indebido. Para entender este fenómeno social: unión de hecho. Será necesario evaluar dos conceptos importantes de la unión de hecho.

Andrzej Wójcik (5)³³⁵, al analizar el concepto de la unión de hecho, comprende a dos grupos de uniones: a) “La unión de hecho de un varón y una mujer que conviven *more uxorio* en una relación que goza de una cierta permanencia”: donde ambos son capaces legalmente para casarse, pero adoptan libremente una opción antimatrimonial; sin embargo viven como tales.

³³⁵ Wójcik A. La Unión de Hecho y el Matrimonio. Diferencia Antropológico-Jurídica Navarra: Universidad de Navarra; 2002, p. 223.

El segundo grupo de unión de hecho; para Andrzej Wojcik (5)³³⁶: b) Las uniones de “las personas que conviven de hecho y a la vez están ligadas a través de un vínculo matrimonial”: esta forma de unión responde a una ideología de rechazo al vínculo jurídico, y en este caso también de aquel impuesto exclusivamente por la institución del matrimonio civil.

Por su parte Belluscio (97)³³⁷: “el concubinato es la situación de hecho en que se encuentran personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio”. Cuya forma de vida, se caracteriza por la estabilidad y permanencia. Dentro del concepto de unión de hecho, Belluscio (97)³³⁸, también comprende a quienes están afectado por algún impedimento. Y la unión de hecho, entre dos personas, del mismo sexo.

En cuanto al tratamiento legislativo de la unión de hecho, reflexiona Biedma Ferrer (98)³³⁹, el matrimonio y la unión de hecho no tendría por qué equiparse; dado que la unión de hecho, no pretende asumir las consecuencias jurídicas, que derivan del matrimonio civil; sin embargo, esta unión genera consecuencias jurídicas; y como tal debe merecer un tratamiento jurídico, que no atente contra el principio de igualdad. Pero este tratamiento, no puede restringir el contenido esencial de los derechos fundamentales.

A nuestro entender la unión de hecho, es una forma de matrimonio cultural, y constituye una forma de unirse, con fines de constituir una familia en

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Belluscio AC. Manual de Derecho de Familia. Sexta ed. Buenos Aires: Astrea; 2004, p. 503.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ Biedma Ferrer JM. Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas. Universidad de Alcalá. 2011;(4): p. 199-222, p. 203.

oposición a la unión matrimonial regulada por el Código Civil. Este razonamiento, tiene explicación, en el concepto de lo individual y lo social de Max Weber.

Según Carruitero, la sociedad en el pensamiento de Max Weber (42)³⁴⁰: es un todo complejo y dinámico de interrelaciones humanas, caracterizado por la conducta significativa de una pluralidad de actores; donde estos individuos se orientan de acuerdo a múltiples ideas e intereses: estas orientaciones pueden ser de antagonismo o de cooperación.

En el caso de las direcciones de antagonismo a nuestro entender: están conformados por aquellos individuos semejantes en los modos de pensar e intereses. En el antagonismo: los actores sociales se orientan de acuerdo a valores opuestos que conviven a un orden social—grupos que constituyen su familia mediante la unión de hecho. En la cooperación: los actores sociales se orientan de acuerdo a valores e intereses semejantes— grupos que constituyen su familia mediante el matrimonio civil.

En ese entender, consideramos que la unión de hecho debe ser definida a partir de la “unión estable”, la misma que describe a un proyecto de una comunidad de vida donde un varón y mujer conciertan libremente hacer una comunidad de bienes, con responsabilidades: económicas, sociales y emocionales, de forma continua, notoria y permanente, por más de dos años continuos; aun así exista vínculo matrimonial subsistente, en uno o ambas parejas. En razón, que estas formas de unión: responde a una ideología de rechazo, al matrimonio regulado por el Código Civil y a las consecuencias jurídicas que derivan de sus reglas: constituye una idea antagónica al matrimonio

³⁴⁰ Carruitero Lecca, F. Ob. cit., p. 37.

civil. No obstante, esta forma de vida no impide el acceso al disfrute de los derechos fundamentales.

Nuestro concepto que ofrecemos es como debe ser interpretado el primer párrafo del artículo 326° del Código Civil; y el artículo 5° de la Constitución con el objeto de incluir a la unión establece con vínculo matrimonial subsistente. Por las siguientes razones:

Respecto al primer grupo, no merece mayor análisis por la uniformidad en su reconocimiento, como una forma para constituir una familia, sujeta de derechos. La dificultad para algunos será entender como la unión de personas con vínculo matrimonial subsistente, debe ser incluida en el primer párrafo del artículo 326° del Código Civil.

Este segundo grupo de unión de hecho denominada “unión impropia” con vínculo matrimonial subsistente. A nuestro entender, se encuentra “libre de impedimento matrimonial”. Por las siguientes razones.

La unión estable de hecho: entre un varón y una mujer durante más de dos años con vínculo matrimonial subsistente, genera por defecto estar incurso en la causal de separación de hecho, a que se refiere el inciso “12” del artículo 333° del Código Civil, que establece como causal de separación de cuerpos: “la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años” (79)³⁴¹. Este periodo —dos años ininterrumpidos—es determinante a nuestro criterio para extinguir el vínculo matrimonial, por la causal de separación

³⁴¹ Según el artículo 333° del Código Civil, constituye causal de separación de cuerpos, inciso “12”: “La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°”.

de hecho, independientemente de si existan menores de edad; en los supuestos de que se constituya una unión estable de hecho.

Como se sabe, la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales —conforme establece el artículo 332° del Código Civil y artículo 318° inciso “2” del Código Civil (79)³⁴². Lo que importaría que estas personas, según el tercer párrafo del artículo 339° del Código Civil, su acción de divorcio a causa de la separación de hecho de más de dos años ininterrumpidos se encuentra expedita: porque no tiene plazo de caducidad (79)³⁴³. Sin embargo, estas personas no accionarían en muchos casos, este proceder, a causa de su modo de pensar de rechazo a la insolubilidad del matrimonio civil.

Así mismo, por el periodo de separación de hecho, a *contrario sensu*, se pierde el estado constante de casados civilmente, conforme prevé el artículo 272° del Código Civil (79)³⁴⁴. Entonces esta “unión estable” con vínculo matrimonial subsistente, desde el momento en que cumplió los dos años de convivencia estable, extingue el vínculo matrimonial civil subsistente; solo quedaría los rastros de una cuestión puramente formal: que también debería quedar disuelta de forma automática, desde la declaración vía notarial o ante el poder judicial. [Para ello, se presenta el proyecto de ley, que presenta

³⁴² Según el artículo 332° del Código Civil, establece: “La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial”. Este artículo, debe ser concordado, con el artículo 318° inciso “2” del mismo cuerpo normativo, que prescribe: “Fenece el régimen de la sociedad de gananciales: a) (...), b) Por separación de cuerpos”.

³⁴³ Según el artículo 339° del Código Civil, sobre los plazos de caducidad de la acción de separación de cuerpos, en los casos de separación de hecho, en el inciso “3”, establece: “En los demás casos, la acción esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan”.

³⁴⁴ En cuanto a la posesión constante de casados, el artículo 272° del Código Civil, establece: “La posesión constante del estado de casados de los padres, constituye uno de los medios de prueba del matrimonio, si hubiesen muerto o se hallasen en la imposibilidad de expresarse o de proporcionar información”.

modificaciones al capítulo VIII, sobre declaración de la unión de hecho de la Ley N° 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos)].

En ese orden, esta forma de unión desde un concepto material debe ser entendida como una unión estable, al igual que la unión de hecho propia; en razón que su estabilidad y permanencia definen en esencia una comunidad de vida objeto de protección por el Derecho. De conformidad, con el principio protección a la familia por el cual se manda al Estado y a la Comunidad proteger a la familia, de todo peligro o perjuicio, sin discriminar por razón de origen.

Del concepto que ofrecemos, quedan excluidos los impedidos por el derecho natural, como: a). Los incapaces absolutos, a que se refiere el artículo 43° del Código Civil, b) Del estado, de las personas a que se refiere el inciso “2” y “3” del artículo 241° del Código Civil ; c) Los consanguíneos en línea recta y en línea colateral dentro del segundo y el tercer grado, a que se refiere el artículo 242° inciso “1” y “2” del Código Civil; y d). Del tutor o del curador con el menor o incapaz, durante el ejercicio del cargo, a que se refiere el artículo 243° inciso 1) del Código Civil, con la salvedad que establece este artículo.

5.6. ELEMENTOS DE LA UNIÓN DE HECHO

Los elementos del concepto de la unión de hecho heterosexual que ofrecemos, también incluye a la unión de hecho impropia, por lo que en adelante, solo haremos referencia a la unión de hecho.

Los elementos que caracterizan a la unión de hecho, se clasifican en elementos subjetivos y objetivos, según Andrzej Wójcik (5)³⁴⁵: En los elementos

³⁴⁵ Wójcik, A. Ob. cit., pp. 224-228

objetivos: heterosexualidad, monogamia, cohabitación, relación sexual (*more uxorio*), estabilidad y notoriedad (conocimiento de terceros de la relación). Y en los elementos subjetivos: affectio (voluntad expresa de convivencia) y las motivaciones subjetivas (rechazo al vínculo matrimonial legal).

Para Alvarez Lata (99)³⁴⁶: la unión de hecho se identifica con los requisitos subjetivos y objetivos. En el primero: a) La mayoría de edad (capacidad para obrar), b) Heterosexualidad y c) Estabilidad (vínculos de solidaridad). Dentro de los requisitos objetivos: a) La convivencia (diaria, estable y duradera), b) Relación sexual (monogamia), y c) Convivencia externa y pública. Según este autor (99)³⁴⁷, en la jurisprudencia española, no constituye requisito subjetivo la *ausencia de ligamen previo* de los convivientes de hecho.

A partir de estas clasificaciones, por nuestra parte clasificaremos los elementos de la unión de hecho, en subjetivos y objetivos, como sigue:

a) Subjetivos: esta clasificación responde a los intereses y al modo de pensar y sentir de las parejas de la unión estable o unión de hecho.

1.-Capacidad de ejercicio.- Este elemento hace referencia a la mayoría de edad, para el ejercicio de los derechos civiles, con la salvedad de los emancipados.

Ello, quiere decir, que las personas que se encuentran en los supuestos: a). Los incapaces absolutos a que se refiere el artículo 43° del Código Civil, b) Del estado de las personas a que se refiere el inciso “2” y “3” del artículo 241° del Código Civil ; c) Los consanguíneos en línea recta y en línea colateral dentro del

³⁴⁶ Alvarez Lata N. La pareja de hecho: perspectiva jurisprudencial. Derecho Privado y Constitución. 1998;(12), pp. 12-16.

³⁴⁷ Ibid., p. 12.

segundo y el tercer grado, a que se refiere el artículo 242° inciso “1” y “2” del Código Civil; y d). Del tutor o del curador con el menor o incapaz durante el ejercicio del cargo, a que se refiere el artículo 243° inciso 1) del Código Civil, con la salvedad que establece este artículo. No cuentan con la capacidad para ejercer el derecho de constituir una unión de hecho.

2) Affectio maritalis.- Consiste en la voluntad de un proyecto de vida en común a futuro, no obstante este proyecto está supeditado a la voluntad de la pareja: su vigencia responde a la presencia de los vínculos de afectividad: solidaridad, compañerismo y socorro mutuo “amor”.

3) Motivaciones subjetivas.- Se puede distinguir las motivaciones entre otras, las que rechazan el vínculo matrimonial como expresión de la indisolubilidad (en derecho civil, por causa del divorcio, más bien la indisolubilidad tendencial). Esta postura puede responder a la voluntad de elección del matrimonio a prueba o de la cohabitación juvenil (5)³⁴⁸.

b) Objetivos: Esta clasificación obedece a la descripción real de este fenómeno social, a los ojos de terceros; a diferencia del subjetivo que solo pertenece a la forma de pensar.

1). La convivencia.- “El hecho diario de la convivencia, como punto nuclear de su formación y de la proyección de su eficacia jurídica. La convivencia potencialmente constitutiva de las uniones de hecho es una convivencia “diaria, estable y duradera”, “con vocación de permanencia en el tiempo” (99)³⁴⁹.

³⁴⁸ Wójcik, A. Ob. cit., p. 322.

³⁴⁹ Alvarez Lata, N. Ob. cit., p. 13.

2) Reconocimiento social.- En otras palabras, “el carácter público y notorio de la probada convivencia, si bien con ausencia de forma”. Y para constatar dicha publicidad, se suele especificar alguno de sus medios: la actuación conjunta de los interesados, “la proyección bien concretada de actividades en común, como el reconocimiento legal de su hija a la que mantuvieron y educaron” (99)³⁵⁰. Dentro de este elemento, se encuentra la notoriedad y la estabilidad.

A partir de estas dos concepciones subjetiva y objetiva, se debe identificar a la unión de hecho.

5.7. ¿LA UNIÓN DE HECHO IMPROPIA ES FAMILIA?

Este acápite, tendrá como objeto absolver a la pregunta de si la unión de hecho impropia es familia. Para efectos de delimitar nuestro concepto debemos indicar que hacemos mención a la unión varón y mujer, que contando con vínculo matrimonial subsistente eligen establecer y mantener una comunidad de vida, por más de 2 años ininterrumpidos, con vocación de permanencia en el tiempo (unión de hecho heterosexual).

Las denominadas hoy en día, “unión de hecho” (propia e impropia): fueron formas de matrimonios naturales y aceptados en la comunidad, hasta antes de 1563. No obstante, esta forma de familia por obra de la iglesia católica fue excluida y extirpada de la sociedad. Además de haberles otorgado, la denominación de familias clandestinas; amparándose en las sagradas escrituras contenidas en el

³⁵⁰ Ibid., p. 16.

libro Génesis: capítulo II, versículo 24: “Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre, y “se allegará a su mujer, y serán una sola carne” (94)³⁵¹.

Veamos ahora algo de historia, sobre el origen del sacramento del matrimonio. Hace siglos atrás, siendo exactos, el 11 de noviembre de 1563 en la sesión XXIV, del Concilio de Trento, se estableció reglas sobre la doctrina del sacramento matrimonial. Fue en aquel entonces, cuando se instituyó que el vínculo del matrimonio es perpetuo e indisoluble, según las sagradas escrituras de la biblia (94)³⁵².

Bajo el subtítulo de “CAN” se estableció como reglas los pertinentes al matrimonio. A continuación presentamos a modo de ilustración, algunas de las reglas eclesiásticas. Oh mejor decirlo, en palabras de la eclesiástica: la condenación para quienes la contradijeron:

CAN.I: “Si alguno dijere, que el Matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley Evangélica, instituido por Cristo nuestro señor (Matth.49, Marc.10.Ephes.5), sino inventado por los hombres en la Iglesia; y que no confiere gracia; sea escomulgado” (94)³⁵³.

CAN. V: “Si alguno dijere, que se puede disolver el vínculo del Matrimonio por la heregia, cohabitación molesta, o ausencia afectada del consorte; sea escomulgado” (94)³⁵⁴.

CAN VII: “Si alguno dijere, que la Iglesia yerra cuando ha enseñado y enseña, según la doctrina del Evangelio, que no se puede disolver el vínculo del Matrimonio por el adulterio de uno de los dos consortes (Matth.9.Luce.10.1.Cor.7); y cuando

³⁵¹ Latre M.Ob. cit., 273.

³⁵² Ibid.

³⁵³ Ibid., 275.

³⁵⁴ Ibid., p. 276.

enseña que ninguno de los dos, ni aun el inocente que no dio motivo al adulterio, puede contraer otro Matrimonio” (94)³⁵⁵.

CAN VIII: “Si alguno dijere, que yerra la Iglesia cuando decreta que se puede hacer por muchas causas la separación del lecho, o de la cohabitación entre los casados por tiempo determinado o indeterminado, sea escomulgado” (94)³⁵⁶.

De las normas citadas, se tiene que las leyes eclesiásticas en aquel entonces buscaron consolidar el “matrimonio religioso”, como única condición para fundar una familia. Es así, que se estableció como prohibición la disolución del matrimonio, aun así, se habría producido por cualquiera de las parejas el abandono o el adulterio. Solo habría disolución del matrimonio, cuando uno de los consortes habría fallecido. De ahí la frase: (<<Hasta que la muerte los separe>>).

¿Quiénes conformaban las familias clandestinas? En el decreto del denominado “Sacrosanto Ecuménico Concilio de Trento”. La eclesiástica, hizo referencia a diversas formas de matrimonio, las mismas que fueron condenadas, con la excomuni3n por el Santo Concilio. Estas formas de matrimonio fueron: a) Las efectuada con el libre consentimiento de los contrayentes; b) Las conformadas, por aquellos que habían abandonado la primera mujer, con quien habrían contraído matrimonio en secreto, para después, contraer con otra en público; c) Las conformados por aquellos que teniendo el estado de casados o solteros; vivían públicamente (94)³⁵⁷.

De la reseña histórica del “Concilio de Trento” se verifica que la unió3n de hecho impropia, fue anterior a las leyes eclesiásticas. Y a la fecha aún se mantienen

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ Ibid., pp. 276-277.

³⁵⁷ Ibid., pp. 273-286.

presente esta forma de constituir la familia, como consecuencia del ejercicio de la libertad (la libertad de determinarse a algo, del libre desarrollo y bienestar). Como bien reflexiona Belluscio (100)³⁵⁸: “El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio”. No obstante, este modelo como forma de organizar a la familia resulta ser solo un medio para fundar una familia.

Si buscamos una respuesta a la pregunta de si la familia conformada por la unión de hecho impropia da origen a una familia, y como tal debe ser objeto de protección por el derecho; a partir del libro de familia del Código Civil: norma inamovible, que regulan de forma parcial una realidad social, como es la unión matrimonial civil. Solo encontraremos injusticias, al momento de resolver el derecho.

Con razón, Carruitero Lecca (42)³⁵⁹, reflexiona bajo el pensamiento de Weber que “el Derecho no puede ser estudiado solamente como un conjunto de leyes o como ciertas características estáticas”. Sino, el derecho debe también regular el comportamiento antagónico de los sujetos jurídicos.

Algunos, les será difícil concebir que la unión de hecho impropia puede dar origen a una familia, y como tal, debe ser objeto de protección por el derecho positivo: es común. A muchos nos da, por remitirnos al libro de familia del Código Civil para responder si esta forma de unión, puede generar consecuencias jurídicas: este forma de pensar responde: a) A nuestra propia naturaleza, “al hombre le

³⁵⁸ Belluscio AC. Manual de Derecho de Familia Buenos Aires: Astrea; 2004, p. 7.

³⁵⁹ Carruitero Lecca, F. Ob. *cit.*, p. 186.

disgusta renunciar al poder ilimitado que durante tanto tiempo creyó tener sobre el orden social” (85)³⁶⁰, y b) Responde al monismo jurídico del derecho (42)³⁶¹.

No le falta razón a Belluscio, en palabras de Guastavino (100): “la familia es más institución en sentido sociológico que jurídico. Explicaba que instituciones jurídicas son las constelaciones de normas de derecho organizadas sistemáticamente, (...). En cambio, sociológicamente se entiende por institución los modos de pensar, de sentir y de actuar del individuo”.

Desde un punto de vista constitucional, se reconoce que la unión de hecho impropia da origen a una familia. El artículo 4º de la Constitución manda al Estado y a la Comunidad a proteger a la familia, de todo perjuicio. Lo que significa que la ley, debe regular las consecuencias jurídicas que producen las diversas formas de matrimonio, con fines de constituir una familia.

Este tipo de familia, al igual que las otras, se rige por el principio de solidaridad, socorro y protección, dado su carácter de estabilidad en el tiempo. En ese sentido, no cabe argumento válido alguno, que desconozca los derechos que han originado, este tipo de familia; hacer lo contrario importaría un razonamiento prejuicioso. Otra cosa será, la concertación de las parejas respecto a la regulación de sus derechos patrimoniales.

³⁶⁰ Durkheim, E. Ob. *cit.*, p. 32.

³⁶¹ Carruitero Lecca, F. Ob. *cit.*, p. 193.

CAPÍTULO VI

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este apartado, haremos un breve repaso en cuanto como se debe entender los principios constitucionales en el pensamiento de Robert Alexy y su diferencia con las reglas.

Así mismo, también será relevante el estudio del contenido esencial de los derechos fundamentales, de tal manera, ratificar nuestra idea que para efectos de la pensión de viudedad debe incluirse a las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia) como beneficiarias.

6.1. PRINCIPIOS Y REGLAS

Debemos partir señalando que toda “norma” puede identificarse con una regla o un principio. La razón, porque la norma, es una cuestión de la teoría de la interpretación jurídica. Como bien sostiene y resalta Guastini (101), cuando dice, que a veces solemos llamar normas a los enunciados prescriptivos, y al significado

de estas³⁶². Por ello, es relevante distinguir entre enunciado jurídico (fuente del derecho) y el contenido del significado del enunciado jurídico, denomina propiamente “norma”. Habiendo distinguido entre enunciado jurídico y norma ahora debemos estudiar la diferencia entre: “reglas” y “principios”.

6.1.1. Reglas

Si uno se pregunta, que se entiende por “regla”. De pronto surgen las ideas: aquellos enunciados destinados a establecer obligaciones de hacer, no hacer, de dar. Una definición, bien formulada de la palabra “regla” en el ámbito jurídico, nos presenta Guastini (101): “es un enunciado condicional que conecta una determinada consecuencia jurídica, a una clase de hechos: <<Si F, entonces G>>”³⁶³. Es decir, si se produce la condición fáctica, deberá aplicarse la consecuencia jurídica abstracta contenida en el enunciado jurídico.

Por su parte, Alexy (43)³⁶⁴: “las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”. Aquello significa, que la regla constituye supuestos determinantes en el ámbito de lo factico y jurídico; siempre y cuando la regla sea válida; en caso de una regla invalida no se aplicara.

Los conflictos entre las reglas (cotidiano en el que hacer del operador jurídico), encuentra una solución, a partir de los planteamiento de la tesis de la colisión expuesta por Alexy (43)³⁶⁵: “el conflicto entre dos reglas, se soluciona si se

³⁶² Guastini R. Interpretar y Argumentar Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2014, p. 77.

³⁶³ Ibid., p. 184.

³⁶⁴ Alexy R. Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios Colombia: Universidad Externado de Colombia; 2003, p. 95.

³⁶⁵ Ibid., p. 96.

introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas o sé si declara la invalidez de una de ellas”. Así el operador jurídico, al enfrentarse frente a la colisión de dos reglas, aplicara la cláusula de excepción en caso de estar prescrita; o en su defecto se declarara la invalidez de una de ellas, vía interpretación.

Y la solución de los casos en concretos frente a la colisión de reglas encontraría su solución, mediante las técnicas de interpretación como son: “lex posterior derogat legi priori”, “lex superior derogat legi inferiori” y “la norma especial, prima sobre la general” (43)³⁶⁶.

Siguiendo esa línea de razonamiento cabe inferir: las “reglas” son formulaciones jurídicas, documentos normativos, o enunciados jurídicos, expedidos en atribución de su competencia por el Poder Legislativo; los mismos que se caracterizan por contener consecuencias jurídicas condicionales, de producirse el supuesto de hecho, en el ámbito factico. De ahí, que el resultado de la actividad discursiva del operador del derecho, de la regla o del principio viene a ser la norma.

6.1.2. Principios

Hablar de principios, nos conlleva a pensar en las normas fundantes que inspiran todo el ordenamiento jurídico. Por el cual, estos principios por su cualidad de conceptos supremos subordinan o coordinan a los elementos subordinados y los elementos subordinados constituirán a nuestro entender las ramas del Derecho.

³⁶⁶ Ibid., p. 97.

Por su parte Guastini (101)³⁶⁷, en cuanto a los caracteres de los principios. Sostiene que se podrían definirse por dos de sus características: a) tienen carácter fundamental; y, b) Están sujetas a una peculiar forma de indeterminación.

En cuanto carácter fundamental los principios dentro del ordenamiento jurídico, tienen la capacidad de justificar otras normas: que a su vez pueden ser reglas y principios (101)³⁶⁸. Es decir, tiene la función de directriz, en la función legislativa, interpretadora e integradora en el derecho. Y en cuanto a su carácter de indeterminación los principios presenta: a) antecedente abierto, b) es derrotable, y c) es genérica. Sin embargo, este último carácter, no es exclusivo de los principios, pues las reglas también presentan este carácter (101)³⁶⁹.

Según Guastini (101)³⁷⁰, los principios son normas con supuesto de hecho abierto; toda vez, que no establece la enumeración de supuestos de hecho; mientras que las reglas, si presentan un antecedente de hecho cerrado. Son “derrotables”: “admite excepciones no formuladas, no establecidas ni en la norma ni en otra parte del ordenamiento”. Atendiendo a esta idea, los principios son “derrotables” cuando no tiene solución mediante el método de la subsunción, por esta cualidad, son indeterminadas.

El tercer carácter, de los principios como normas genéricas, según Guastini (101)³⁷¹, son normas genéricas; mientras que las reglas son normas relativamente precisas. Esta norma genérica: exige formulación de otras normas que la concreten, que posibiliten su aplicación y su ejecución o concreción son diversas y alternativas.

³⁶⁷ Guastini R. Interpretar y Argumentar Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2014, p. 184.

³⁶⁸ Ibid., p. 190.

³⁶⁹ Ibid.

³⁷⁰ Ibid., pp. 187-188.

³⁷¹ Ibid, p. 189.

Por ejemplo, para la ejecución del mandato del acceso a la seguridad social de las contingencias (art. 10° de la Constitución), el legislador establecerá las contingencias que serán de obligación del Estado.

Por otro lado, a partir de la “tesis de la optimización” de su teoría de los principios, Alexy (43)³⁷²: “los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”. De esta definición de los principios, Alexy, entiende que son normas que deben realizarse atendiendo a la cuestión fáctica y jurídica, es decir en cada caso en concreto.

Los principios, según Alexy (43)³⁷³: “se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”. Según esta idea, los principios no siempre se cumplirán en un grado absoluto, sino de acuerdo a cada caso en concreto atendiendo a las circunstancias del caso.

Desde el punto de vista jurídico, de la tesis de la ley de colisión propuesta por Alexy (43)³⁷⁴: la colisión entre principios, se resuelve, mediante una “relación de precedencia entre los principios relevantes, condicionadas a la circunstancia del caso concreto”. Según este razonamiento, los principios frente a cada caso en concreto, se dará preferencia al principio de mayor peso, buscando una medida que no importe o limite el principio en contrario.

³⁷² Alexy, R. Ob. cit., p. 95.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Ibid., p. 99.

La tesis “ley de colisión” en los supuestos de oposición entre los principios, el razonamiento planteado por Alexy, resulta ser racional. Por ejemplo en el caso del tratamiento legislativo de la pensión de viudez: el beneficiario es el cónyuge. Esta medida legislativa “cónyuge” si bien para el legislador es una medida que importa el cumplimiento del “principio promueve el matrimonio”; sin embargo, al estar en juego el “derecho fundamental a la pensión” se limita el mandato del “principio de protección a la familia”, este último que tiene mayor peso frente al primero; al excluirse del pensión de viudedad a las parejas supérstites de la unión de hecho, aun así existe vínculo matrimonial subsistente.

A fin de ser, claros, ilustramos la tesis de la “ley de colisión”, para ello, nos remitimos al ejemplo clásico de Alexy (43)³⁷⁵, sobre la colisión entre el principio del derecho fundamental a la vida y la integridad corporal y el principio del Estado de derecho (funcionamiento del sistema penitenciario). Es el caso, de un reo en cárcel, donde la actuación de la audiencia, puede generar en el acusado, un ataque cardíaco y derrame cerebral.

En el caso citado, el derecho fundamental a la vida tiene un mayor peso, frente al adecuado funcionamiento del Sistema Penal, que deriva del principio del Estado de Derecho. Empero, esta conclusión según Alexy, podría también ser contraria, bajo otras condiciones (43)³⁷⁶. Bajo este razonamiento, se tendría que los principios dentro de un sistema jurídico, no tienen relación de precedencia sino que tienen una relación de precedencia condicionada: esto es dependerá de cada caso en concreto, la precedencia o prioridad del principio.

³⁷⁵ Ibid., p. 98.

³⁷⁶ Ibid., p. 99.

La “ley de ponderación” que forma parte de la Teoría de los Principios, explica Alexy (43)³⁷⁷: “la teoría de los principios, implica el principio de proporcionalidad; es así, que los sub principios de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, derivan lógicamente del principio de proporcionalidad”. Esta afirmación implica que la teoría de los principios, importa el análisis de las tres tesis: “tesis de optimización”, “ley de colisión” y “ley de ponderación”.

En ese orden Alexy (43)³⁷⁸ sostiene que el principio de proporcionalidad, tiene por objeto la máxima realización posible de los principios, todo esto, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas; y en cuanto a las posibilidades fácticas, según Alexy está relacionada con el principio de idoneidad y necesidad.

El sub principio de la idoneidad: no permite la adopción de una medida, que implique la limitación de un principio frente al otro. Y en cuanto al sub principio de la necesidad: se permite la adopción de una medida, que implica, una intervención menos intensa, al principio que juega en contra (43)³⁷⁹.

En el ámbito de las posibilidades jurídicas, ubicamos al principio de proporcionalidad en sentido estricto; mediante la ley de la ponderación: “cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (43)³⁸⁰.

Siguiendo el pensamiento de Alexy, cuando sostiene que la teoría de los principios implica la optimización de los principios. Es un razonamiento coherente, que tiene su justificación, en el Estado Democrático de Derecho: (modelo que

³⁷⁷ Ibid., p. 101.

³⁷⁸ Ibid., p. 101-102.

³⁷⁹ Ibid., pp. 102-103.

³⁸⁰ Ibid., p. 103.

pretende el equilibrio entre la libertad y la igualdad). Pues debe recordarse, que este modelo de estado forma su concepto a partir de los derechos del hombre, como elemento que otorga legitimidad, a las leyes. Entonces, es correcto razonar que la función de los principios sea el de optimizar, en un Estado Democrático de Derecho.

Por nuestra parte los principios, son mandatos de optimización; esto es, que se deben realizar en la mayor medida posible por medio de las reglas, su contenido ético axiológico. Y las disposiciones de rango infraconstitucional tienen por objeto el desarrollo del mandato de los principios que inspiran el modelo de estado (Estado Democrático de Derecho).

En ese sentido, los principios tienen como función: a) una función normativa, toda vez, que orienta la actividad legislativa (art. 102 de la constitución); b) Función interpretadora, informa la actividad discursiva y c) Función integradora, frente a una laguna del derecho, vía integración se crea el derecho, para la solución de un caso concreto. También debemos reconocer que los principios, se caracterizan por contener razones axiológicas y políticas: de un determinado modelo jurídico.

6.2. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro de esta división, 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.

Si uno se pregunta el origen de la teoría esencial de los derechos fundamentales. Sánchez Gil (102): “La idea del “contenido esencial”

(Wesensgehalt) de los derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana- y en el 53.1 de la Constitución Española-para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushohlen*) su contenido normativo”.³⁸¹.

El contenido esencial de los derechos fundamentales se mantiene consagrado a nivel constitucional, en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de la Republica de Alemania, textualmente dice: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (103).³⁸². Del texto de esta norma constitucional uno advierte, que los derechos fundamentales cuentan con un contenido, denominémoslo “núcleo central” por el cual ningún poder estatal puede vaciar restringir o desnaturalizar la esencia del derecho fundamental.

En el caso de la Constitución de España, el artículo 53° numeral “1”, también recoge la teoría del contenido esencial del derecho fundamental, que textualmente dice: “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, (...)” (104). Del contenido de este texto constitucional, se faculta al legislador a regular el ejercicio de los derechos y libertades, imponiéndole el límite en respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En adelante, explicaremos el pensamiento del “contenido esencial” a partir de las famosas teorías: “absoluta” y “relativa”.

³⁸¹ Sanchez Gil R. Contenido esencial de los derechos fundamentales. [Online]. [cited 2017 Setiembre 15]. Available from: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/12.pdf>, p. 111.

³⁸² Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

6.2.1. La teoría absoluta

La teoría absoluta, para Gunter During (105)³⁸³: “Los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana. (...), “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 (...)””. 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 (102)³⁸⁴: “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 contingencia de los mismos”. 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. Según este autor, los derechos constitucionales positivizados cuentan una doble dimensión: una interna y la otra externa.

³⁸³ Nogueira Alcalá H. Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003;(156): p. 799-832, p. 177.

³⁸⁴ Sanchez Gil R. Contenido esencial de los derechos fundamentales. [Online]. [cited 2017 Setiembre 15]. Available from: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/12.pdf>, p. 111.

En esa línea de pensamiento, Castillo Córdova (106)³⁸⁵: “Este contenido es el que se erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir los derechos”. 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: 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.

Benavides y Escudero (107)³⁸⁶ 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”. Para este autor, el contenido esencial de los derechos fundamentales, actúa como una garantía.

El contenido esencial como justificación de la ley, y la ley planteada como defensa de los derechos fundamentales. Prieto Sanchiz: “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

³⁸⁵ Castillo Cordova L. Pirhua. [Online].; 2002 [cited 2016 octubre 25. Available from: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_dobl_e_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1, p. 13.

³⁸⁶ Benavides Ordoñez J&ESJ. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana Constitucional CdEyDdD, editor. Quito: Corte Constitucional del Ecuador; 2013, p. 96.

tipo del << derecho constitucional>>” (108)³⁸⁷. Según este pensamiento, el contenido esencial de los derechos fundamentales, actuara 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.

Para los autores citados, el contenido esencial de los derechos fundamentales, estaría conformado por dos círculos concéntricos: siendo el interior, el núcleo duro del derecho, sobre el cual, el legislador no puede limitar, desnaturalizar, vaciar la esencia del derecho constitucional. Mientras que el círculo exterior, constituiría el ámbito de actuación del legislador.

Entonces, desde la teoría absoluta de los derechos fundamentales, todo derecho fundamental, posee un núcleo central: donde el núcleo central encierra la información de su esencia y el núcleo que la recubre (membrana celular), vendría hacer una bicapa que delimita el núcleo; y, solo en ese campo, el legislador tendría actuación.

El planteamiento del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, a partir de esta teoría, a nuestro juicio, resulta una teoría inacaba; toda vez, que aún subsiste la pregunta: ¿Qué criterios debe adoptarse para identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales?

³⁸⁷ Prieto Sánchis L. La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades. Pontifica Universidad Católica del Perú. 2002, p. 441.

6.2.2. La 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, veamos algunos conceptos:

Sánchez (102)³⁸⁸: “el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad, como una realización de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional”. Según este autor, 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.

En esa línea de pensamiento, por su parte Bernal Pulido (109)³⁸⁹ 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.

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 adoptara una medida que busque una intervención menos intensa al

³⁸⁸ Sanchez Gil R. Contenido esencial de los derechos fundamentales. [Online]. [cited 2017 Setiembre 15. Available from: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/12.pdf>. P. 112.

³⁸⁹Bernal Pulido C. Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española? Doxa. 2007;(30): p. 273-291, P. 277.

principio que juega en contra; de modo, que ambos principios se realicen dentro de sus derechos mínimos.

A nuestro entender, 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. En el capítulo siguiente, procedemos a explicar someramente como funciona esta teoría.

6.3. La intervención de los derechos fundamentales desde la óptica de la teoría de los principios

El contenido mínimo de los derechos fundamentales, en la teoría de los principios a nuestro razonamiento, es más eficiente a la hora de proteger los derechos fundamentales dado su carácter racional, veamos:

Bernal Pulido (109)³⁹⁰, informa que en la jurisprudencia española la intervención en los derechos fundamentales, exige el cumplimiento del examen de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. De ahí, que para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, se ha recorrido a la teoría de los principios de la autoría de Alexy,

Antes de ingresar al estudio de la teoría de los principios, traeremos a colación, la tesis de Edgardo Barandiarán, respecto al contenido posible de los derechos fundamentales, enfocada a partir del análisis económico, en su Teoría de

³⁹⁰ Bernal Pulido C. Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española? Doxa. 2007;(30): p. 273-291, pp. 276-277.

la Vinculación del Legislador a los derechos fundamentales. Según esta teoría, debe procederse en el siguiente orden:

1. La delimitación del contenido posible de los derechos.- "Consistente en la identificación, del contenido posible de un derecho en términos del atributo o bien que la norma constitucional pretende optimizar" (110)³⁹¹. Es decir, consistente en la identificación, del contenido posible de un derecho constitucional, en términos de su razón de ser, adjetivado como bien o atributo, que la constitución positivizó, para su protección.

2. El contenido esencial de los derechos fundamentales.- "Identificar el componente esencial del contenido posible dado por la medida mínima del bien que la constitución pretende asegurar y que sólo puede ser sacrificada a un derecho constitucional de mayor jerarquía" (110)³⁹². Esta tarea, implica que el operador jurídico, deberá identificar la dimensión interna de un derecho fundamental; en relación con el derecho en cuestión, con el objeto de determinar el peso de ambos; de tal modo, el contenido esencial de menor peso, será sacrificada por el de mayor peso.

Conforme al razonamiento que plantea, Barandiarán, para establecer el contenido posible de los derechos fundamentales, se observa, cierta similitud con la teoría de los principios formulada por Robert Alexy, según el cual, los principios son mandatos de optimización, que se realizan en la mayor medida posible de acuerdo a la posibilidad fáctica y jurídica. En el primero, se analiza el principio de idoneidad y necesidad; y, en el segundo, se analiza el principio de proporcionalidad en sentido estricto (43)³⁹³.

³⁹¹ Barandiarán E. La Vinculación del Legislador a los Derechos Fundamentales Chile: Instituto de Economía Pontificia Universidad Católica de Chile; 2001, p. 27.

³⁹² Ibid.

³⁹³ Alexy, R. Ob. cit., p. 95.

La afirmación sostenida en el párrafo precedente, se puede comprobar con la estructura de la máxima de la razonabilidad, propuesta por Barandiarán (110)³⁹⁴: “a) adecuación: la medida o acción debe ser idónea para el logro de los objetivos de la decisión; b) Necesidad- la medida o acción debe ser indispensable para el logro del fin que el legislador persigue y c) Razonabilidad- la medida o acción debe guardar una proporción razonable con los fines legislativos”.

Hasta aquí, se puede inferir que Barandiarán comparte el razonamiento de Alexy, cuando piensa que los principios son mandatos de optimización y que a partir de su teoría de la vinculación positiva de los derechos fundamentales hacia el legislador: busca el control de la ley por medio del contenido esencial de los derechos fundamentales, para la declaración de su validez.

Para probar nuestro argumento, explicaremos de forma sucinta la teoría de Robert Alexy: 1) La tesis de la optimización, 2) La Ley de la colisión, 3) La Ley de la ponderación de Alexy.

En la tesis de la optimización, explica que los principios, son “mandatos de optimización”; esta calificación cualitativa, implica que los principios “pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas” (43)³⁹⁵.

Al reconocer Alexy, que los principios pueden cumplirse en diferentes grados, se reconoce que no existen principios absolutos y que estos no poseen mismo grado o cualidad.

³⁹⁴ Barandiarán E. Ob. cit., p. 26.

³⁹⁵ Alexy, R. Ob. cit., p. 95.

Si nos ponemos a pensar intencionalmente, en un problema sobre el conflicto entre principios, y buscamos una respuesta desde la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, tendremos que aceptar que el contenido esencial de los derechos fundamentales, son homogéneos en grado y calidad, cuestión equivocada. Por ejemplo, el principio de protección a la familia, tiene mayor peso que el principio de promueven el matrimonio: y cuando ingresen en conflicto el segundo ha de ceder al primero.

El problema del conflicto entre principios, encuentra una solución racional en la tesis de la “Ley de colisión”, planteada por Alexy: “debe resolver esta colisión, estableciendo una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, condicionada a las circunstancias del caso en concreto” (43).³⁹⁶

En ese orden, una vez establecida la relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto, y con el objeto de optimizarlos. Recurriremos al principio de proporcionalidad, en el ámbito de las posibilidades fácticas, que siguiendo a Alexy, exige el principio de idoneidad y necesidad. En el primero, se prohibiera una medida que restrinja el principio que juega en contra. Mientras que el segundo, buscara una medida que implique una intervención menos intensa al principio en colisión, además de la optimización en ambos (43).³⁹⁷.

Para terminar con las tesis de Alexy, debemos responder: ¿En qué consistente el ámbito de las posibilidades jurídicas? Dentro de esta dimensión, se ubica el principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuya solución es: “Cuanto

³⁹⁶ Ibid., p. 99.

³⁹⁷ Ibid., p. 102.

mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (43).³⁹⁸.

A nuestro entender, esta teoría, responde a la pretensión de nuestro modelo jurídico Estado Democrático de Derecho: equilibrar los valores de la libertad e igualdad. Por ejemplo en el caso de la colisión del principio de protección al consumidor (P1) y el principio de libertad de profesional u oficio (P2): en el caso de la venta de chocolates que no lo son propiamente.

En este caso, planteado por Alexy, se ilustra el principio de idoneidad y necesidad. Por el primero, no se permitirá la adopción de una medida M que adopte la prohibición de circulación de tales productos; porque esta medida sacrifica el mandato de P2; y por el principio de necesidad se adoptara una medida M1- obligación de informar sobre el contenido del producto, que permita la optimización de ambos principios (43)³⁹⁹.

En definitiva cabe señalar que Alexy, a través de su teoría de principios, expresa el mandato de optimización de los principios. Esta teoría, permite una adecuada protección del contenido esencial de los derechos fundamentales. Y a este conclusión arriba, porque las tres tesis de la teoría de los principios, establece una regla que permite la adaptación de medidas que impidan la afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, fundamento de la teoría absoluta. Además, esta teoría comprende: que dentro de un sistema jurídico no existe una relación de precedencia absoluta sino condicionada al caso en concreto.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Ibid., p. 102.

CAPÍTULO VII

PRINCIPIOS: SEGURIDAD SOCIAL, PROTECCIÓN A LA FAMILIA E IGUALDAD

En este apartado, teniendo en cuenta que los principios son mandatos de optimización, conforme se explicó en el capítulo que nos precede; ahora debemos comprender el valor axiológico que contienen los principios de acceso a la seguridad social en pensiones, protección a la familia y el de igualdad.

7.1. PRINCIPIO DE ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Como se expuso en el capítulo que nos precede, los principios contienen la información de la esencia de un “valor axiológico”, y dentro de una de sus funciones, es informar y delimitar la producción de enunciados jurídicos, que conforma el ordenamiento jurídico (función normativa).

Siguiendo el pensamiento de Alexy, desde la tesis de la optimización los principios se caracterizan, por ser mandatos que ordenan que algo se realice en la

mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (43)⁴⁰⁰. Al comprender a los principios como “mandatos de optimización”: significa que el contenido de estos, deben realizarse en la mayor medida posible.

Y cuando se refiere al ámbito de las posibilidades jurídicas, para Alexy, comprende a los principios que juegan en sentido contrario; esto es el principio de proporcionalidad en sentido estricto (43)⁴⁰¹. Según este razonamiento, el principio que no se optimice, debe justificar la importancia de porque el principio en contra, debe realizarse en una mayor medida posible.

En el campo de las posibilidades fácticas hace referencia a los subprincipios de la idoneidad y necesidad (43)⁴⁰². Por el sub principio de idoneidad, se impide adoptar una medida que implique la restricción del contenido mínimo de un derecho; y por el sub principio de necesidad, se preferirá una medida menos intensa y que a la vez permita la realización de ambos principios en discusión.

El principio, que estudiaremos en este acápite, será el contenido en el artículo 10° de la Constitución, al constituir la variable dependiente de nuestra investigación. Este artículo, consagra el principio de acceso a la seguridad social en pensiones (8).⁴⁰³.

Según el contenido del artículo 10° de nuestra constitución, el “Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social” (8). Empecemos por este enunciado constitucional. Según el cual, el Estado

⁴⁰⁰ Alexy, R. Ob. cit., p. 95.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Ibid., p. 102.

⁴⁰³ El acceso a la seguridad social, se encuentra prescrita en el artículo 10° de nuestra Constitución vigente; textualmente 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”.

reconoce el derecho universal y progresivo a la seguridad social de todo individuo de la especie humana. Aquello significa, que el Estado reconoce el derecho subjetivo a la seguridad social, a todo individuo que está incluida en la especie humana por el solo hecho de serlo.

Cuando el Estado reconoce el derecho universal a la seguridad social, implica que la seguridad social se extiende a todos los integrantes del Estado. Y cuando el Estado reconoce el derecho progresivo a la Seguridad Social, implica que la seguridad social debe avanzar o progresar gradualmente, aquello implicara que las prestaciones reconocidas por el Estado, mediante la delimitación de una ley; no pueden ser depuradas como medida política por el Estado, con la salvedad de las restricciones que se podría hacer en el ámbito económico de estas, siempre que obedezcan a razones proporcionales y fines colectivos.

La expresión “seguridad social” debe ser entendida como un “instrumento de política social”. Su objeto, es alcanzar “el bien común” de todos los integrantes del Estado, frente a las contingencias sociales. Mientras que el “seguro social”: resulta ser una técnica especial de la “seguridad social”, cuyo ámbito de aplicación es el “asegurado”. Mientras que la “seguridad social” su ámbito de aplicación es la población demográfica de un estado; no hace diferencia por la condición económica de la persona (trabajadores dependientes, trabajadores independientes, empresarios, desempleados, etc.).

Así la Seguridad Social se manifiesta a través de prestaciones en salud: (asistencia medicas) y prestaciones económicas; estas últimas, objeto de análisis, están materializadas a través de las pensiones (jubilación, invalidez, sobrevivencia,

riesgo profesional, desempleo etc.). Pero estas prestaciones, serán objeto de delimitación por la ley.

En ese sentido el enunciado constitucional contenido en el artículo 10° de la Constitución, da entender que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, en el ámbito de las pensiones, a toda persona que tenga la condición de asegurado o pensionista, siempre que cumpla con los requisitos que establezca la Ley para su acceso.

Según el texto del artículo 10° de la Constitución: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias que precisa la ley”. Del contenido de este texto constitucional, en el ámbito de la seguridad social en pensiones, el Estado reconocerá las prestaciones económicas configuradas o delimitadas por la ley; es decir la ley, será el medio por el cual se determine el tipo de contingencias que se pretenda cubrir.

Así, las contingencias sociales solo pueden ser delimitadas por el legislador, sin embargo, esta función legislativa no podría desconocer el contenido esencial de este derecho a toda persona que se encuentre en una misma relación respecto al fin del derecho.

Según los postulados de la teoría absoluta, los derechos fundamentales constituye un núcleo central: donde el legislador, está prohibido limitar su contenido; solo tiene campo de acción, dentro de la dimensión externa.

La teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, no ha sido ajena al Tribunal Constitucional. Recuérdese, en la STC N° 0050-2004-AI/TC al analizar la naturaleza jurídica de la pensión, el Tribunal Constitucional,

sostuvo que este derecho, se encontraba conformado por un triple contenido: 1) Un contenido no esencial (conformado por los “topes y reajustes”), 2) un contenido esencial: a) El derecho de acceso a una pensión, b) El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y, c) El derecho a una pensión mínima vital y 3) un contenido adicional: (pensiones de sobrevivencia: orfandad y viudedad) (62)⁴⁰⁴.

En esta sentencia, el error en que incurrió el Tribunal Constitucional radica en la estructura del contenido esencial del derecho a la pensión; esto es, calificar la pensión de sobrevivencia como parte de un contenido adicional del derecho a la pensión. Según esta configuración del contenido esencial del derecho a la pensión, según la teoría absoluta de los derechos fundamentales, en el ámbito exterior, el legislador estaría facultado para restringirla. Este tipo de error, en que incurrió el Tribunal Constitucional, en este caso, es a causa de la deficiencia del carácter conceptual del contenido esencial de los derechos fundamentales, según la teoría absoluta: por ser una teoría inacabada.

Más adelante, el Tribunal Constitucional en el caso Anicama Hernández: (STC N° 1417-2005-AA/TC), corrigió el error que plasmo en la STC N° 0050-2004-AI/TC: considero a las pensión de sobrevivencia como parte del contenido esencial del derecho a la pensión (111)⁴⁰⁵. Como es de verse, la insuficiencia de la Teoría Absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, genera problemas de carácter conceptual, al momento de identificar cuáles son las propiedades de

⁴⁰⁴ Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 0050-2004-AI/TC. Fundamento, 75.

⁴⁰⁵ Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 1417-2005-PA/TC. Fundamento, 36: Así mismo, aun cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuesto en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

los derechos fundamentales. Pero ello, no significa desmerecer esta teoría dado la importancia en la protección de los derechos fundamentales mínimos.

La Teoría Absoluta, como bien sostiene Bernal genera problemas de tipo conceptual; al momento de identificar el núcleo duro del contenido esencial de los derechos fundamentales. A causa de la deficiencia de esta teoría, según Bernal, advertida por Ignacio de Otto; el Tribunal Constitucional Español se inclinó por acoger la teoría de los principios de Robert Alexy (112)⁴⁰⁶. Esta teoría, como se abordó en el capítulo precedente, pretende impedir el sacrificio de la optimización de los principios en oposición, impidiendo que se afecta los derechos mínimos de carácter fundamental.

Hernando Nieto (113)⁴⁰⁷, partidario del pensamiento de Garzón Valdés, sostiene que los derechos fundamentales (coto vedado), comprende a los derechos tradicionales (civiles, políticos y sus garantías), además de derechos de segunda y tercera generación y, con la obligación de garantizarlos el Estado: dentro de este espacio, el legislador estará prohibido negociar.

El razonamiento del coto vedado, al igual que la teoría de los principios, a nuestro entender encuentra coherencia con nuestro modelo jurídico Estado Democrático de Derecho (art. 3 y 43° de la Constitución). Como se recordara, el modelo de estado de derecho, sufre un cambio en su estructura, para incluir el modelo del Estado Social Democrático de Derecho. Esta nueva reconstrucción a partir del Estado de Derecho y el Estado Social: implica la inclusión no solo, de los derechos liberales, sino también los sociales, económicos y culturales y de una

⁴⁰⁶ Bernal Pulido C. Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. Doxa. 2007;; p. 273-291, p. 276.

⁴⁰⁷ Hernando Nieto E. Neocosntitucionalismo y Teoria de la Argumentación Juridica: ¿son realmente proyectos convergentes? Ius Et Veritas. 2008;(36): p. 183-201, pp. 189-190.

democracia con exigencia de doble participación tanto en decisiones como en resultados. Aquello implicara, que el Estado social pretendía hacer más coherente la democracia buscando hacer reales e iguales las libertades y derechos civiles y políticos para todos; además del reclamo de universalizar los derechos, sociales, económicos y culturales (13).

En ese orden, el legislador al delimitar la seguridad social en pensiones. Estará prohibido de privilegiar a cierto grupo en la distribución de las prestaciones económicas; de hacerlo el legislador se habría excedido en las competencias para la cual, la constitución le ha facultado y con afectación del contenido esencial del derecho a la seguridad social, en contra del grupo discriminado. Además de la contradicción al principio de igualdad que más adelante explicaremos.

Retornando al mandato de nuestro enunciado constitucional contenido en el artículo 10° de la Constitución; cabe resaltar su carácter de norma programática: (su eficiencia está condicionada a que se dicte un acto normativo o que sea reglamentada). Pero este carácter, no impide que sea operativa dado su cualidad de validez, por el grado que ocupa dentro del ordenamiento jurídico. Como sostiene Quiroga, Benedetti y Cenicacelaya (45)⁴⁰⁸: “toda norma programática es en parte programática y en parte operativa”; de modo que toda norma constitucional es operativa, respecto de su validez.

Veamos cómo funciona la propiedad operativa de una disposición constitucional. Pensemos en una disposición programática, que aún no ha sido materia de reglamentación. Esta disposición programática, a falta de su

⁴⁰⁸ Quiroga Lavie H, Benedetti MA, De las Nieves Cenicacelaya M. Derecho Constitucional Argentino. Segunda ed. Santa Fe: Rubinzal y Asociados S.A; 2009, p. 66.

reglamentación, constituirá un límite para el legislador; en el medida que esta no podrá limitar el acceso a este derecho. Aquello significa verbigracia: 1) El legislador no puede emitir una ley prohibiendo la pensión de viudez, en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia). De hacerlo, constituirá la transgresión a la disposición programática del acceso a la seguridad social (art. 10° de la Constitución).

Ahora pensemos en una disposición programática, que ha sido reglamentada. En estos, casos, para determinar la validez de la ley, se tendrá que analizar que esta no sea injusta.

Pero como hacemos para identificar a normas sospechosas; de modo que se identifique rasgos de discriminación en la delimitación del derecho a la seguridad social en pensiones por parte del legislador. Sobre esta cuestión, H.L.A, Hart (114)⁴⁰⁹, sostiene que para que el derecho sea justo, no solo bastara recurrir a la idea central de la justicia: “tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera”. Por ser este criterio, una formula inacaba.

Según H.L.A Hart (114)⁴¹⁰, para que el derecho sea justo, es necesario “saber cuándo, para los fines que se tiene en mira, los casos han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes”. De este razonamiento, surge la idea de la racionalidad y la finalidad para evaluar si la regla es justa o no.

Bajo el razonamiento de H.L.A, Hart, si tenemos que la pensión de viudez tiene por objeto (finalidad) proteger a la familia del pensionista o asegurado (conforme se explicó en el capítulo IV). Entonces, la ley no puede adoptar como

⁴⁰⁹ Hart HLA. El concepto del Derecho Buenos Aires: Abeledo Perrot; 1961, p. 198.

⁴¹⁰ Ibid., p. 199.

medida legislativa, de establecer condición exclusiva en el estatuto de la pareja supérstite, como condición para el otorgamiento de la pensión de viudez.

Si establecemos como condición ser “cónyuge en los términos del CC”, para el acceso a la pensión de viudez; se discriminara entre las parejas supérstites, a las convivientes, tanto de la unión de hecho propia e impropia. Entonces el criterio ser “cónyuge a que se refiere el Código Civil”, constituye una medida irrazonable, porque quien convive efectivamente con el pensionista a la fecha de su fallecimiento; no siempre será el cónyuge a que se refiere el Código Civil; sino atendiendo a nuestra realidad, podrá ser la pareja supérstite de la unión de hecho propia e impropia.

En ese entender, debe anotarse que será pareja supérstite tanto la cónyuge como la conviviente; toda vez, que ambas condiciones son iguales en los aspectos relevantes de su estado de viudedad; por el cual, este grupo de personas enfrentarían solas el desequilibrio económico del sostenimiento de la familia, a causa del aporte de quien en vida, aportaba.

Por tal razón, la redacción de los artículos 53 ° del DL N° 19990 y el 28° del D.Lg N° 1133, constituyen normas que se caracterizan por ser casos de una omisión relativa: porque en la distribución de acordar derechos se ha excluido a las parejas supérstites de la unión de hecho propia e impropia. Esta exclusión explícita de este grupo de personas, al mismo tiempo, emana una norma que de forma implícita, genera una situación no querida por el principio de acceso a la seguridad social en pensiones, contenido en el artículo 10° de la Constitución.

La solución a estos casos (omisión relativa o silencio de la ley), será compartiendo el pensamiento de Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya (45)⁴¹¹: “la norma programática incumplida admite su innovación en sede judicial, para solicitar la declaración de inconstitucionalidad por omisión ante la mora de su reglamentación”. Pero este razonamiento de estos autores, será cuando se trata de omisión absoluta, pero nuestro caso, es de una “omisión relativa”.

Entonces, cuando se trata de una norma programática ejecutada [como es el caso de la pensión de viudez], además de estar frente a una omisión relativa, se recurrirá a la inconstitucional por omisión relativa o silencio de la ley; vía acción de inconstitucionalidad (art. 200° inciso 4, concordante 204 de la Constitución).

Como se ha venido explicando, nos encontramos ante un cumplimiento defectuoso del Poder Legislativo en el cumplimiento del mandato del artículo 10° de la Constitución. Y el defecto se configuraría o estaría probado, cuando la ley, excluye explícitamente a las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia). Además de haberse generado, de forma implícita, una situación no querida contra el principio del acceso a la seguridad social en pensiones.

Por lo tanto, el principio del acceso a la seguridad social en pensiones, al tener carácter de derecho fundamental vincula al legislador, de modo que estará prohibido privilegiar a cierto grupo en la distribución de las prestaciones económicas que cubren las contingencias sociales.

⁴¹¹ Quiroga Lavie, H; Benedetti, M. A; & De las Nieves Cenicacelaya, M. Ob. cit., p. 67.

7.2. EL PRINCIPIO PROTECCIÓN A LA FAMILIA

En este apartado, se buscara entender el valor de los enunciados constitucionales: “promover el matrimonio” y “protección a la familia”⁴¹²; esto es, describir las propiedades de ambos principios.

A nivel constitucional el artículo 4° de nuestra constitución, en cuanto al principio “promueven el matrimonio”, textualmente dice: “También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (8). De este texto constitucional, cabe hacer una pregunta: ¿El constituyente de 1993, se refirió algún tipo de matrimonio, como objeto de promoción?

De la revisión del debate constitucional-1993 se verifica que el Congreso Constituyente Democrático (50)⁴¹³, acordó por unanimidad la “promoción del matrimonio civil”, al considerar que esta forma de matrimonio constituye una garantía para unirse con fines de formar una familia, además, según ellos la forma de matrimonio más adecuada: para educar y proteger a los niños. De ahí, que se consagro a nivel constitucional: << La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley>> (8).

Desde una interpretación histórica (buscar el sentido de la norma, a partir de la intención del legislador) (27)⁴¹⁴. El significado del enunciado constitucional “promueven el matrimonio”, implica que el Estado y la Comunidad debe

⁴¹² Cuando hacemos mención al valor, debe entenderse en los siguiente términos: “propiedad de los objetos materiales y de los fenómenos de la conciencia; caracterizan el significado de unos y otros para la sociedad, para la clase y para el hombre”. (véase en: M.M. Rosental Y P.f. Diccionario Filosófico.Sanriago: Lima; 2007, p.484.)

⁴¹³ Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993 Lima: Congreso de la República del Peru; 1993, p. 2633.

⁴¹⁴ Rubio Correa M. El Sistema Jurídico. Sexta ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; 2006, p. 272.

promocionar el “matrimonio civil”, a que hace referencia el Código Civil; por ser esta, el medio idóneo para educar a los hijos y garantizar la constitución de una familia.

Gramaticalmente, la palabra “promover”, según la RAE (60), tiene dos acepciones: 1.tr. Impulsar el desarrollo o la realización de algo y 2.tr. Ascender a alguien a un empleo o categoría superiores. De la primera acepción, se tiene que el Estado y la Comunidad debe impulsar el desarrollo y la realización del matrimonio. Nótese que en la redacción de artículo 4º consagra un mandato plural y se encuentra escrito en segunda persona: (“promueven el matrimonio”). Según esta redacción, el Estado y la Comunidad deben impulsar el desarrollo y la realización del matrimonio.

Ahora vayamos a buscar el sentido del mandato constitucional “promover el matrimonio” a partir de la segunda acepción. (Ascender a alguien a un empleo o categoría superiores). A partir de esta segunda acepción, se tiene que el Estado y la Comunidad: debe colocar al matrimonio en una categoría superior.

De las acepciones anotadas del término “promueven el matrimonio” se advierte que el Estado y la Comunidad: debe buscar impulsar el desarrollo del matrimonio y colocarán en una categoría superior.

Comprender que el matrimonio civil constituye una forma adecuada de constituir una familia, resulta una conjetura; además de un entendimiento utópico. De lo contrario, no existirían registros de divorcio y la conformación de la unión de hecho impropia, que conforman una familia, sin tener el interés en disolver el vínculo matrimonial.

El principio “promueven el matrimonio” no tiene en cuenta los derechos subjetivos de la persona, de conformar una familia, conforme a sus tradiciones

culturales o de acuerdo al libre desarrollo y bienestar; esto es, fuera de las reglas que regulan, el Código Civil.

Si el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación (artículo 19° de la Constitución vigente). Por el cual, toda persona puede formar su matrimonio, a partir de la concertación de hacer vida en común, de acuerdo a las reglas que rigen su costumbre o de acuerdo a su libre desarrollo. Entonces, no puede privilegiarse o favorecer un solo tipo de matrimonio y familia.

No debemos olvidar, que nuestro país es multicultural. Y si la Constitución ha reconocido el derecho a la identidad étnica y cultural, implica: "(...) El respeto a sus estilos de vida, a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión; el derecho al reconocimiento, revaloración (sic) y respeto de sus conocimientos tradicionales y practicas ancestrales (...)" (115)⁴¹⁵. Ello significa que la forma de matrimonio y la conformación de la familia, estará condicionada a la decisión e interés de las personas que decidan hacer vida en común.

Sobre esta cuestión advertida, ya el Constituyente de 1993 fue el primero en observarla, y justamente por esta razón el texto constitucional del artículo 4° de la Constitución, se agregó el enunciado "protegen a la familia" con la intención de proteger las diversas formas de matrimonio que den origen a la familia.

Ahora empecemos por identificar las acepciones del término "protegen". Según la RAE (60): 1.tr. Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, y 2.Tr. Amparar, favorecer, defender a alguien o algo.

⁴¹⁵ La Constitución Comentada Lima: Gaceta Juridica S.A; 2005, p. 190.

De la primera acepción se infiere que el obligado: Estado y Comunidad como destinatarios del mandato de la Constitución, están en la obligación, de colocar a la familia por encima de todo, y protegerla de todo perjuicio y peligro que la pusiera en estado de vulnerabilidad.

Dentro de la segunda acepción, de la palabra protección: “Amparar, favorecer, defender a alguien o algo” (60). El principio de protección a la familia, implica que el Estado y la Comunidad, está en la obligación de amparar, favorecer, defender a la familia ante todo.

Ahora asignar a la familia la palabra instituto natural. Importa que el Estado y la Comunidad debe reconocer las diversas formas de familia, que existen en nuestra sociedad. Toda vez que la palabra instituto social, es un término sociológico, que hace referencia a un concepto supremo, siendo sus formas, concepto coordinados.

En ese sentido, el Principio de Protección a la familia manda al Estado y a la Comunidad, como destinatarios del mandato de la Constitución, imponiéndole a ambos la obligación: de amparar, favorecer, defender a la familia ante todo, colocándola encima de todo; además de protegerla de todo perjuicio y peligro que le pusiera en estado de vulnerabilidad.

En cuanto a la familia, el constituyente reflexiono que si bien se promueve el matrimonio. Sin embargo, es obligación del Estado y la Comunidad: proteger a la familia, independientemente de la forma de matrimonio que la constituyo. Por esta razón, se estableció el Principio protector de la familia.

Ahora la familia al ser un instituto, vendría hacer el género. Toda vez que esta organización social, adquiere diversas formas en cada orden social. Así como la

familia consanguínea, sucedió a la familia punulua, luego la sindiasmica, la patriarcal para después dar pasó a la familia monogamia, según la teoría matriarcal, planteada por Morgan (82)⁴¹⁶.

La sociedad es dinámica y está en constante transformación. En ese sentido, el legislador no puede pretender imponer un solo modelo de familia, pues esta política genera el desconocimiento de la libertad de toda persona humana a constituir una familia de acuerdo a su libre desarrollo (artículo 2° numeral “2” de la Constitución). Lo saludable es que el estado reconozca y regule cuestiones esenciales (contenido esencial de los derechos fundamentales de sus integrantes) atendiendo a las nuevas formas de la familia, sin privilegiar a ninguna de ellas.

Así mismo; el legislador debe entender desde el punto de vista de la sociología, que la sociedad es una estructura compleja: compuesta por individuos que piensan y actúan de acuerdo a sus propios intereses y modo de pensar. Pensar que la sociedad se acogerá a un determinado modelo, impuesto por el legislador, resulta una utopía.

Como bien razona, Carruitero en el pensamiento de Weber: “la sociedad: es un todo complejo y dinámico de interrelaciones humanas, que se caracterizan por la conducta significativa de una pluralidad de actores, los cuales se orientan de acuerdo a múltiples ideas e intereses; y estas orientaciones pueden asumir distintas direcciones, sean de antagonismo o de cooperación” (42)⁴¹⁷. Bajo este razonamiento, se comprende porque las personas adoptan conformar una familia,

⁴¹⁶ Morgan, L.H. Ob. cit., p. 487.

⁴¹⁷ Carruitero Lecca, F. Ob. cit., p. 37.

a partir del matrimonio civil; y de forma antagónica, otro grupo, decide formar su familia, de acuerdo al matrimonio de hecho.

Ahora, no se puede juzgar a las uniones de hecho (propia e impropia), como instituciones incorrectas con respecto al matrimonio regulado por el Código Civil. No debemos olvidar que la unión de hecho, es un instituto que ha estado presente en la etapa inferior de la barbarie, bajo la denominación de la familia sindiasmica. Como tal este instituto, constituye una forma instituida por un conjunto de conciencias individuales a la vez que tiene en común una conducta de rechazo a las reglas del Código Civil.

En ese orden, compartiendo el pensamiento de Carruitero (42)⁴¹⁸, nos oponemos a la concepción de un modelo único de organización; toda vez que el medio ambiente: (económico, político, cultural, etc), condicionara un determinado comportamiento social único. En ese entender, el legislador debe reconocer los mismos derechos fundamentales a la familia de hecho, que se reconoce a la familia civil, con esto no se pretende otorgar un tratamiento igual cuando está en discusión derechos fundamentales.

Siguiendo esa línea de pensamiento, nosotros somos de la posición que por el Principio protección de la Familia: el legislador está en la obligación de proteger los diferentes tipos de familias existentes, en nuestra realidad; independientemente de su origen y estructura. Pensar así, nos conlleva a respetar la dignidad del hombre que es el pilar fundamental de la sociedad (art. 1° de la Constitución), y ser coherentes con el artículo 4° de la Constitución.

⁴¹⁸ Ibid.

En ese sentido, el Principio de Protección a la familia, manda al Estado y a la Comunidad, como destinatarios: La obligación de amparar, favorecer, defender a la familia ante todo, colocar a la familia encima de todo, protegiéndola de todo perjuicio, y peligro que la pusiera en estado de vulnerabilidad.

7.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El derecho a la igualdad se encuentra prescrita en el artículo 2º inciso “2” de la Constitución, textualmente dice: “Ala igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (8).

Según Rubio Llorente (116)⁴¹⁹, el principio de igualdad fue teorizada en la Europa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Este principio contiene dos acepciones: el derecho a la igualdad en la ley, como derecho frente al poder legislativo, y un derecho a la igualdad ante la ley o en la aplicación, como derecho frente a la administración y al Poder Judicial.

Para Encarnación Carmona, el principio de la igualdad, contiene dos vertientes: el principio formal (igualdad ante la ley) y el principio de igualdad material o real. El primero, originado en el Estado Liberal de Derecho, entendido como el reconocimiento a la identidad del estatuto jurídico del individuo, cuya implicancia es la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho (117)⁴²⁰. Por su parte, el principio de la igualdad en su vertiente “material” es interpretado de la

⁴¹⁹ Rubio Llorente F. La Igualdad en la aplicación de la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 1997, 146.

⁴²⁰ Carmona Cuenca E. El Principio de Igualdad Material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Políticos. 1994, p. 265.

igualdad formal de igualdad, en el Estado Social de Derecho: cuya pretensión es no obviar la posición social real del ciudadano (117)⁴²¹.

A decir de Pilar Hernández Martínez (118)⁴²², el principio de igualdad presenta dos caracteres: como principio tiene función reguladora, informadora y directiva del ordenamiento jurídico; y a la vez, el valor de igualdad describe su carácter regulador. Según esta autora, el principio es tanto principio y valor.

La igualdad en tanto principio, para Nogueira Alcalá (105)⁴²³, es un sustantivo objetivo por contener un componente axiológico, como tal, vincula de modo general e irradia todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye un atributo de la persona humana, oponible a todo destinatario (órgano estatal y particular), a no ser discriminado por cuestiones subjetivas.

La Constitución Española en cuanto al principio de igualdad, según Suarez Lidia (119)⁴²⁴ importa una justificación objetiva, razonable y que responda al fin que pretende conseguir para efectos de hablar de una relación de igualdad.

En ese orden de ideas, es posible adelantarnos en afirmar que del enunciado constitucional, contenido en el artículo 2º, 2) de nuestra constitución, se advierte la doble vertiente del principio de igualdad. En su versión formal: el principio ante la ley contenida en la primera oración. Y el principio de igualdad, en su vertiente material, la encontramos en la segunda oración: “Nadie debe ser discriminado por

⁴²¹ Ibid.

⁴²² Hernández Martínez MdP. El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Universidad Nacional Autónoma de México. ;(81), p. 697-698.

⁴²³ Nogueira Alcalá H. El Derecho a la Igualdad Ante la Ley, la no Discriminación y Acciones Positivas. Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. 2006;(10): p. 799-832, p. 802

⁴²⁴ Suarez Espino ML. La Determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española. Revista de Ciencias Jurídicas. 2007-2008, p. 206.

motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (8).

De las definiciones de lo que se entiende por el principio de igualdad; aun será necesario, dilucidar, la propiedad de la igualdad; bajo el pensamiento de Bobbio y Hart. Para Bobbio, la cuestión de la igualdad, conlleva a plantearnos: (120)⁴²⁵: ¿Igualdad entre quienes? e ¿Igualdad en qué?

La igualdad se entiende como una cualidad de un ente colectivo, en razón a su carácter relacional; esto es, respecto a una categoría, clase, conjunto, etc. Por ejemplo, x es igual a, b y c respecto al fin de un deber. Sobre esta cuestión Bobbio⁴²⁶ (120) “la igualdad es un valor para el hombre en cuanto ente genérico, es decir, en cuanto es un ente perteneciente a una determinada clase, justamente la humanidad”; [y la aplicación de este principio presupone], “la presencia de una pluralidad de entes de los que se trata de establecer qué relación existe entre ellos”.

El razonamiento planteado por Bobbio, invita a pensar: la igualdad importa identificar criterios que busquen establecer la semejanza relevante, para clasificar categorías, que responde a un fin. De ser así, la igualdad adquiere relevancia en los supuesto que impliquen una relación bilateral: se debe recibir de acuerdo a lo que se da; y, una relación multilateral e unidireccional: cuando se acuerdan derechos y deberes.

En los seguidos, analizaremos los supuestos relevantes en una relación multilateral y unidireccional, donde se exige una situación de igualdad: “En la cual uno se encuentra frente al problema de asignar derechos o deberes a una

⁴²⁵Bobbio N. Igualdad y libertad Barcelona: Paidós Ibérica; 1993, p. 54.

⁴²⁶ Ibid., p. 55.

pluralidad de individuos pertenecientes a una determinada categoría” (120)⁴²⁷. [Como es el derecho fundamental a la pensión de viudez]. En este supuesto, el problema de igualdad surgirá en la comparación entre personas; esto es tratar a un determinado sujeto en una determinada relación, por ello, la importancia de identificar los criterios para tal cometido.

Solo una vez, luego de haber determinado la justicia atributiva; esto es determinar a las personas, con relación a una categoría; se procederá, aplicar la fórmula de la regla de la justicia: “se deben tratar los iguales de modo igual y los desiguales de modo desigual” (120)⁴²⁸.

Hart al igual que Bobbio sostiene que la regla de la justicia, constituye una formula inacaba; y como tal, su aplicación responderá a un legalismo de una norma valida o invalida. En palabras de H.L.A, Hart (114)⁴²⁹, para que el derecho sea justo, no solo bastara recurrir a la idea central de la justicia: “tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera”. Según H.L.A Hart (114)⁴³⁰, para que el derecho sea justo, es necesario “saber cuándo para los fines que se tiene en mira, los casos han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes”.

Según el planteamiento de Hart y Bobbio, del cual somos partidarios; antes de aplicar la “regla de justicia”: igual a los iguales y desigual a los desiguales. Previamente, habremos determinado que una persona se encuentra en una relación de semejanza relevante de acuerdo a la finalidad. Pero esta solución, no

⁴²⁷ Ibid., p. 60.

⁴²⁸ Ibid., pp. 64-65.

⁴²⁹ Hart HLA. El concepto del Derecho Buenos Aires: Abeledo Perrot; 1961, p. 198.

⁴³⁰ Ibid., p. 199.

queda ahí, como se viene advirtiendo. Aún surgen la pregunta: ¿Qué criterios se debe establecer para distinguir relaciones de igualdad, de acuerdo a un fin?

Sobre nuestra pregunta. Pensamos que la palabra “fin” debe tener una relación con el criterio adoptado, para determinar una situación de igualdad con relación a personas. Por ejemplo: supongamos que se necesita contratar los servicios de un asistente legal para una compañía de abogados: cuya función será asistir en la resolución de problemas jurídicos.

En el caso ilustrado, el criterio “capacidad de resolución” ayudara a seleccionar a las personas que se encuentran con aptitud para resolver un caso; mientras el criterio de “mérito” o ser “varón” no son criterios relevantes para el objetivo encomendado. Porque habrá personas con títulos honrosos; pero tal cualidad no determinara por sí solo la capacidad o habilidad de resolver los casos jurídicos. Con este criterio, se puede establecer cuando dos o más personas son equiparables.

En ese entender: para distinguir relaciones de semejanzas a efectos de aplicar el principio de igualdad, pensemos en dos proceso: El primero, adoptar un criterio que responde al objeto para establecer relaciones de semejanza. El segundo, se debe examinar que el criterio adoptado responda a una relación entre el criterio adoptado y el fin buscado por el deber o derecho. Estos dos procesos serán ratificados una vez hayamos revisado el planteamiento de Roberto Saba, sobre el principio de igualdad.

Desde un punto de vista “estructural” del Principio de igualdad, según Roberto Saba, no solo puede ser entendido como: “igualdad de trato en igualdad de

circunstancias” (121)⁴³¹. Toda vez que esta interpretación de la igualdad de trato ante la ley, resulta inacabada o incompleta. A nuestro juicio esta fórmula no está lejos de la clásica formula: “se deben tratar los iguales de modo igual y los desiguales de modo desigual”.

El autor explica que el criterio en “igualdad de circunstancia” no ayuda a cumplir con los fines del principio de igualdad, no le falta razón. Por ejemplo: una norma establece que el ingreso a la universidad requiere haber terminado el nivel secundario además de ser “varón”. En este caso, se podría argumentar que en aplicación de este principio “todos los que se encuentren bajo la circunstancia “ser varón” gozaran de un trato igualitario, mientras que aquellas que no lo estén, también serán tratadas en forma igualitaria (121)⁴³². Es decir, las mujeres no podrán ingresar a la universidad, pese a tener estudios secundarios, por no cumplir con la condición ser “varón” que establece la ley.

El caso presentando en el párrafo precedente; cabe resaltar que el principio de la igualdad planteado como “la igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, resulta una forma inacabada. Toda vez que el criterio ser “varón” no constituye un criterio relevante, para un trato diferenciado. Según Saba, la formula igualdad ante la ley como igualdad de trato en igualdad de circunstancias, se debe completar con un segundo estándar o examen, que establezca que la determinada circunstancias sea razonable (121)⁴³³.

⁴³¹ Caicedo Tapia D, Porras Velasco A. La Igualdad y no Discriminación El Reto de la Diversidad Quito: Ministerio de Justicia Derecho Humanos y Cultos de Educador; 201, p. 62.

⁴³² Ibid., p. 64.

⁴³³ Ibid.

El examen de la razonabilidad, a nuestro juicio, permitirá un nuevo examen del criterio adoptado. Es decir, una vez establecido la relación de homogeneidad en base a un criterio que tenga por objeto diferenciar. Seguidamente, será necesario, un según examen de razonabilidad. El examen de razonabilidad, a juicio de Saba, implica una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el fin buscado por la norma y el criterio escogido para justificar el trato diferente” (121)⁴³⁴.

Estando a las ideas planteadas por los autores, cabe inferir que el principio de igualdad ante la ley exige para el cumplimiento de su mandato cuatro procesos. Primero, identificar el fin o la naturaleza del deber o derecho que se piensa distribuir en la ciudadanía. Segundo, identificar el criterio diferenciador que permite homogenizar a un selecto grupo de personas que respondan a una situación de hecho; esto es, que sean equiparables entre ellos. Tercero, determinar que el criterio adoptado sea razonable. Y cuarto, se debe establecerse una relación entre el criterio adoptado y el fin buscado por la norma.

Nuestra fórmula para la aplicación de la igualdad, será aplicada a la presente investigación. Partiremos hallando el primer paso, esto es señalando que la finalidad de la pensión de viudez, tiene por objeto otorgar cierto grado de seguridad social a la pareja supérstite con quien convivía efectivamente el pensionista o asegurado a la fecha de su fallecimiento (primer paso); es decir con quien mantenía una familia.

En el segundo proceso el principio de igualdad demanda: establecer criterios que permitan homogenizar a las personas en relación a una categoría. En nuestro caso el criterio: “pareja supérstite” responde a un criterio homogeneizador que

⁴³⁴ Ibid.

permite identificar a las personas que estén en la situación de viudez. Así mismo el criterio “contar con 5 años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento” constituye un criterio razonable para proteger a la pareja supérstite, independientemente de su condición social.

El tercer examen, exige que el criterio adoptado sea razonable. En este proceso del examen se excluye las categorías que discriminan, por razón de raza, origen, sexo, idioma, religión, etc. En nuestro caso el criterio “cónyuge” debe ser excluido por ser un criterio que privilegia al cónyuge en los términos del Código Civil, colocando a la conviviente supérstite en una situación de inferioridad.

Finalmente el examen relacional, se explica por la relación entre la finalidad de la institución de la pensión de sobrevivencia: “proteger a la familia” y los criterios adoptados: “pareja supérstite” y el criterio “5 años de convivencia efectiva a la fecha del fallecimiento”, responde de forma relacional.

7.3.1. Igualdad en la ley

La igualdad en la ley o la igualdad material nacen en un contexto histórico. En este caso con la Constitución Alemana de Weimar (1919), que establecía: “todos los alemanes son iguales ante la ley: artículo 119.1”. La explicación de esta máxima, responde a la posibilidad de que la ley puede incluir un trato discriminatorio, por ello, la exigencia del requisito de la igualdad en la ley (117)⁴³⁵.

Otro hecho histórico, de este principio o derecho que forma parte de la conquista de la humanidad, es la Constitución austriaca (artículo 7, apartado 1), y

⁴³⁵ Carmona Cuenca E. El Principio de Igualdad Material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Políticos. 1994; p. 269.

en la segunda postguerra, los ejemplos claros, son: la Constitución búlgara (1947: artículo 71) y la Constitución italiana (1948) (120)⁴³⁶.

Este principio de la igualdad <<en>> la ley, constituye una transformación del principio de la igualdad <<ante>> la ley. Este principio sugiere Bobbio debe entenderse desde un enfoque polémico, esto es, entender este principio a partir de la causa de su origen; es decir, a partir de lo que niega este principio.

Según Bobbio (120), “el paso del Estado estamental al Estado liberal burgués, aparece claro para quien toma en consideración la diferencia entre el Código prusiano de 1794-que contempla la estructura social: campesinos, burgueses y nobleza- y el Código napoleónico de 1804, donde solo hay ciudadanos”⁴³⁷. Es así, como el nuevo orden social del Estado liberal explica de forma clara el nacimiento del principio de la igualdad en la ley, como rechazo a la discriminación. En palabras de Bobbio, “contra lo que esta prescripción reacciona es contra la discriminación por nacimiento (el principio aristocrático) y otras formas de discriminación”⁴³⁸. Entonces, el principio de la igualdad en la ley nace como rechazo a la discriminación por nacimiento, ya sea por razón de sexo, origen social, origen económico, religión, etc.

En ese orden, habiendo entendido la causa que dio origen o a la transformación del principio ante la ley a un principio de igualdad en la ley. La igualdad en la ley desde una perspectiva material, Rubio Llorente, “el derecho a la igualdad en la ley, como derecho frente al poder del que emana la norma” (116)⁴³⁹.

⁴³⁶ Bobbio N. Igualdad y libertad Barcelona: Paidós Ibérica; 1993, p. 72.

⁴³⁷ Ibid., p. 73.

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ Rubio Llorente F. La Igualdad en la aplicación de la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 1997;; p. 146.

En efecto, al Poder Legislativo, en su actividad legislativa estará prohibido de acordar derecho a un grupo de forma parcial, discriminado por razón de origen.

En esa línea de pensamiento, Rubio Llorente⁴⁴⁰, el principio de la igualdad en la ley vincula al legislador en la prohibición de tratar de un modo desigual lo sustancialmente igual, obligándolo además a establecer una adecuada proporcionalidad entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias jurídicas que de ellas han de ser coherentes.

Bajo el razonamiento de Llorente cabe preguntarnos: ¿Qué criterio adoptar para establecer una adecuada proporcionalidad, al fin buscado por la norma? Advirtiendo que los criterios de relevancia o irrelevancia, establecida por la elección del valor, estará condicionada históricamente: toda vez que la diferencia relevante para un determinado periodo histórico no ha de ser considerado en un periodo posterior (120)⁴⁴¹. Por ejemplo, siglos atrás era relevante tener la condición de hijo matrimonial, para acceder a los derechos de alimentos y sucesión; sin embargo, hoy en día esta relevancia no es la misma.

Para Carmona, la igualdad en la ley o igualdad frente al legislador impide al legislador que pueda configurar supuestos de hecho en la formación de una disposición jurídica; “de modo que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos legítimamente adoptables, se encuentre en la misma situación” (117)⁴⁴². Aquello significara que el principio de igualdad actúa como un límite en la actuación

⁴⁴⁰ Ibid., p. 147.

⁴⁴¹ Bobbio, N. Ob. cit., p. 74.

⁴⁴² Carmona Cuenca E. El Principio de Igualdad Material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Políticos. 1994; p. 270.

del legislador, en el tratamiento legislativo que incluya alguna categoría de discriminación (122)⁴⁴³.

7.3.2. Igualdad en la aplicación de la ley o ante la ley

El principio de la igualdad ante la ley, encuentra su antecedente en el pensamiento político griego, ilustrado en el pensamiento de Eurípides: “No hay peor enemigo de una ciudad que un tirano, cuando no predominan las leyes generales y un solo hombre tiene el poder, dictando las leyes para sí mismo y sin ninguna equidad” (120)⁴⁴⁴.

En la modernidad, la igualdad ante la ley se encuentra plasmada en las Constituciones francesas: (1791, 1793 y 1795). Luego, reaparece en el artículo 6° de la Constitución Belga de 1830 y el artículo 24° del Estatuto Albertino. Con posterioridad a la posguerra, aparece en el artículo 119° de la Constitución de Weimar (1919) y artículo 7 de la Constitución austriaca (120)⁴⁴⁵. Y en la segunda posguerra, reaparece en la Constitución Bulgara: (1947) y el artículo 3° de la Constitución Italiana: (1848) (120)⁴⁴⁶.

En cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley o ante la ley explica. Según Llorente (116), el destinatario del principio de la igualdad ante la ley, es el “juez” y la administración⁴⁴⁷ Para este autor este principio constituye un derecho

⁴⁴³ Figueroa Bello A. Aproximaciones Teóricas de la Igualdad en la Normativa Constitucional Española. Cuestiones Constitucionales. 2012 Enero-Junio;(26), p. 134.

⁴⁴⁴ Bobbio, N. Ob. cit., p. 71.

⁴⁴⁵ Ibid.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 72.

⁴⁴⁷ Rubio Llorente F. La Igualdad en la aplicación de la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 1997;; p. 146-148.

fundamental, por el cual el criterio de igualdad se encuentra contenida en la propia ley, y de ahí que nadie puede hacer distinciones que las establecidas en ellas.

El principio de igualdad ante la ley, para Rubio Llorente, constituye una garantía para el cumplimiento del principio de legalidad; como defensa de la legalidad o del formalismo. Sin embargo, al parecer no se ha tenido en cuenta que el principio de legalidad, es planteado como defensa de la certeza del derecho (120)⁴⁴⁸. En ese sentido, la igualdad ante la ley, resultara una fórmula inacabada, cuando se está frente a una disposición jurídica que contenga una categoría discriminatoria. Esta fórmula a nuestro juicio, resulta idónea, cuando estamos frente a una norma válida.

Entonces, frente a una disposición válida, el principio de la igualdad ante la ley, debe entenderse: <<Todos los A deben B >> y subsiguientemente una decisión <<Algún A no debe B >> se está produciendo una violación de igualdad ante la ley (...)" . Es lo que también se llama <<aplicación imparcial >> de las normas (117)⁴⁴⁹.

Por último, solo cabe aplicar esta regla "igualdad ante la ley" cuando estamos frente a una regla válida, de lo contrario se aplicara la fórmula del principio de la igualdad en la ley en los supuestos de una disposición sospechosa.

⁴⁴⁸ Bobbio, N. Ob. cit., p. 67.

⁴⁴⁹ Carmona Cuenca E. El Principio de Igualdad Material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Políticos. 1994;: p. 267.

CAPÍTULO VIII

EL SILENCIO DE LA LEY EN LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LAS PAREJAS SUPÉRSTITES DE HECHO Y LOS PRINCIPIOS: PROTECCIÓN A LA FAMILIA, IGUALDAD Y SEGURIDAD SOCIAL

Dentro de este acápite, buscaremos responder a nuestro planteamiento del problema: general y específicos. Primero, iremos por la pregunta general: ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia) afecta principios constitucionales? Luego responderemos a los problemas específicos.

Para resolver nuestro problema principal. Partiremos por nuestro modelo jurídico vigente. Sobre esta cuestión, nos remitimos al contenido del artículo 3 ° y 43° de la constitución vigente; de cuyo texto se verifica que estamos ante proposiciones constitucionales de organización (45)⁴⁵⁰. Según estas normas, se

⁴⁵⁰ Quiroga Lavie H, Benedetti MA, De las Nieves Cenicacelaya M. Derecho Constitucional Argentino. Segunda ed. Santa Fe: Rubinzal y Asociados S.A; 2009, p. 64.

entiende que la organización de nuestro sistema jurídico debe estar inspirado en el modelo del Estado Democrático de Derecho.

El Estado Democrático de Derecho (ver capítulo III), pretende no solo proteger los derechos fundamentales liberales [Estado de Derecho]; sino también los sociales [Estado social]. En ese entender, el acceso a la seguridad social en pensiones: (art. 10 de la Constitución), tiene carácter de ser un derecho fundamental, por estar íntimamente ligado con la dignidad del hombre.

El artículo 10° de la Constitución vigente, textualmente 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” (8). Según este texto, el Estado, reconoce el acceso a la seguridad social de todo individuo que pertenezca a la categoría de la especie humana; por el solo de hecho de tener la condición de persona humana: siempre y cuando se encuentre frente a una contingencia social delimitada por una ley válida: [vejez, muerte, invalidez].

El acceso a la seguridad social en pensiones, al tener carácter fundamental, no solo es un derecho sino también un principio. (“según una concepción material” (43)⁴⁵¹. Y teniendo en cuenta que todo principio, contienen la información de la esencia de un “valor” cuya función es informar y delimitar la producción de enunciados jurídicos. Significará que el Poder legislativo, al momento de distribuir las prestaciones sociales que tiene por objeto cubrir las contingencias sociales, tendrá como obligación reconocer a todo individuo de la especie humana; sin

⁴⁵¹ Alexy R. Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios Colombia: Universidad Externado de Colombia; 2003, p. 37.

exclusión por razón de origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica o de cualquier índole (art. 2º inciso 2 de la Constitución) (8).

En ese orden, el legislador al delimitar la seguridad social en pensiones. Estará prohibido, de privilegiar a cierto grupo, en la distribución de las prestaciones económicas, así mismo, no podría excluir de tal beneficio por razón de origen, raza, etc; de hacerlo el legislador se habría excedido en las competencias para la cual, la constitución le ha facultado y con afectación del contenido esencial del derecho a la seguridad social, en contra del grupo discriminado.

El enunciado constitucional contenido en el artículo 10º de la Constitución, prescribe: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precisa la ley y para la elevación de su calidad de vida” (8). Del contenido de este enunciado, se advierte su carácter programático; pero esta cualidad no implica que no sea operativa respecto a su validez de norma constitucional: aquello significa que la limitación del legislador será el contenido esencial del derecho fundamental, y este contenido prohibirá al legislador expedir una ley que limite: el acceso a la pensión de viudez a la pareja supérstite de la unión de hecho, con vínculo matrimonial subsistente, que efectivamente mantenía con el causante una familia.

En cuanto al desarrollo constitucional del artículo 10º de la Constitución, en lo referente a la pensión de sobrevivencia-viudez. Se verifica que el legislador ha cumplido con el mandato del acceso a la seguridad social en pensiones. No obstante, acusamos que este tratamiento es defectuoso, por contener una categoría discriminatoria.

Por ejemplo los regímenes del Decreto Ley N° 19990: (artículo 53°) y el Decreto Legislativo N° 1133 (artículo 28°), establecen la categoría “cónyuge en los términos del Código Civil” como condición para acceder a la pensión de viudez.

En el caso del Decreto Ley N° 19990, el artículo 53°, en cuanto a la prestación de viudez, establece: “Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, (...) que haya estado a cargo de esta, siempre que el **matrimonio** se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante (...)” (69)⁴⁵². De forma concordante, el artículo 55, en cuanto a la caducidad de la pensión de sobrevivientes, establece como causal en el literal a) Contraer matrimonio el beneficiario (69).

Bajo el mismo tratamiento legislativo en el caso del Decreto Legislativo N° 1133, la pensión de viudez se encuentra regulada en el artículo 28°, textualmente prescribe: “Tiene derecho a pensión de viudez el cónyuge del causante o pensionista fallecido”. Y el tema de la caducidad, se genera, cuando el beneficiario, contrae matrimonio (art. 35° literal “a”) (70)⁴⁵³.

De ambos textos jurídicos citados, uno se pregunta: ¿Quién es el beneficiario de la pensión de viudez? Una interpretación jurídica desde el Código Civil, de la palabra “cónyuge”, podemos encontrarla en el libro III sobre “Derecho de Familia”. En cuanto al termino cónyuge, el artículo 234° del Código Civil, establece: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este

⁴⁵² Revisar el artículo 53° y 55° del Decreto Ley N° 19990, en el anexo: C-1.

⁴⁵³ Para mayor información de los textos de la pensión de viudez, dentro del régimen de pensiones del personal militar y policial, regulado por el Decreto Legislativo N° 1133, ver anexo: C-2.

Código, a fin de hacer vida en común” (79)⁴⁵⁴. Del texto de estas normas, se advierte que la palabra cónyuge hace referencia a la pareja unida en matrimonio civil, aquello conlleva que el beneficiario de la pensión de viudez sea el cónyuge supérstite.

De los enunciados jurídicos, objeto de examen citados *supra*, emana una norma explícita de exclusión de las parejas supérstites de la unión hecho propia e impropia. Así mismo, de forma implícita conserva una situación contraria a los principios constitucionales; toda vez que la pareja supérstite tanto de la unión de hecho (propia e impropia), no podrá gozar de la pensión de viudez cuando se produzca el suceso de la muerte —desprotegiéndose de esta forma a la familia de hecho por su origen. Sobre la afectación de los principios constitucionales sabremos luego de responder a las preguntas específicas.

El silencio de la ley respecto a las parejas supérstites convivientes de la “unión de hecho propia e impropia”; proviene del enunciado jurídico contenido tanto del artículo 53° D.L N° 19990 y 28° del D.Lg N° 1133. Esto significa que estamos, ante la omisión relativa o el silencio de la ley: casos donde “exista la conducta del legislador, de hacer cumplir los permisos o mandatos de hacer de la Constitución” (3)⁴⁵⁵; en este caso el tratamiento de la pensión de sobrevivencia; sin embargo, esta conducta es incompleta o defectuosa por afectación al principio de igualdad, en la distribución del derecho a la pensión de viudez.

En nuestro caso, está la conducta del legislador de regular la pensión de viudez; no obstante, esta actividad legislativa resulta ser defectuosa, porque es

⁴⁵⁴Código Civil Lima: Editores; 2013, p. 83.

⁴⁵⁵Villaverde Menéndez I. La Inconstitucionalidad por omisión Madrid: Madrid McGraw-Hill; 1997, pp. 59 y ss.

exclusiva de la familia civil regulada por el Código Civil, con discriminación de la familia de la unión de hecho (propia e impropia), por su origen. Esta afirmación nos conlleva a preguntarnos: ¿El silencio de la ley por la exclusión explícita de la pensión de viudez a la pareja de la unión de hecho propia e impropia afecta principios constitucionales?

A efectos de responder a la pregunta formulada en el párrafo precedente; recurriremos a nuestras preguntas formuladas como problemas específicos, los mismos que nos ayudan a solucionar nuestro problema general; esto es, saber que principios se afecta:

- ✓ ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia) afecta el principio de igualdad?
- ✓ ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia) afecta el principio de protección a la familia?
- ✓ ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia) afecta el principio del acceso a la seguridad social en pensiones?

Empecemos con el primer problema específico:

¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia) afecta el principio de igualdad?

Respecto a esta pregunta partiremos nuestros análisis, con el caso de la unión de hecho propia seguidamente la unión impropia. En el caso de la unión de hecho

propia, existe doctrina jurisprudencial uniforme respecto al reconocimiento de la pensión de viudez, tales son los casos: [STC N° 6572-2006-PA/TC y acumulados: Exp. N° 2263-2008-AA, Exp. N° 01632-2013-PA/TC, Exp. N° 02556-2010-PA/TC, y Exp. N° 1286-2013-PA/TC]. No obstante, como se advirtió líneas atrás, aún existe el silencio de la ley, respecto a este grupo: obstaculizando el goce oportuno de la pensión de viudez, una vez producido el suceso de la muerte.

Nosotros, somos de la idea que el “silencio de la ley” respecto a este grupo excluido, constituye una traba en el acceso a la pensión de viudez, una vez producido el suceso de la muerte. En razón, que a falta de ley expresa la conviviente supérstite no podrá gozar de la pensión de viudez en forma oportuna una vez producido el suceso de la muerte. Esta afirmación, se prueba con el caso de la pareja supérstite de la unión de hecho, (caso que motivo la presente investigación), que tardo más de 6 años en litigio, para obtener su pensión de viudez (Casación N° 14444-2013-JUNÍN) (123)⁴⁵⁶, pese a tratarse de una unión de hecho sin impedimento matrimonial.

Ahora sí, debemos partir con el análisis: ¿cómo el silencio de la ley o abstención del legislador en regular la pensión de viudez (unión de hecho propia e impropia) afecta el principio de igualdad?

Líneas atrás, afirmanos que estamos frente al silencio de la ley, en el caso de la pensión de viudez en las parejas supérstites de hecho (propia e impropia). Ahora debemos saber, si este silencio, afecta el principio de igualdad. De encontrar una respuesta afirmativa, estaremos ante un caso de inconstitucionalidad por “omisión relativa” o “silencio de la ley”.

⁴⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de Junín. Casación N° 14444-2013-JUNÍN.

El principio de igualdad, a nuestro juicio comprende el análisis de cuatro procesos: a) identificar el fin o la naturaleza del deber o derecho que se piensa distribuir en la ciudadanía, b) Identificar el criterio diferenciador que permite homogenizar a un selecto grupo de personas que respondan a una situación de hecho; esto es, que sean equiparables entre ellos, c) La razonabilidad del criterio adoptado y d) Establecer una relación entre el criterio adoptado y el fin buscado por la norma.

El primer examen constituye una idea que surge, a partir del pensamiento de H.L.A Hart, quien exige para que el derecho sea justo, es importante: “saber cuándo, para los fines que se tiene en mira, los casos han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes” (114)⁴⁵⁷. A partir de este razonamiento, el principio de igualdad, debe exigir un primer examen, esto es, identificar el fin o la naturaleza del deber o derecho que se piensa distribuir.

En nuestro caso, la pensión de viudez es un derecho fundamental que tiene por objeto otorgar seguridad social, a través de una prestación económica o en especie que permita enfrentar el desequilibrio económico, que enfrentara la pareja supérstite frente al suceso de la muerte de modo que la familia del asegurado no se vea perjudicada por el aporte que abonaba en vida.

El según examen que demanda el principio de igualdad es: Identificar el criterio diferenciador que permite homogenizar a un selecto grupo de personas que respondan a una situación de hecho; esto es, que sean equiparables entre ellos. Este segundo examen, parte del razonamiento de Hart, quien plantea: “los casos

⁴⁵⁷ Hart, H. L. A. Ob. cit., p. 199.

han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes” (114)⁴⁵⁸. A partir de este razonamiento, uno se plantea: ¿Cómo establecer que dos personas o cosas son equiparables? Esta pregunta, también nace a partir del razonamiento planteado por Bobbio (120)⁴⁵⁹, para quien en los casos donde se exige la relevancia de la igualdad son en los supuestos de asignación de derechos y deberes, a un conjunto de individuos que pertenecen a una misma categoría.

A partir del razonamiento de Hart y Bobbio, el mandato de la igualdad exige la equiparación de los individuos dentro de una categoría. Pero, ¿Cómo identificar la equiparación dentro de una categoría? Esta pregunta, podría encontrar una solución en los criterios que respondan a la finalidad del derecho o deber que ha de distribuirse, de modo que se discrimine entre las personas aquellas que no están en una relación de equiparación.

Por ello, como segundo examen que demanda el principio de igualdad, será: Identificar el criterio diferenciador que permite homogenizar a un selecto grupo de personas que respondan a una situación de hecho; esto es, que sean equiparables entre ellos. En nuestro caso, esta segunda fase, nos permite identificar dos criterios: “pareja supérstite” y “cinco años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento del causante”.

El primer criterio permite identificar a las personas que se encuentren en la situación de hecho de viudez: a través de este criterio “pareja supérstite” se discriminara a las personas que no se encuentren en la condición de viudedad. Por este criterio será pareja supérstite tanto el cónyuge como el conviviente (de la unión

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ Bobbio, N. Ob. cit., p. 60.

de hecho propia e impropia), en tanto haya convivido efectivamente con el causante.

El segundo criterio, nos permite clasificar a las parejas supérstites que efectivamente en los hechos convivía con el pensionista o asegurado, en sus últimos días de vida; por medio del criterio: “5 años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento”. Este criterio, se justifica por el periodo mínimo de residencia como correlato de la solidaridad en la contribución de forma indirecta al pago de una cuarta parte del requisito mínimo para jubilarse.

El tercer examen, que exige el principio de igualdad es c) la razonabilidad del criterio adoptado. Este razonamiento, es estructurado a partir del planteamiento de SABA, a la formula igualdad ante la ley como igualdad de trato en igualdad de circunstancias, se debe completar con un segundo estándar o examen, que establezca que la determinada circunstancia sea “razonable” (121)⁴⁶⁰.

La exigencia de la razonabilidad entendida como la necesidad de no establecer criterios arbitrarios, sino un criterio conforme a la razón, resulta un examen eficiente para excluir a los criterios o categorías discriminatorias, por razón de raza, origen, sexo, opinión, religión, idioma, condición económica (art. 2, inciso “2” de la Constitución) (8).

En nuestro caso, explicaremos que el criterio adoptado por el legislador, para el tratamiento de la pensión de viudez (D.L N° 19990 y D.Lg 1133), al establecer como condición para el acceso a la pensión de viudez, ser “cónyuge: situación que deriva del matrimonio civil”. Resulta un criterio no razonable, toda vez que este criterio privilegia en la protección de la seguridad social solo a la familia civil;

⁴⁶⁰Caicedo Tapia, D & Porras Velasco, A. Ob. cit., p, 64.

colocando en una situación de inferioridad a la familia de la unión de hecho (propia e impropia).

Entonces, la norma no puede establecer condición alguna en el estatuto de la pareja supérstite como condición para el otorgamiento de la pensión de viudez. Acaso será relevante para tener el acceso a la pensión de viudez discriminar entre los diferentes tipos de familia (población) y privilegiar a la pareja de la familia civil. Toda norma que establezca beneficio a un solo tipo de familia; será injusta. En ese entender, el criterio “cónyuge” mediante este tercer examen debe ser excluido por ser contrario al principio de igualdad: prohibición de la discriminación por razón de origen familiar.

Finalmente el cuarto examen que demanda el principio de igualdad es: d) establecer una relación entre el fin buscado por la norma que regula el derecho y el criterio adoptado.

Este último examen, en nuestro trabajo de investigación, se explica del siguiente modo. Los criterios adoptados: “pareja supérstite” y “cinco años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento” permite identificar a cualquier tipo de familia, con ello, se responde al objeto del derecho a la pensión; que es proteger a la familia sin discriminación por su origen.

Del examen de validez de los 53° del Decreto Ley N° 19990 y artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1133, a través del Principio de Igualdad. Se infiere que ambas disposiciones describen el fenómeno del “silencio de la ley”; toda vez que de ambas emanan una norma que excluye de forma explícita de su beneficio a la pensión de viudez a las parejas supérstites de la unión de hecho; y al mismo tiempo emanan una norma que genera una situación jurídica contraria, al principio de

igualdad; además de afectar el contenido esencial del acceso a la seguridad social en pensiones de este grupo excluido, conforme se explicara en adelante.

Seguidamente, debemos solucionar el segundo problema específico:

¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia) afecta el principio de protección a la familia?

Hemos sostenido, en líneas precedentes, que los enunciados jurídicos contenidos en los artículos (53°DL N° 19990 y 28° D. Lg N° 1133); constituye un caso del fenómeno del silencio de la ley; en razón, que emana de ambos enunciados jurídicos, una norma que excluye de forma explícita de la pensión de viudez a la pareja supérstite de nuestro concepto de unión de hecho. Al mismo tiempo, emana una norma que conserva una situación contraria al principio de igualdad. Ahora debemos explicar, si este silencio al mismo tiempo genera o conserva una situación jurídica contraria al principio de protección a la familia.

El principio de protección a la familia manda al Estado y a la Comunidad: la obligación de amparar, favorecer, defender a la familia ante todo, colocar a la familia encima de todo, protegiéndola de todo perjuicio y peligro que la pusiera en estado de vulnerabilidad.

En el capítulo (v), de la presente investigación, se ha concluido, que la unión de hecho propia, está conformada por: a) La unión de hecho entre el varón y la mujer, que libremente eligen hacer a una comunidad de vida, de forma estable, por un periodo mayor de dos años de convivencia efectiva; y, b) La unión de hecho entre el varón y la mujer, que no habiendo disuelto su vínculo matrimonial, han

optado libremente, por hacer una comunidad de vida de forma estable, por un periodo mayor de dos años de convivencia efectiva.

Estas formas de unión de hecho, cumplido el requisito de tiempo, dan origen a una familia al igual que la familia civil. Ahora, el hecho que sean diferentes en su forma, no implica que sean diferente en esencia; toda vez que son semejantes en varios aspectos relevantes: a) ambas formas, dan origen a una familia, b) soportan cargas económicas, sociales, y emocionales, para el mantenimiento de la familia; c) ambas formas buscan el bienestar de los integrantes de la familia.

Siendo así, no existe razonamiento que otorgue un tratamiento diferente entre la familia civil y la unión de hecho, cuando esté involucrado el derecho fundamental a la pensión de viudez. Aquello significa que cuando se produzca la muerte del pensionista; puede concurrir indistintamente el cónyuge o la conviviente supérstite (propia e impropia), según el caso. En ese sentido, el silencio de los artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 y 28° D.Lg N°1133 al excluir explícitamente a las parejas supérstites de nuestro concepto de la unión de hecho, también conserva de forma implícita una situación contraria al principio de protección a la familia.

Bajo este planteamiento, se vulnera el principio de protección a la familia cuando el enunciado jurídico contenido en el artículo 53°DL N° 19990 y 28° D.Lg N° 1133, no solo excluye explícitamente de la seguridad social a la pensión de viudez a la pareja supérstite de la familia de la unión de hecho; sino también porque conserva una situación jurídica contraria el principio protección a la familia.

Si una ley guarda silencio respecto de un grupo por razón de origen familiar como es el caso de la unión de hecho, este silencio conserva una situación contraria de forma implícita al principio de protección a la familia; toda vez que la supérstite

de hecho, enfrentará el desequilibrio económico del sostenimiento de la familia, a causa de la ausencia de la renta, que aportaba el pensionista o asegurado en vida.

Por lo tanto, nuestro segundo problema específico tiene como respuesta: el silencio de los enunciados jurídicos contenidos en los artículo 53° DL N° 19990 y 28° D. Lg N° 1133; no solo excluye de forma explícita a las parejas supérstites de la unión de hecho del acceso a la pensión de viudez; sino también, genera una situación contraria, al principio de protección a la familia; cuando se discrimina a la familia de la unión de hecho, por su origen (contenido esencial de un derecho fundamental a constituir una familia).

Finalmente debemos responder a la tercera pregunta específica:

¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de la unión de hecho (propia e impropia) afecta el principio del acceso a la seguridad social en pensiones?

Para responder a esta pregunta debemos partir reafirmando, que los enunciados jurídicos contenido en los artículos 53 ° DL N° 19990 y 28° D.Lg N° 1133: presentan un caso del silencio de la ley conforme se explicó líneas atrás.

Seguidamente, debemos recordar, que el enunciado constitucional contenido, en el artículo 10° de la constitución, 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” (8). La lectura del enunciado constitucional citado, nos advierte que estamos ante una norma programática, no obstante tal cualidad no desconoce su carácter operativo, dado su validez: de grado (norma supra) y cualidad de principio que fundamenta la producción de las normas inferiores.

El acceso a la seguridad en pensiones, como venimos explicando, es parte integrante de la seguridad social, conforme se expuso en el capítulo VII. Por este principio, el legislador al delimitar la seguridad social en pensiones estará prohibido de privilegiar a cierto grupo, en la distribución de las prestaciones económicas que ha de reconocer; de hacerlo el legislador se habría excedido en las competencias para la cual, la constitución le ha facultado (art. 102° inciso “1” y “2” de la Constitución).

Ahora, debemos responder si el silencio de los artículo 53°DL N° 19990 y 28° D.Lg N° 1133, afecta el principio de acceso a la seguridad social en pensiones. Para tener una respuesta certera habremos de analizar la validez de estas normas.

Según el artículo 53°DL N° 19990 y 28° D.Lg N° 1133, a partir de una interpretación conforme al Código Civil, se reconoce la pensión de viudez a favor del cónyuge, conforme se describió supra. Este tratamiento de la pensión de viudez, afecta el contenido esencial en el acceso a la pensión de las parejas supérstites de la unión de hecho.

En la solución a nuestro primer y segundo problema específico, hemos inferido que los enunciados jurídicos objeto de análisis, representa un caso que describe el fenómeno del “silencio de la ley”, toda vez que emana de ambas disposiciones, una norma que de forma explícita excluye a las parejas supérstites de la unión de hecho y al mismo tiempo emana una norma que de forma implícita conserva una situación jurídica contraria, a los principios de igualdad y protección a la familia. Ahora corresponderá estudiar, si también genera una situación contraria al principio de acceso a la seguridad social en pensiones.

Sobre esta cuestión, debemos resaltar que si el legislador distribuye un derecho dentro de un grupo homogéneo que son equiparables. Este estará prohibido de discriminar en el grupo por razón de origen.

En nuestro caso, el criterio adoptado por el legislador para identificar a la beneficiaria de la pensión de viudez, esto es tener la condición de “cónyuge”, excluye explícitamente a los convivientes supérstites de un derecho de carácter fundamental, como es la pensión de viudez.

En ese orden, reflexionando a partir del pensamiento de Carruitero: “El derecho no puede ser estudiado solamente como un conjunto de leyes y como ciertas características estáticas, hay que observarlo en funcionamiento. A decir de Weber, esto significa agregar al estudio de las características legales del Derecho, el estudio de los comportamientos efectivos de los sujetos jurídicos” (42)⁴⁶¹.

En ese sentido, por el principio de acceso a la seguridad social en pensiones le asiste a toda persona el derecho a una pensión de viudez, en el supuesto que tenga la condición de pareja supérstite respecto del pensionista o asegurado. En ese entender, tanto el cónyuge como la conviviente supérstite, le asiste el derecho a la pensión de viudez.

Las razones expuestas líneas atrás, son coherentes con el Convenio N° 102° de la OIT cuando establece que tanto el termino viuda para efectos de su aplicación, debe identificarse a la cónyuge que está a cargo de su marido al **momento de su fallecimiento**. Nótese el elemento material al momento de identificar a la viuda.

⁴⁶¹ Carruitero Lecca F. La Sociología del Derecho de Max Weber Lima: Jurista; 2003, p. 186.

Las parejas supérstites de la unión de hecho en el acceso a la pensión de sobrevivencia, según la Recomendación N° 67 de la OIT, en su artículo 13 numeral 1) señala: “Las prestaciones de sobrevivencia deberán pagarse...; c) en las condiciones determinadas por la legislación nacional, a la mujer que no estando casada haya cohabitado con el de cujus”⁴⁶².

Como es de advertir, según el Convenio 102 de la OIT y la Recomendación N° 67 señalan que las prestaciones de sobrevivencia protegen a las parejas supérstites de hecho que hayan convivido con el de cujus en el momento de su fallecimiento. Este argumento jurídico encuentra respaldo con lo dispuesto por el artículo 55^o⁴⁶³ y la Cuarta Disposición Final Transitoria⁴⁶⁴ de la Constitución.

Por lo tanto, el silencio de la ley que presentan los artículos 53° DL N° 19990 y el 28° D.Lg N° 1133, no solo excluye de forma explícita a las parejas de la unión de hecho a la pensión de viudez; sino también conserva una situación contraria de forma implícita al principio de acceso a la seguridad social en pensiones.

Finalmente, corresponde inferir que estamos ante un caso de inconstitucionalidad por omisión en razón: que el silencio de la ley que presenta los artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 y el artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1133; emana una norma que no solo excluye explícitamente a las parejas supérstites de la unión de hecho (afecta el contenido mínimo al derecho fundamental); sino también conserva una situación contraria a los principios:

⁴⁶² La Recomendación N° 67, fue adoptado en Filadelfia un 12 de mayo de 1944.

⁴⁶³ El artículo 55° de la Constitución, establece: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

⁴⁶⁴ La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

acceso a la igualdad, protección a la familia y acceso a la seguridad social en pensiones.

8.2. UNA REFORMULACIÓN LEGISLATIVA AL TRATAMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LOS REGÍMENES PREVISIONALES

En el apartado precedente, concluimos que el silencio de la ley de los artículos 53° del Decreto Ley N° 19990 y el artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1133, es un caso de inconstitucionalidad por omisión. Por lo que amerita, la reformulación de la pensión de viudez. Para ello, recurriremos a la teoría de los principios de Alexy.

Según la teoría de los principios, de Robert Alexy, los principios expresan la “idea de la optimización” (43)⁴⁶⁵. Así desde la tesis de la optimización: “Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (43)⁴⁶⁶.

Para Alexy, los principios “se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas” (43)⁴⁶⁷. Y cuando se refiere al ámbito de las posibilidades jurídicas, para Alexy, comprende a los principios que juegan en sentido contrario; esto es el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Y en el campo de las posibilidades fácticas, hace referencia a los subprincipios de la idoneidad y necesidad (43)⁴⁶⁸.

Bajo los planteamientos de Alexy, el acceso a la pensión de viudez debe ser replanteado de modo que tanto las parejas supérstites de la unión de hecho propia,

⁴⁶⁵Alexy, Robert. Ob. cit., p. 95.

⁴⁶⁶ Ibid.

⁴⁶⁷ Ibid.

⁴⁶⁸ Ibid, p. 101-102.

la unión de hecho con vínculo matrimonial subsistente y los cónyuges a que hace referencia el Código Civil, accedan a la pensión de viudez.

Nuestra reformulación legislativa, es un caso de colisión entre el principio de protección a la familia (P1) y el principio promueve el matrimonio (P2), que amerita ser evaluado dentro de la Teoría de los Principios.

En nuestro caso entre el Principio Promueven el Matrimonio y el Principio de Protección a la Familia, este último tiene mayor peso, al estar en juego la pensión de viudez que tiene carácter de un derecho fundamental. En nuestro caso, el criterio “cónyuge en los términos del CC” para acceder a la pensión de viudez, si bien responde a la optimización de (P2); no obstante limita el principio protección a la familia (P1). Por lo que esta medida, según el subprincipio de idoneidad no debe adoptarse

Ahora si buscamos la optimización del principio “Protección a la Familia”, será necesario adoptar una medida legislativa que proteja a la familia independientemente de su origen contra todo perjuicio. Entonces adoptar solamente la medida legislativa ser “conviviente” o ser “cónyuge” de forma excluyente para la obtención de la pensión de viudez: por el subprincipio de “idoneidad” no se adoptara ninguna de las dos medidas. En razón que la optimización del principio (P1) y el principio (P2) exige que no se adopte la medida que limita el principio que juega en contra. Por ello, una vez más las medidas —ser cónyuge o conviviente— no deben adoptarse por el sub principio de idoneidad.

Por el “subprincipio de necesidad” se permitirá una adopción menos intensa al principio de “promueve el matrimonio” y que permita la optimización de ambos principios. En nuestro caso, las medidas: “pareja supérstite” y “5 años de

convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento”, a efectos de identificar a la beneficiaria de la pensión de viudez: es una medida que permite que ambos principios que juegan en contra se realicen en la mayor medida posible. En razón, que el criterio “a la fecha de fallecimiento”: protege en la misma medida al cónyuge y a la conviviente supérstite con vínculo matrimonial subsistente o libre de impedimento matrimonial.

Los criterios: “pareja supérstite” y “5 años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento”; encuentra su justificación en la protección social a la pareja supérstite (cónyuge o conviviente: (propia o impropia)), con quien convivía efectivamente a la fecha de fallecimiento con el pensionista; de modo que esta persona no enfrente sola el sostenimiento de la economía familiar a falta del aporte del causante.

Y el criterio de “5 años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento” se justifica en el periodo de residencia en la familia como correlato de la solidaridad de forma indirecta a la contribución de la cuarta parte del número mínimo de aportes para jubilarse. Por lo que este periodo de cinco años se sustenta en la solidaridad y apoyo en el acceso a la seguridad social de la familia.

Estos criterios, son coherentes con la finalidad de la pensión de sobrevivencia y es como debería ser formulado el tratamiento legislativo de la pensión de viudez del régimen del DL N° 19990 y D.Lg N° 1133; pero no solo estos regímenes sino todo régimen destinado a regular la pensión de viudez. Por ello, se presenta 4 proyecto de ley: Código Civil, Ley N° 26662, (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos), Decreto Ley N° 19990 y el Decreto Legislativo N° 1133.

Finalmente debemos aclarar que la cónyuge o conviviente que haya mantenido una comunidad de vida con el causante durante el inicio de aportes hasta el mínimo de aportes exigidos para jubilarse, no accederá a la pensión de viudez, sino cumple con el requisito de “convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento”. En razón que la seguridad social, tiene por objeto proteger a la pareja integrante de la familia del causante y no a la ex pareja. En estos casos, el ex cónyuge o conviviente afectado podrá solicitar vía indemnización una reparación civil contra su ex cónyuge o conviviente.

CONCLUSIONES

1. El “silencio de la ley” que presenta los artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 y el artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1133; no solo excluye explícitamente a las parejas supérstites de la unión de hecho (afecta el contenido esencial al derecho fundamental); sino también genera una situación contraria a los principios: acceso a la igualdad, protección a la familia y acceso a la seguridad social en pensiones.
2. El “silencio de la ley” a la que hacemos mención, conservan una situación contraria de forma implícita al principio de igualdad, cuando al tener carácter fundamental el derecho a la pensión el legislador adoptó la medida legislativa “cónyuge”: que discrimina a las parejas supérstites de la unión: (propia e impropia), en el acceso a la pensión de viudez.
3. Asimismo, el “silencio de la ley”, conservan una situación contraria de forma implícita al principio de protección a la familia; cuando no se otorga la misma seguridad social en pensiones que goza la familia civil, a la familia de la unión de hecho: propia e impropia por razón de origen.
4. Finalmente este “silencio de la ley” que presentan los artículos 53° DL N° 19990 y el 28° D.Lg 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.

RECOMENDACIONES

1. El presente caso sobre el “silencio de la ley” de los artículos objeto de examen, amerita la reformulación del tratamiento legislativo de la pensión de viudez. Mediante la medida legislativa: “pareja supérstite” y “cinco años de convivencia efectiva a la fecha de fallecimiento”, en los regímenes del Decreto Ley N° 19990 y Decreto Legislativo N° 1133 (sin exclusión de otros regímenes).
2. El objeto de la reformulación es tratar por igual a la cónyuge y conviviente (propio e impropio) en el acceso a la seguridad social en pensiones; en razón que la naturaleza de la pensión de viudez tiene objeto proteger a la pareja supérstite; de modo que no enfrente sola al sostenimiento de la familia por la faltante de quien en vida aportaba.
3. Las modificaciones de nuestro proyecto de Ley modifican la sección pertinente a la pensión de viudez del Decreto Ley N° 19990 y el capítulo IV del Decreto Legislativo N° 1133.
4. Asimismo, presentamos las modificaciones a la Ley N° 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos y artículos: 326° y 349° del libro de familia del Código Civil.

PROYECTO DE LEY: Que presenta modificaciones a la regulación de la pensión de viudez en el DL 19990 y D.Lg 1133.

Artículo 1.- Sustituye el artículo 53° e incorpora los artículos 53°, 54°, 55, 56° 57° y 58 de la sección I de la pensión de viudez y modifica el literal “a” del artículo 65° del régimen regulado por el Decreto Ley N° 19990 (Sistema Nacional de Pensiones), el cual queda redactado de la siguiente forma.

Artículo 53°. Definición de viuda para efectos pensionales

Es la persona quien convive efectivamente con el pensionista o asegurado a la fecha de su fallecimiento. Dentro del término viuda se incluye a la pareja supérstite de la familia civil y de la unión de hecho.

Artículo 54°.- Las parejas supérstite de la unión de hecho para efectos pensionales

La unión de hecho para efectos de la pensión de viudez comprende: a) La unión de un varón y una mujer que deciden libremente hacer una comunidad de vida, de forma estable, por más de dos años; y, b) La unión de un varón y una mujer, que no habiendo disuelto su vínculo matrimonial, han optado libremente por hacer una comunidad de vida de forma estable por un periodo mayor de dos años de convivencia efectiva.

La unión de hecho en ambos casos, se prueba con la partida o acta respectiva, expedido por el registro civil correspondiente o con sentencia judicial.

No genera pensión de viudez las uniones de parejas que se encuentren en los condiciones previstas en los artículos: a). Los incapaces absolutos, a que se refiere el artículo 43° del Código Civil, b) Del estado, de las personas a que se refiere el inciso “2” y “3” del artículo 241° del Código Civil ; c) Los consanguíneos en línea recta y en línea colateral dentro del segundo y el tercer grado, a que se refiere el artículo 242° inciso “1” y “2” del Código Civil; y d). Del tutor o del curador con el menor o incapaz, durante el ejercicio del cargo, a que se refiere el artículo 243° inciso 1) del Código Civil, con la salvedad que establece este artículo.

Artículo 55° Pensión de viudez

Tiene derecho a pensión de viudez la pareja supérstite del pensionista o asegurado. La pensión de viudez se reconoce a quien haya convivido cuando menos un mínimo de 5 años de convivencia efectiva a la fecha del fallecimiento del causante.

Artículo 56. Pensión de viudez en caso de convivencia simultanea

En caso de convivencia simultánea del pensionista o asegurado, entre el cónyuge y el conviviente, el monto de la pensión de viudez es proporcional al año de convivencia efectiva; siempre y cuando se acredite 5 años de convivencia efectiva.

Artículo 57°. El requisito de la convivencia efectiva

Se presume los años de convivencia efectiva ininterrumpida, con la partida de matrimonio en el caso de la familia civil. En el caso de la familia de unión de hecho con el registro personal de unión estable, expedido por el registro civil o sentencia judicial firme.

Artículo 65.- Caduca la pensión

Caduca la pensión de sobrevivientes según el caso por:

- a) Cuando el beneficiario contrae matrimonio o constituye unión de hecho.

Artículo 2.- Sustituye el artículo 28° por los artículos 28°, 29°, 30°, 31° y 32° al capítulo IV de la pensión de sobrevivencia y modifica el literal “a” del artículo 35° del régimen regulado por el Decreto Legislativo N° 1133 (Régimen de Pensiones del personal militar y policial), el cual queda redactado de la siguiente forma.

Artículo 28°. Definición de viuda para efectos pensionales

Es la persona quien convive efectivamente, con el pensionista o asegurado a la fecha de su fallecimiento. Dentro del término viuda se incluye a la pareja supérstite de la familia matrimonial civil y de la unión de hecho.

Artículo 29°.- Las parejas supérstite de la unión de hecho para efectos pensionales

La unión de hecho, para efectos de la pensión de viudez comprende: a) La unión de un varón y una mujer que deciden libremente hacer una comunidad de vida de forma estable, por más de dos años; y b) La unión de un varón y una mujer que no habiendo disuelto su vínculo matrimonial han optado libremente, por hacer una comunidad de vida de forma estable, por un periodo mayor de dos años de convivencia efectiva.

La unión de hecho en ambos casos, se prueba con la partida o acta respectiva, expedido por el registro civil correspondiente o con sentencia judicial.

No genera pensión de viudez las uniones de parejas que se encuentren en los condiciones previstas en los artículos: a). Los incapaces absolutos, a que se refiere el artículo 43° del Código Civil, b) Del estado, de las personas a que se refiere el inciso “2” y “3” del artículo 241° del Código Civil ; c) Los consanguíneos en línea recta y en línea colateral dentro del segundo y el tercer grado, a que se refiere el artículo 242° inciso “1” y “2” del Código Civil; y d). Del tutor o del curador con el menor o incapaz, durante el ejercicio del cargo, a que se refiere el artículo 243° inciso 1) del Código Civil, con la salvedad que establece este artículo.

Artículo 30°. Pensión de viudez

Tiene derecho a pensión de viudez la pareja supérstite del pensionista o asegurado. La pensión de viudez, se reconoce a quien, haya convivido cuando menos un mínimo de 5 años de convivencia efectiva a la fecha del fallecimiento del causante.

Artículo 31. Pensión de viudez en caso de convivencia simultanea

En caso de convivencia simultánea del pensionista o asegurado entre el casado y el conviviente, el monto de la pensión de viudez es proporcional al año de convivencia efectiva; siempre y cuando se acredite 5 años de convivencia efectiva.

Artículo 32°. El requisito de la convivencia efectiva

Se presume los años de convivencia efectiva ininterrumpida con la partida de matrimonio en el caso de la familia matrimonial. En el caso de la familia de unión de hecho con el registro personal de unión estable expedido por el registro civil o sentencia judicial firme.

Artículo 35.- Caduca la pensión

Caduca la pensión de sobrevivientes, según el caso por:

a) Cuando el beneficiario contrae matrimonio o constituye unión de hecho.

**PROYECTO DE LEY: modificatorias
al artículo 326° y 349° del libro de
familia del Código Civil**

Artículo 1° Modifica el artículo 326° del Código Civil

Genera consecuencias jurídicas, respecto de sus miembros, las siguientes formas de unión de hecho:

a) La unión de hecho entre el varón y la mujer que libremente eligen hacer una comunidad de vida de forma estable, por un periodo mayor de dos años de convivencia efectiva.

b) La unión de hecho entre el varón y la mujer que no habiendo disuelto su vínculo matrimonial, han optado libremente por hacer una comunidad de vida de forma estable, por un periodo mayor de dos años de convivencia efectiva. En este caso, la convivencia efectiva y estable, por más de dos años, extingue el vínculo matrimonial subsistente.

Las dos formas de uniones de hecho señaladas en los párrafos precedentes de este artículo; da origen a una comunidad de bienes, sujeta al régimen de sociedad de gananciales. Este tipo de unión genera consecuencias jurídicas, a partir de los dos años de convivencia estable.

Ambas formas de unión de hecho, se prueba con la partida o acta expedida por el registro civil correspondiente.

No genera consecuencias jurídicas las uniones de parejas, que se encuentren en los condiciones previstas en los artículos: a). Los incapaces absolutos, a que se refiere el artículo 43° del Código Civil, b) Del estado, de las personas a que se refiere el inciso “2” y “3” del artículo 241° del Código Civil ; c) Los consanguíneos en línea recta y en línea colateral dentro del segundo y el tercer grado, a que se refiere el artículo 242° inciso “1” y “2” del Código Civil; y d). Del tutor o del curador con el menor o incapaz, durante el ejercicio del cargo, a que se refiere el artículo 243° inciso 1) del Código Civil, con la salvedad que establece este artículo.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el abandonado puede solicitar pensión de alimentos o indemnización, además de los derechos que le corresponde de conformidad con la sociedad de gananciales.

Las uniones de hecho, descritas en este 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 íntegramente sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Artículo 2°.- Incorpórese un segundo párrafo al artículo 349° del Código Civil

El divorcio se disuelve de forma automática, cuando uno o ambos excónyuges hayan constituido una unión de hecho por más de dos años. La unión de hecho se prueba con el acta o partida de la unión estable.

PROYECTO DE LEY: Ley que modifica el capítulo VIII la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

Artículo 1.- Modifíquese los artículos del Capítulo VIII de la Ley N° 26662, el texto debe quedar redactado de la siguiente forma.

CAPÍTULO VIII
“DECLARACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO”

Artículo 45. Procedencia

Procede el reconocimiento de la unión hecho en los siguientes casos:

- a) La unión de hecho entre el varón y la mujer que libremente eligen una comunidad de vida de forma estable, por un periodo mayor de dos años de convivencia efectiva.
- b) La unión de hecho entre el varón y la mujer que no habiendo disuelto su vínculo matrimonial han optado libremente por hacer una comunidad de vida, por un periodo mayor de dos años de convivencia efectiva.

Artículo 46° Requisitos de solicitud

- 1. Nombres y firmas de ambos solicitantes;
- 2. Reconocimiento expreso que conviven no menor de dos (2) años de manera continua;
- 3. Declaración expresa de los solicitantes de encontrarse excluidos de los supuestos: a). Los incapaces absolutos, a que se refiere el artículo 43° del Código Civil, b) Del estado, de las personas a que se refiere el inciso “2” y “3” del artículo 241° del Código Civil ; c) Los consanguíneos en línea recta y en línea colateral dentro del segundo y el tercer grado, a que se refiere el artículo 242° inciso “1” y “2” del Código Civil; y d). Del tutor o del curador con el menor o incapaz, durante el ejercicio del cargo, a que se refiere el artículo 243° inciso 1) del Código Civil, con la salvedad que establece este artículo.
- 4. Declaración expresa de los solicitantes, que ninguno tenga una vida en común con otro varón o mujer según el caso, ya sea de hecho o civilmente.

5. Certificado domiciliario de los solicitantes;
6. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes;
7. Declaración de dos (2) testigos, que manifiesten que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más de forma estable.
8. Partida matrimonial civil tanto del varón y de la mujer; en el caso del supuesto contenido en el artículo 45° inciso b).
9. Acta de ausencia de posesión constante del estado de casado, por dos años ininterrumpidos emitido por el funcionario del Registro Civil, en el caso del supuesto contenido en el artículo 45° inciso b).

Artículo 47° Publicación y emplazamiento

El notario manda a publicar un extracto de la solicitud de conformidad con el artículo 13;

En el caso del supuesto del literal b) del artículo 45, además de la publicación del extracto de la solicitud se emplazada al ex cónyuge en su domicilio.

En caso de oposición de parte del ex cónyuge, solo respecto a la falsedad en el contenido de los requisitos para la declaración de la unión de hecho, se procederá a la remisión de los actuados al juzgado especializado en la familia.

Artículo 48° Protocolización de los actuados

Transcurrido quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes.

En el caso de la unión de hecho a que se refiere el literal “b” del artículo 45; además del trámite en el primer párrafo de este artículo declara la extinción del vínculo matrimonial, respecto de los ex cónyuges.

Artículo 49. Inscripción de la unión de hecho

Cumplido el trámite indicado en el artículo 48°, el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes.

Artículo 50. Responsabilidad

Si cualquiera de los solicitantes proporciona información falsa para sustentar su pedido ante el notario público, será pasible de responsabilidad penal conforme a la ley de la materia.

Artículo 51° Cese de la unión de hecho

Si los convivientes optan poner fin a su estado de convivencia, podrán hacerlo en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social, para este caso no se necesita haber publicaciones.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. Garcia Rubio MP. Las Uniones de Hecho en España. Una Visión Jurídica.. Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad. 2006;(10): p. 113-138.
2. Ureña Martínez M. Parejas de hecho y pensión de viudedad Tras las ultimas sentencias del Tribunal Constitucional. Derecho Privado y Constitución. 2015;(29): p. 347-388.
3. Villaverde Menéndez I. La Inconstitucionalidad por omisión Madrid: Madrid McGraw-Hill; 1997.
4. Bazan V. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales Bogota: Fundación Konrand Adenauer; 2014.
5. Wójcik A. La Unión de Hecho y el Matrimonio. Diferencia Antropológico-Jurídica Navarra: Universidad de Navarra; 2002.
6. Organización Internacional de Trabajo. El Convenio Sobre la Seguridad Social (norma minima), 1952 (núm, 102).
7. Convención Interamericana de Derechos Humanos.
8. Constitución Política del Perú. 1993. Congreso de la República ed. Peru; 2017.
9. Corte Interamericana de Derehos Humanos. Caso "Cinco Pensionistas" Vs Perú. ; 2003.
10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 38/09. 2009. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras Perú.
11. Tribunal Constitucional peruano. STC N° 06572-2006-PA/TC Piura.
12. Tribunal Administrativo Previsional. Ofina de Normalización Previsional. [Online].; 2016 [cited 2017 Setiembre 7. Available from: https://www.onp.gob.pe/seccion/centro_de_documentosTAP/Documentos/PRECEDENTE%20ADM%20-%20Resoluci%C3%B3n%20N%C2%B00000001095.pdf.
13. Alarcón Requejo G. Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-políticaa desde Elías Díaz Madrid: Dykinson, S.L; 2007.
14. Vazquez Vialard A. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Octava ed. Buenos Aires: Astrea; 1999.
15. De Diego A. Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Quinta ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 2002.
16. De la Rúa Martín M. El fenomeno actual de las parejas de hecho y sus diversas repercusiones sociales y juridicas Salamanca: Universidad de Salamanca; 2015.
17. Marcos Rueda E. Cielo. [Online]. [cited 2017 setiembre 6. Available from: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2015/07/rueda_pension_concubinas.pdf.

18. Irazábal Chávez J. PIRHUA. [Online].; 2015 [cited 2016 setiembre 17. Available from: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2350/DER_041.pdf?sequence=1.
19. Yaranga Cesar C. Las Uniones de Hecho Impropia y la Protección Jurídica de la Pensión de Viudez en un Estado Constitucional en la Ciudad de Huancayo, 2011 Huancayo: Universidad Peruana los Andes; 2012.
20. Carruitero Lecca F. Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica Lima: San Bernardo; 2014.
21. Uriarte Mora F. La Investigación Científica Lima: Universidad Nacional Federico Villareal; 2001.
22. Carraso Diaz S. Metodología de Investigación Científica Lima: San Marcos; 2006.
23. Santiago Valderrama M. Pasos para Elaborar Proyectos de Investigación Científica. Segunda ed. Lima: San Marcos; 2013.
24. Pavó Acosta R. La Investigación Científica del Derecho Lima: Inca Garcilaso de la Vega; 2009.
25. Ramos Nuñez C. Como hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento. cuarta ed. Lima: Gaceta Jurídica; 2007.
26. Ramírez Erazo R. Proyecto de Investigación Como se Hace una Tesis. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; 2010.
27. Rubio Correa M. El Sistema Jurídico. Sexta ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; 2006.
28. Muñoz Razo C. Como Elaborar y Asesorar una Investigación de Tesis Mexico: Person Educación; 1998.
29. Aranzamendi Ninacondor L. Investigación Jurídica: de la ciencia y del conocimiento científico Lima: Grijley; 2015.
30. López Noguero F. El análisis de contenido como método de investigación. Revista de Educación de la Universidad de Huelva. 2002 Abril;; p. 167-179.
31. De Buen Lozano N, Morgado Valenzuela E. Intituciones de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social Mexico: Academia Iberoamericana de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social: Universidad Nacional Autónoma de Mexico; 1997.
32. Abanto Revilla C. Manual del Sistema Nacional de Pensiones Lima: Gaceta Juridica; 2014.
33. Lino Chirinos B. Tratado de la Seguridad Social Buenos Aires: La Ley; 2009.
34. Verdera V F. Instituto de Estudios Peruanos. [Online].; 1997 [cited 2016 setiembre 17. Available from: http://bibliotk.iep.org.pe/bib_img/10749-8-1.pdf.
35. Neves Mujica J. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Lima: Grijley; 2009.

36. Sagrebelsky G. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional.
37. Departamento de Humanidades de la EAFIT. Teoría y Filosofía Política Bogota: Universidad EAFIT; 2011.
38. García Toma V. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Cuarta ed. Lima: Adrus; 2014.
39. A. Vanossi JR. Estado de derecho Buenos Aires: Astrea; 2008.
40. Marín Cortés F. Publico y Privado. Estudio sobre el Estado de derecho, el Estado Constitucional, la globalización, la democracia, los derechos fundamentales y la nueva estructura de los poderes público y privado Bogota: Temis; 2008.
41. Benthán J. Fragmento sobre el gobierno España: Altamira; 1985.
42. Carruitero Lecca F. La Sociología del Derecho de Max Weber Lima: Jurista; 2003.
43. Alexy R. Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios Colombia: Universidad Externado de Colombia; 2003.
44. Rendón Vásquez J. Derecho del Trabajo. Segunda ed. Lima: Grijley; 2007.
45. Quiroga Lavie H, Benedetti MA, De las Nieves Cenicacelaya M. Derecho Constitucional Argentino. Segunda ed. Santa Fe: Rubinzal y Asociados S.A; 2009.
46. Española RA. Diccionario de la lengua Española. [Online].; 2001 [cited 2016 setiembre 30. Available from: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.
47. Bulnes Aldunate L. La Inconstitucionalidad por omisión. Estudios Constitucionales. 2006;(1): p. 251-264.
48. Báez Silva C. La omisión Legislativa y su Inconstitucionalidad en Mexico. Boletin Mexicano de Derecho Comparado. 2002;(105).
49. Sagues , Bidart Campos , Fernández Segado , Miranda , Fernandez Rodríguez , Bazán. Inconstitucionalidad por omisión Bogota: Temis S.A; 1997.
50. Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993 Lima: Congreso de la República del Peru; 1993.
51. Tribunal Constitucional peruano. STC N° 00014-2007-PI/TC.
52. Tribunal Constitucional peruano. STC N° 005427-2009-PC/TC.
53. Fernández Rodríguez J. La Inconstitucionalidad por omisión. Estudios Politicos. 1998;(101): p. 335-359.
54. Tajadura Tejada J. La Inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales. La Protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea. 2002;; p. 443-465.

55. Diaz Gamboa LB. La Inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los Derechos Humanos. Nueva Epoca. 2011 Junio; 17(36).
56. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
57. Departamento de Derecho Internacional. Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
58. Organización de los Estado Americanos. Carta de la Organización de los Estados Americanos.
59. Olea García BA. Derecho de la Protección Social: derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales España: Thomson Reuters Proview; 2013.
60. Real Academia Española. Real Academia Española. [Online].; 1998 [cited 2017 Setiembre 12. Available from: <http://www.rae.es/la-institucion/presentacion>.
61. Fernando. Manual de Derecho de la Seguridad Social Bilbao: Universidad de Deusto Bilbao; 1984.
62. Tribunal Constitucional Peruano. STC N° 00050-2005-AI/TC y acumulados. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.
63. Corte Constitucional de la Republica de Colombia. Sentencia-706/15 Bogota: Corte Constitucional de la Republica Colombiana; 2015.
64. Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 03605-2005-AA/TC. Lambayeque...
65. Tribunal Constitucional Peruano. STC N°09708-2006-AA/TC.
66. Tribunal Constitucional de la Republica Dominicana. TC/ 0012/12.
67. Corte Constitucional de la Republica de Colombia. Sentencia C-1035-2008.
68. Corte Constitucional de la Republica de Colombia. Sentencia T-485/2011.
69. Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad. Ley N° 19990.
70. Regimen de Pensiones del Personal Militar y Policial. Ley N° 1133.
71. Ley General de la Seguridad Social Real E. Decreto Legislativo N° 8/2015.
72. Sistema de Seguridad Social Integral , C. Ley 100 de 1993.
73. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones A. Ley N° 24.241.
74. Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 2263-2008-AA.
75. Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 01632-2013-PA/TC.
76. Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 02556-2010-PA/TC.

77. Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 1286-2013-PA/TC.
78. Organización Internacional de Trabajo. Convenio Sobre la Seguridad Social, 1952. N° 102..
79. Código Civil Lima: Editores; 2013.
80. Ureña Martínez M. Pareja de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional. *Derecho Privado y Constitución*. 2015;(29): p. 347-388.
81. Engels F. El Origen de la Familia la Propiedad Privada y el Estado. Cuarta ed. Moscú: Archivo Marx - Engels; 2012.
82. Morgan LH. La Sociedad Antigua; 1877.
83. Kovalevsky M. Orígenes Evolución de la Familia y de la Propiedad Barcelona: F. Granada.
84. Sumner Maine SH. Las Instituciones Primitivas Madrid: La España Moderna; 1880.
85. Durkheim E. Las Reglas del Método Sociológico Mexico: Fondo de Cultura Económica; 1986.
86. Corral Talciani H. Derecho y Derechos de la Familia Lima: Grijley; 2005.
87. Vega Mere Y. Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Tercera ed. Lima: Morivensa SRL; 2009.
88. Navarro I, Musito G, Herrero J. Familias y Problemas una Programa Especializado de intervención psicosocial Madrid: Síntesis S.A; 2007.
89. Garay Molina AC. Custodia de los Hijos Cuando se da Fin al Matrimonio Lima: Grijley; 2009.
90. Hinojosa Minguez A. Derecho de Familia. Segunda ed. Lima: Fecat; 1997.
91. Bossert GA, Zannoni EA. Manual de derecho de familia Buenos Aires: Astrea; 2010.
92. Instituto Nacional de Estadística e Informática. Censo Nacional 2007 XI de población y VI de vivienda. Perú.
93. Registro Nacional de Identificación y Estado. Sub Gerencia de Estadística del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Perú.
94. Latre M. El Sacramento y Ecumenico, CONCILIO DE TRENTO Barcelona: Ramon Martin Indár; 1564.
95. Gallegos Canales Y, Jara Quispe RS. Manual de Derecho de Familia Lima: Jurista E.I.R.L; 2012.
96. Arévalo Caballero W. Notas sobre la configuración de las uniones de hecho en Roma. *Feminismo/s*. 2006 Diciembre;(8): p. 77-86.
97. Belluscio AC. Manual de Derecho de Familia. Sexta ed. Buenos Aires: Astrea; 2004.

98. Biedma Ferrer JM. Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas. Universidad de Alcalá. 2011;(4): p. 199-222.
99. Alvarez Lata N. La pareja de hecho: perspectiva jurisprudencial. Derecho Privado y Constitución. 1998;(12): p. 7-68.
100. Belluscio AC. Manual de Derecho de Familia Buenos Aires: Astrea; 2004.
101. Guastini R. Interpretar y Argumentar Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2014.
102. Sanchez Gil R. Contenido esencial de los derechos fundamentales. [Online]. [cited 2017 Setiembre 15. Available from:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/12.pdf>.
103. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
104. Constitución Española.
105. Nogueira Alcalá H. Teoría y Dogmatica de los Derechos Fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003;(156): p. 799-832.
106. Castillo Cordova L. Pirhua. [Online].; 2002 [cited 2016 octubre 25. Available from:
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1.
107. Benavides Ordoñez J&ESJ. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana Constitucional CdEyDdD, editor. Quito: Corte Constitucional del Ecuador; 2013.
108. Prieto Sánchis L. La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades. Instituto Bartolome de las Casas. 2000;(8): p. 429-468.
109. Bernal Pulido C. Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría adecuada de los Derecho Fundamentales de la Constitución Española? Doxa. 2007;(30): p. 273-291.
110. Barandiarán E. La Vinculación del Legislador a los Derechos Fundamentales Chile: Instituto de Economía Pontificia Universidad Católica de Chile; 2001.
111. Tribunal Consstitucional Peruano. STC 1417-2005-PA/TC. 2005.
112. Bernal Pulido C. Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. Doxa. 2007; p. 273-291.
113. Hernando Nieto E. Neocosntitucionalismo y Teoria de la Argumentación Juridica: ¿son realmente proyectos convergentes? Ius Et Veritas. 2008;(36): p. 183-201.
114. Hart HLA. El concepto del Derecho Buenos Aires: Abeledo Perrot; 1961.
115. La Constitución Comentada Lima: Gaceta Juridica S.A; 2005.

116. Rubio Llorente F. La Igualdad en la aplicación de la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 1997;: p. 145-156.
117. Carmona Cuenca E. El Principio de Igualdad Material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Políticos. 1994;: p. 265-285.
118. Hernández Martínez MdP. El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Universidad Nacional Autónoma de México. ;(81): p. 693-712.
119. Suarez Espino ML. La Determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española. Revista de Ciencias Jurídicas. 2007-2008;: p. 203-217.
120. Bobbio N. Igualdad y libertad Barcelona: Paidós Ibérica; 1993.
121. Caicedo Tapia D, Porras Velasco A. La Igualdad y no Discriminación El Reto de la Diversidad Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos de Ecuador; 2010.
122. Figueroa Bello A. Aproximaciones Teóricas de la Igualdad en la Normativa Constitucional Española. Cuestiones Constitucionales. 2012 Enero-Junio;(26).
123. Corte Suprema de Justicia de Junín. Casación N° 14444-2013-JUNÍN..
124. Tribunal Constitucional peruano. Exp. N° 9332-2006-PA/TC.
125. Ley N° 24786 (Ley General del Instituto Peruano de Seguridad Social)..
126. Ley N° 13640 (vigente desde abril de 1961). Ley que otorga jubilación a los obreros.
127. Ley N° 13724. Ley del Seguro Social del Empleado..
128. Salvador Ang O. Chihuahua y la Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. Quid Iuris. 2012;(17).
129. Bidart Campos S, Segado Miranda , Rodríguez Rodríguez B. Inconstitucionalidad por omisión Bazán V, editor. Santa Fe de Bogotá: Temis S.A; 1997.
130. Instituto Nacional de Estadística e Informática. INEI. [Online].; 2015 [cited 2017 Junio 15. Available from: https://www.inei.gob.pe/media/cifras_de_pobreza/exposicion_inei_pobreza2015.pdf.
131. Arechederra L. El Matrimonio Informal (Nadie Puede Querer, lo que realmente quiere, sin quererlo). Revista Chilena de Derecho. 1994; 21(2).
132. Bossert GA, Zannoni EA. Manual de Derecho de Familia. Sexta ed. Buenos Aires: Astrea; 2010.
133. Belluscio AC. Manual de Derecho de Familia Buenos Aires: Astrea; 2004.
134. Sánchez Gil R. Biblioteca Jurídica Virtual: UNAM. [Online]. [cited 2016 octubre 25. Available from: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf>.

135. Placido Vilcachua A. Manual de Derecho de Familia. segunda ed. Lima: Gaceta Juridica; 2002.
136. La Constitución Comentada Lima: Gaceta Juridica; 2005.
137. Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 1279-2002-AA/TC.
138. Torres Vega I. Actualidad Empresarial. [Online].; 2015 [cited 2017 setiembre 6. Available from: http://aempresarial.com/web/revitem/4_17518_70804.pdf.
139. Belluscio C. Derecho de Familia Buenos Aires: Depalma; 2004.

ANEXOS

A. Matriz de consistencia

B. El caso, que motivo el desarrollo de la presente investigación: Casación N° 14444-2013-Junín.

C. Textos normativos objetivos de modificación:

C.1. D.L 19990: sección I de la pensión de viudez

C.2. D. Lg N° 1133: capítulo IV de la pensión de sobrevivencia.

C.3. Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos: capítulo VIII

C.4. Código Civil, artículo 326° y 349° del libro de familia

“SILENCIO DE LA LEY EN LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LAS PAREJAS DE HECHO Y AFECTACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES”

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	METODOLOGÍA
Problema General	Objetivo General	Hipótesis general	V. Independiente		
¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de hecho afecta principios constitucionales?	Determinar de qué manera la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de hecho afecta principios constitucionales.	El silencio de la ley, de la pensión de viudez en las parejas de hecho (propia e impropia), excluye de forma explícita, de la pensión de viudez a las parejas supérstites de la unión de hecho (propia e impropia); al mismo tiempo de forma implícita conserva una situación contraria los principios constitucionales.	Principios constitucionales	1.Principios y reglas 2. Estado Democrático de Derecho 3. Principio del acceso a la seguridad social en pensiones. 4. Principio de igualdad. 3. Principio de Protección a la familia.	1. Métodos Generales a. Inductivo-Deductivo. b. Análisis-Síntesis. c. Comparativo 2. Métodos específicos. a. Descriptivo b. Explicativo 3. Métodos particulares. a. Exegético. b. Sistemático. c. Dogmático. D. Sociológico
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	v. Dependiente	Dimensiones	Tipo
1. ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de hecho afecta el principio la seguridad social en pensiones?	1. Analizar cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de hecho afecta el principio la seguridad social en pensiones.	El silencio de la ley, de la pensión de viudez en las parejas de hecho (propia e impropia), conserva una situación contraria al acceso a la seguridad social en pensiones. El silencio de la ley, de la pensión de viudez en las	La abstención legislativa de la pensión de viudez en las parejas de hecho	1. Omisión legislativa 2. Tipos de omisiones: silencio de la ley y silencio del legislador. 3.Inconstitucionalidad por omisión	Tipo de Investigación Teórica Nivel de investigación Explicativo Diseño de investigación Cualitativa

<p>2. ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de hecho afecta el principio de igualdad?</p> <p>3. ¿Cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de hecho afecta el principio protección a la familia?</p>	<p>2. Analizar cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de hecho afecta el principio de igualdad.</p> <p>3. Analizar cómo la abstención del legislador en regular la pensión de viudez en las parejas de hecho afecta el principio protección a la familia.</p>	<p>parejas de hecho (propia e impropia), conserva una situación contraria al principio de igualdad.</p> <p>El silencio de la ley, de la pensión de viudez en las parejas de hecho (propia e impropia), conserva una situación contraria, al principio protección a la familia.</p>		<p>4. Naturaleza de la pensión de sobrevivencia.</p> <p>5. Regímenes pensionarios (DL 19990 y D. Lg N° 1133).</p> <p>6. Unión de hecho: propia e impropia.</p>	<p>Técnicas de investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> -análisis documental Instrumentos de investigación -Elaboración de fichas de trabajo
---	---	--	--	--	---