

FACULTAD DE DERECHO

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 53 DEL
DL N.º 19990 Y SU IMPACTO EN LA DISCRIMINACIÓN
DE GÉNERO**

PRESENTADA POR
JAKELIN ANDREA LOPEZ EROS

ASESOR
PEDRO ALFREDO HERNÁNDEZ CHÁVEZ

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

LIMA – PERÚ

2022



CC BY-NC

Reconocimiento – No comercial

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 53 DEL DL N.º
19990 Y SU IMPACTO EN LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL ABOGADA

PRESENTADA POR:

JAKELIN ANDREA LOPEZ EROS

ASESOR:

Mg. PEDRO ALFREDO HERNÁNDEZ CHÁVEZ

LIMA, PERÚ

2022

DEDICATORIA.

A mi padres y hermanos, por haber sido el pilar fundamental para continuar adelante y, a la Virgencita de la Nieves de Coracora, por permitir que continúen a mi lado.

AGRADECIMIENTOS.

- A la Virgen de las Nieves, por darme salud, fuerzas y ganas de salir adelante y cumplir esta meta.
- A mis padres y hermanos por haber sido el pilar fundamental de todo.
- A mi compañero de vida por apoyarme en todo.
- A mi querido Pepito, por cada uno de sus consejos.

El principio de igualdad consagrado en el ámbito Constitucional, no puede ser vulnerado por ninguna norma, máxime cuando la norma que ocasiona el daño se encuentra ampliamente superada por la realidad social imperante y la casuística comparada.

JALE.

ÍNDICE.

RESUMEN.....	VIII
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCIÓN.....	XII
PARTE I:	1
ASPECTOS TEÓRICOS Y METODOLÓGICOS	1
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	1
1.1. Antecedentes de la investigación	1
1.2. Bases teóricas	3
1.2.1. Pensión y seguridad social:	3
1.2.2. La pensión de viudez:	4
1.2.3. Derecho Fundamental:	6
1.2.4. Principio de Igualdad	6
1.3. Definición de términos básicos	9
1.3.1. Beneficiario:	9
1.3.2. Cónyuge:	9
1.3.3. Derecho a la Igualdad:.....	9
1.3.4. Diferenciación:	10
1.3.5. Dignidad Humana:	10
1.3.6. Discriminación:	10
1.3.7. Género:.....	10
1.3.8. Igualdad ante la Ley:	11
1.3.9. Inconstitucionalidad:	11
1.3.10. Jubilación:.....	11
1.3.11. Pensión de Viudez:.....	11
1.3.12. Principio de Igualdad:	12
1.3.13. Pensionista:	12
1.3.14. Seguridad Social:.....	12
1.3.15. Seguro Social:	13
1.3.16. Supérstite:.....	13
1.3.17. Viudez:.....	13
1.4. Hipótesis de la Investigación	13
1.4.1. Hipótesis Principal:	14
1.4.2. Hipótesis Secundarias:	14
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	16
2.1. Diseño metodológico	16
2.2. Aspectos Éticos	16
PARTE II.....	18
CAPÍTULO I: LA FAMILIA	18
1.1. La familia como base fundamental de la sociedad.....	19
1.2. Evolución del concepto de familia	20
1.3. Importancia de la familia en el ámbito del derecho	29
1.4. La familia desde la óptica del Sistema Constitucional Peruano	31
1.5. Principios de la familia constitucionalmente reconocidos.....	36
1.5.1. Principio protector de la familia.....	36

1.5.2.	Principio de promoción del matrimonio.....	38
1.5.3.	Principio de reconocimiento del concubinato	38
1.5.4.	Principio de protección de los niños, adolescentes, madres y ancianos.	39
1.5.5.	Principio de igualdad de los hijos:	41
CAPÍTULO II: EL CONCUBINATO		43
2.1.	Definiciones del Concubinato	45
2.1.1.	Definiciones Lingüísticas	45
2.1.2.	Definiciones Doctrinales	46
2.2.	Unión de hecho en el derecho peruano.....	46
2.3.	Naturaleza jurídica de la unión de hecho.	56
2.4.	Principio de amparo a la Unión de Hecho	60
CAPÍTULO III: SEGURIDAD SOCIAL.....		63
3.1.	Derecho a la seguridad social.	63
3.2.	Evolución histórica.....	66
3.3.	Concepto de Seguridad Social	75
CAPÍTULO IV: EL TRATAMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....		81
4.1.	El reconocimiento de la Pensión de Viudez en la legislación española.	85
4.2.	El reconocimiento de la Pensión de Viudez en la legislación mexicana.	89
4.3.	El reconocimiento de la Pensión de Viudez en la legislación chilena.	92
CAPÍTULO V: RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....		96
5.1.	Estructura de las Pensiones en la Normativa Peruana:	96
5.1.1.	El cónyuge o integrante de la unión de hecho inválido o mayor de 60 años:.....	98
5.1.2.	El cónyuge o integrante de la unión de hecho a cargo de la asegurada:.....	99
5.1.3.	Requisitos y condiciones para acceder a la pensión de viudez por parte del cónyuge sobreviviente:	101
5.2.	Pensión de Viudez en el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990).....	105
5.2.1.	Beneficiarios:	106
5.2.2.	Supuestos para acceder a la pensión de viudez:	107
5.2.3.	Condiciones para acceder a la Pensión por Viudez:	114
5.2.4.	Requisitos solicitados por la Oficina de Normalización Previsional para percibir una pensión de Viudez:	115
5.2.5.	Trámite administrativo para acceder a una pensión de viudez	116
5.2.6.	Monto de la pensión de viudez- topes máximos y mínimos	118
CAPÍTULO VI: LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.....		119
6.1.	Definición de dignidad:	119
6.2.	El derecho a la dignidad humana en los tratados internacionales:.....	119
6.3.	La dignidad de la persona humana	121
6.4.	Aspectos Generales	123
6.5.	Contenido esencial del derecho a la dignidad	126
6.6.	El derecho a la dignidad en la Constitución Política del Perú	127
CAPÍTULO VII: EL DERECHO A LA IGUALDAD.....		130
7.1.	El derecho a la igualdad	130
7.2.	Naturaleza jurídica del principio Constitucional de igualdad.	131
7.3.	La Igualdad como derecho humano	133
7.4.	El derecho a la igualdad en los sistemas Constitucionales.	135
7.5.	Sentido y alcance de la igualdad constitucional.	142

7.6.	La Igualdad en el contenido de la Ley e igualdad ante la aplicación de la Ley.	144
7.7.	Principio de igualdad de trato y oportunidades en pensión de sobrevivientes.	147
7.8.	La igualdad y la diferenciación	152
CAPÍTULO VIII: ANÁLISIS DE LA DISCRIMINACIÓN DESDE ÁMBITO		
CONSTITUCIONAL.....		
		156
CONCLUSIONES.....		
		168
RECOMENDACIÓN		
		172

RESUMEN.

Con esta investigación, se pretende analizar y concluir que el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990, que regula los requisitos para el otorgamiento de la pensión de viudez, genera que el supérstite varón se encuentre limitado para acceder a dicho cobro, en virtud a una reglamentación basada, en un contexto social restrictivo ya que se entendía que la mujer asumía roles circunscritos al ámbito doméstico presumiéndose que ante su situación, no debía acreditar determinadas circunstancias que la norma exigía y exige al viudo.

Al momento de la dación de la norma, aun no imperaba el criterio generalizado en el ordenamiento constitucional internacional, referido al trato igualitario y a los principios de dignidad y no discriminación, que en la actualidad son irrenunciables.

La redacción actual de la norma trae como consecuencia que los derechos de muchos viudos varones, sigan siendo vulnerados y limitados por la aplicación limitante y restrictiva de la norma.

Ante este escenario, surge la necesidad que nuestros legisladores modifiquen dicha normativa que colisiona con los derechos antes descritos, teniendo como pauta la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es la mejor herramienta y el mejor argumento para proceder a la modificación del artículo 53º del Decreto Ley 19990.

El tipo de investigación utilizado en la presente investigación incorpora la modalidad longitudinal; el nivel de investigación es exploratorio; y, el diseño de la investigación es no experimental.

ABSTRACT.

With this investigation, it is intended to analyze and conclude that article 53 of Decree Law No. 19990, which regulates the requirements for the granting of the widow's pension, generates that the male survivor is limited to access said collection, by virtue to a regulation based on a restrictive social context since it was understood that women assumed roles circumscribed to the domestic sphere, presuming that given their situation, they should not prove certain circumstances that the norm required and requires of the widower.

At the time of the enactment of the norm, the generalized criterion did not yet prevail in the international constitutional order, referring to equal treatment and the principles of dignity and non-discrimination, which are currently inalienable.

The current wording of the norm has as a consequence that the rights of many male widowers continue to be violated and limited by the limiting and restrictive application of the norm.

Given this scenario, the need arises for our legislators to modify said regulations that collide with the rights described above, taking as a guideline the reiterated jurisprudence of the Constitutional Court, which is the best tool and the best argument to proceed with the modification of article 53 of the Decree Law 19990.

The method used in the present investigation incorporates the transversal, longitudinal, exploratory and non-experimental modality, since it has resorted to

the analysis of the legal variable that it incorporates in the norm, as well as its direct consequences in a sector of the population.

INTRODUCCIÓN.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 2, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Asimismo, es importante resaltar que tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su artículo XVI, como el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), establecen que, toda persona, sin importar su sexo, tienen derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad proveniente de cualquier causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Del mismo modo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) CEDAW, establece en el literal c) del numeral 11.1 del Artículo 11 que, los estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar a la mujer los mismos derechos con los hombres, en particular el derecho a la seguridad social, jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

En ese sentido, podemos observar claramente que, tanto nuestra constitución Política actual como la legislación internacional, establecen parámetros de igualdad entre el hombre y la mujer respecto de la seguridad social. Sin embargo, las normas que regulan el acceso a la seguridad social en el Perú, limitan el derecho del viudo supérstite a acceder de forma directa a una pensión de sobrevivencia, ello debido a la aplicación limitante de la norma, la misma que fue promulgada en un contexto social disímil al actual, trayendo como consecuencia una colisión sistemática entre la legislación vigente (1973) y realidad social del siglo XXI que estamos viviendo.

Por tanto, es menester observar que, nuestra legislación en materia de seguridad social (Decreto Ley N.º 19990) va en contra de la obligación derivada del principio y derecho fundamental de igualdad ante ley, según el cual, las leyes deben de ser dictadas en igualdad de condiciones para todas las personas; ello, debido a que, el artículo 53º del instrumento normativo mencionado, establece tres (03) requisitos adicionales para que el supérstite varón pueda acceder a una pensión de viudez, causando con ello, un trato distinto al de la mujer, sin existir una justificación objetiva, clara y razonable que la respalde.

En ese sentido, esta tesis tiene como objetivo general: Analizar si los requisitos adicionales solicitados al cónyuge sobreviviente para acceder a la pensión de viudez, constituyen un hecho concreto de discriminación por género.

En cuanto a los objetivos específicos que se elaboraron fueron:

- Determinar si los requisitos adicionales solicitados al cónyuge sobreviviente en el artículo 53 del Decreto Ley 19990 son consecuencia de la aplicación restrictiva de la norma que vulnera el principio constitucional de no discriminación.
- Identificar y analizar si los requisitos adicionales solicitados al supérstite varón para que pueda acceder a la pensión de viudez vulneran el derecho a la igualdad, a la seguridad social y a la dignidad humana en el Perú.
- Analizar las variables sociales en las que se basó el legislador para promulgar dicha norma y determinar cómo ésta se vio afectada por la evolución de la sociedad y el reconocimiento extensivo de los derechos constitucionales.

Las interrogantes a resolver dentro de la misma son: ¿La exigencia de requisitos adicionales solicitados en el artículo 53 del Decreto Ley 19990 para que el cónyuge sobreviviente varón pueda acceder a la pensión de viudez, constituye discriminación de género negativa? ¿Los requisitos adicionales solicitados al cónyuge sobreviviente en el artículo 53 del Decreto Ley 19990 son consecuencia de una traba administrativa o de la aplicación restrictiva de la norma que vulnera el principio constitucional de no discriminación? ¿La exigencia de requisitos adicionales para que el cónyuge supérstite varón pueda acceder a la pensión de viudez, vulnera el derecho a la igualdad, a la seguridad social y a la dignidad humana en el Perú? ¿La

actual redacción del artículo 53 del Decreto Ley 19990, restringe el acceso al derecho de pensión de viudez al cónyuge supérstite varón? ¿El espíritu del legislador y el momento social en que se promulgó la norma condicionaron a que dicho Decreto Ley devenga en restrictivo en el tiempo actual?

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta investigación procurará demostrar que estos requisitos adicionales solicitados al cónyuge sobreviviente varón van en contra del principio de igualdad y no discriminación reconocidos por nuestra carta magna, toda vez que estas exigencias legales configuran un absurdo jurídico que arroja al adulto mayor (varón) a un estado de desprotección e indefensión, siendo una urgente necesidad social, la modificación de dicho artículo en el sentido de suprimir los requisitos adicionales solicitados al supérstite varón para acceder a la pensión de viudez.

Por ello, probaremos que el viudo tiene los mismos derechos que la viuda de gozar de una vejez digna a través de la pensión de viudez y que, el Estado es el único encargado de garantizar la igualdad pensionaria para el cónyuge sobreviviente (varón); por tanto, la modificación del artículo 53° del Decreto Ley N.º 19990 en el sentido de suprimir los requisitos adicionales solicitados al cónyuge sobreviviente varón para acceder a la pensión de viudez, deviene en necesaria, por cuanto ello evitará en un futuro, se siga denegando en sede administrativa este derecho constitucionalmente protegido.

Cabe resaltar que, en el proceso de gestación de la presente investigación, así como en su desarrollo, se pudo constatar que son pocas las investigaciones y la doctrina que autores nacionales han producido respecto a este tema, motivo por el cual, la existencia de material nacional para investigar es casi nula.

Ahora bien, la primera parte de esta investigación corresponde al desarrollo de los aspectos teóricos y metodológicos, contiene en su primer capítulo los antecedentes de la investigación con las posturas y autores que han desarrollado temas relacionados a esta tesis, junto con las bases teóricas en donde se exponen las posturas jurídicas respecto a la pensión y seguridad social, pensión de viudez, el derecho fundamental y el principio de igualdad.

Por lo mencionado hasta ahora, presento como hipótesis principal que, la exigencia de requisitos adicionales dispuestos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990 para que el cónyuge sobreviviente varón pueda acceder a la pensión de viudez, trae como consecuencia una discriminación de género debido a que la desigualdad de trato no es razonable ni proporcional.

Asimismo, doy a conocer las hipótesis secundarias:

- Los requisitos adicionales solicitados al cónyuge sobreviviente varón, no serían consecuencia de un trato diferenciado al no existir causas objetivas y razonables que lo amparen, por tanto, deviene en inconstitucional por una manifiesta discriminación de género derivada del propio texto de la

norma, además de vulnerar los derechos de igualdad, seguridad social y a la dignidad humana al solicitar al supérstite varón requisitos adicionales para poder acceder a la pensión de viudez.

- La redacción inicial de la norma ha perdido vigencia producto de los cambios sociales, que hacen que su aplicación devenga en inconstitucional al someter al cónyuge supérstite varón a formalidades no exigidas en el caso de las mujeres.
- La realidad social en la que se vivía en la década de los 70, trajo como consecuencia la dación de esta norma, a fin de dar protección a las mujeres, sin embargo, este artículo no se ha ido adecuando a los cambios sociales, generando actualmente que dicha norma devenga en inconstitucional, por traer como consecuencia la desprotección del supérstite varón al momento de requerir la pensión de viudez.

En ese sentido, esta tesis busca alcanzar mediante una investigación longitudinal, exploratoria y no experimental los objetivos antes descritos.

En la segunda parte se desarrollan los aspectos históricos, normativos y jurisprudenciales sobre la pensión de viudez, dividiéndose en ocho capítulos. El primer capítulo aborda lo correspondiente a la familia, su evolución normativa, su desarrollo constitucional y los principios protectores de la misma, permitiendo mostrar la importancia de la familia como base fundamental de la sociedad.

Por su parte, en el segundo capítulo se explica la importancia del concubinato, su trascendencia en el tiempo y el impacto que actualmente tiene en la sociedad peruana.

Asimismo, en el capítulo tercero se desarrolla el derecho a la seguridad social, su evolución histórica y el significado que actualmente se tiene de dicho concepto.

De la misma manera, en el cuarto capítulo se desarrolla el marco normativo internacional, tomando como base la legislación española, mexicana y chilena, referente a la pensión de viudez y como es el tratamiento en cada una de estos países, para lo cual se revisó los alcances constitucionales y la normativa referente a la pensión de viudez.

Después, en el capítulo quinto se analiza el tratamiento de la pensión de viudez en la legislación peruana, exclusivamente lo establecido en el artículo 53° del Decreto Ley N.º 19990.

Acto seguido, se procedió a desarrollar en el capítulo sexto la dignidad de la persona humana, como eje central del tratamiento al individuo en todo estado democrático y como puede el legislador atentar contra dicho principio, legislando de una manera opuesta a la que la legalidad exige, tal como veremos en el presente estudio.

Después, en el capítulo séptimo trataremos el principio de igualdad como piedra angular del sistema jurídico de los estados democráticos y cómo una mala redacción de la norma propicia un trato desigual que genera perjuicios en el individuo, por lo que surge la necesidad de ser modificado o corregido por el legislador a fin de no seguir trasgrediendo el principio rector de la igualdad.

Finalmente, en el capítulo ocho, analizaremos la discriminación, en este caso negativa, que genera controversia en cuanto a la aplicación del artículo materia de análisis.

Por otro lado, debemos resaltar que, durante la formulación de la presente investigación se promulgó el Decreto Supremo N.º 354-2020-EF, por el que se aprueba el Reglamento Unificado de las Normas Legales que regulan el Sistema Nacional de Pensiones, en el que se reconoce el derecho fundamental a la pensión, sobre la base del principio de dignidad humana, y con la seguridad social como garantía institucional, donde el legislador ha pretendido reglamentar todos los aspectos referentes al sistema previsional peruano y que era una oportunidad para modificar la norma materia de la presente investigación; no obstante, la redacción del artículo 53º del D.L. N° 19990 solo ha sido modificado en el extremo de suprimir el requisito adicional de la dependencia económica, dejando aún requisitos adicionales que debe acreditar el supérstite varón para poder acceder a una pensión de viudez, generando con ello, la colisión de dicho artículo con nuestro ordenamiento constitucional vigente.

En atención a lo expuesto en el párrafo precedente, en el desarrollo de la presente investigación se sostiene la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 53 del DL N.º 19990 y cómo ésta afecta los derechos del pensionista viudo.

PARTE I:
ASPECTOS TEÓRICOS Y METODOLÓGICOS

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

Después de una exhaustiva búsqueda en las bibliotecas en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional de Trujillo y en mi Alma Mater, solo he podido encontrar algunas investigaciones preliminares que, si bien es cierto no tratan sobre la misma problemática que se está investigando, cumplen un rol importante en la medida que se puede acreditar documentalmente que la situación jurídica actual de los supervivientes varones en el Perú, deviene en inconstitucional por su marcado carácter discriminatorio con respecto a la posición del superviviente hombre; lo que va a servir como base jurídica y doctrinal en la investigación.

Asimismo, Alvites E. (2014) sostiene que:

Desde el punto de vista histórico el derecho a la igualdad ante la ley fue uno de los postulados del Estado liberal de Derecho y fue entendido como el reconocimiento de la igualdad jurídica de todos los ciudadanos. Se incorporó en los textos constitucionales como una suerte de reacción

frente al régimen de privilegios de clases extendido en la sociedad anterior a las revoluciones burguesas. (Pág. 15)

De la misma manera, Rodríguez M. (1986) sostiene que:

Comenzó a entender la igualdad de la ley como una consecuencia intrínseca de la generalidad propia de la norma legal, lo que debía de ser comprendido como el derecho que tienen todas las personas de someterse al mismo tratamiento y a recibir la misma protección jurídica que el ordenamiento reconoce. (Pág. 19)

En ese sentido, como lo explica Rodríguez M. (1986) debemos de entender que:

El término igualdad ha ido variando con el pasar de los años, entendiéndose actualmente que, no todo trato diferenciado es sinónimo de un trato discriminatorio ante la ley, debido a que, en muchos casos la ley debe ser aplicada de manera diferenciada con la finalidad de salvaguardar los derechos de las personas menos favorecidas; por lo que el rol del Estado social y democrático cobra especial trascendencia respecto a los colectivos o grupos vulnerables que, sobre la base de ciertas características personales o sociales, se han visto marginados en el ejercicio de sus derechos fundamentales o en el acceso a espacios de la vida social y política de sus comunidades. (Pág. 198)

1.2. Bases teóricas

Versando esta investigación sobre el derecho que tienen los cónyuges sobrevivientes varones para acceder a la pensión de viudez sin tener que presentar requisitos adicionales, considero que las bases teóricas transversales o ejes de la misma serán las siguientes:

1.2.1. Pensión y seguridad social:

La seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, que se basa en la prevención del riesgo y en la redistribución de los recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “el principio de solidaridad inmerso en la seguridad social genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones, al menos en el Sistema Nacional de Pensiones. (Exp. N.º 0011-2002-AI/TC, Fundamento14).

En esa línea, Tribunal Constitucional ha señalado que “la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado, se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida; por lo que, requiere de la presencia de un

supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida” (Expedientes N.º. 0050-2004-AI/TC, N.º 0051-2004-AI-TC, 0004-2005-AI, N.º. 0007- 2005-AI y 0009-2005-AI- TC (acumulados) (Fundamento 54).

Bajo esta premisa, el artículo 10 de la Constitución Política de 1993 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”; mientras que en el artículo 11 añade que “el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas”.

A nivel infra-constitucional, el Decreto Ley 19990 regula el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), disponiendo los requisitos para que el titular acceda a una pensión de jubilación, de invalidez, así como los requisitos que deben cumplir los sobrevivientes a fin de acceder a una pensión de viudez y orfandad.

1.2.2. La pensión de viudez:

El Tribunal Constitucional ha señalado que “la pensión de sobrevivencia debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde

con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad” (Exp. N.º 0050-2004-AI/TC, Fundamento 143).

De este primer acercamiento se desprende que la finalidad de las pensiones de sobrevivencia se encuentra en el ánimo de mantener para sus beneficiarios, un grado similar de estabilidad económica al que contaban cuando el pensionista se encontraba en vida. En tal sentido, la razón de ser de las prestaciones de sobrevivencia es brindar apoyo económico a los familiares del pensionista o afiliado fallecido en el entendido de que dependían de él en el ámbito económico, resultando que en muchos casos constituye el único medio de subsistencia al que cónyuge supérstite puede acceder, debiendo afrontar por sí solos las necesidades que surgen como consecuencia de su deceso (pensionista) buscándose garantizar la continuidad de una vida digna para los dependientes sobrevivientes.

En ese orden de ideas, queda meridianamente claro que el sentido y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivencia radica en evitar en lo posible que quien haya convivido efectivamente con el causante, se vea en la obligación de afrontar individualmente las cargas económicas que supondrá su partida, impidiendo de esta forma que se pueda poner en peligro su propia subsistencia en el supuesto de que su situación le impida afrontar por sí solo dichas cargas. Por tanto, consideramos válido afirmar que el bien humano que se encuentra detrás del derecho a las pensiones de sobrevivencia, y de la de viudez en estricto, es procurar una calidad de vida digna para el sobreviviente que dependía del

pensionista o afiliado que fallece y, de esta forma, permitir su realización personal, no sólo a nivel material, sino también espiritual.

1.2.3. Derecho Fundamental:

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha dejado dicho que “el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona” (Exp. N.º 0011-2002-AI-TC, Fundamento 14).

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

1.2.4. Principio de Igualdad

El Tribunal Constitucional, ha establecido que “el tratamiento de la igualdad no se verifica solamente “ante la ley” sino “en la ley”. Es decir, no basta con que la ley sea aplicada con carácter de universalidad e igualmente respecto de todos aquellos que se encuentren en situaciones iguales, sino que la ley misma

establezca un tratamiento igual para todos los individuos, o los grupos, que se encuentren en identidad de situaciones” (Exp. N.º 00617-2017-PA/TC, Fundamento 12).

Así, Álvarez (2003) expreso que:

El principio de igualdad además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos, y - como tal- comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (Pág. 324-325).

En tal sentido, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que “para poder determinar si se ha violentado el principio de igualdad se debe determinar si nos encontramos ante una “diferenciación” o ante una “discriminación”. La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio, en la medida que el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, nos encontramos frente a una discriminación y, por

tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable” (Exp. N.º 02974-2010-PA/TC, Fundamento 8).

Volviendo a la cuestión materia de estudio, se indicó que existe un diferente tratamiento de la pensión de viudez en los sistemas pensionarios existentes en nuestro país. En efecto, mientras la Ley del Sistema Privado de Pensiones no solicita requisitos adicionales para que el cónyuge o concubino varón pueda acceder a esta pensión de viudez, el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990 sí los solicita, limitando la obtención de este derecho constitucionalmente protegido.

Por ello, el Tribunal Constitucional afirmó que “Examinando el artículo 53 del Decreto Ley 19990, cabe destacar que versa sobre el fallecimiento de un trabajador o trabajadora afiliados al régimen de la seguridad social que ha efectuado las correspondientes aportaciones y del derecho de su cónyuge supérstite a obtener pensión de viudez. No obstante, a simple vista se aprecia que el Legislador ha dispensado un tratamiento legislativo significativamente diferente entre el derecho a la pensión de viudez de las viudas y aquel que les corresponde a los viudos” (Exp. N.º 00617-2017-PA/TC, Fundamento 15)

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

1.3. Definición de términos básicos

Se procederá a desarrollar las definiciones básicas de la presente investigación:

1.3.1. Beneficiario:

En el presente estudio, beneficiario es la cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho de la asegurada o pensionista fallecida.

1.3.2. Cónyuge:

Esta definición, es utilizada para hacer referencia a cualquiera de las personas naturales que conforman un matrimonio, es decir, engloba tanto al varón como a la mujer.

1.3.3. Derecho a la Igualdad:

Según la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 2 inciso 2, señala que: "Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

1.3.4. Diferenciación:

La diferenciación es tratar a una persona o grupo de personas de manera distinta, siempre que exista una razón objetiva y razonable que la justifique. La igualdad, no se opone a la diferencia, sino que, al contrario, la presupone.

1.3.5. Dignidad Humana:

Es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona.

1.3.6. Discriminación:

Es tratar a una persona o grupo de personas de una manera distinta sin que exista una razón objetiva y razonable que la ampare o justifique.

1.3.7. Género:

Dícese del varón y la mujer.

1.3.8. Igualdad ante la Ley:

La igualdad ante la ley lo que busca es que, tanto en la redacción como en la aplicación de los preceptos legales, no existan tratos desiguales que no tengan una justificación objetiva y razonable que la ampare.

1.3.9. Inconstitucionalidad:

Falta de compatibilidad o adecuación de una conducta o norma a lo establecido en la Constitución vigente.

1.3.10. Jubilación:

Es el acto administrativo por el que un trabajador activo, ya sea por cuenta propia o ajena, pasa a una situación pasiva o de inactividad laboral, tras haber alcanzado la edad máxima, o por enfermedad crónica grave o incapacidad. Obtiene entonces una prestación monetaria para el resto de su vida.

La legislación laboral de cada país estipula condiciones diferentes al respecto.

1.3.11. Pensión de Viudez:

Pensión económica de carácter vitalicio que se le otorga a la cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del asegurado o pensionista fallecido, o al

cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho de la asegurada o pensionista fallecida, siempre y cuando se cumplan con presentar los requisitos de ley.

1.3.12. Principio de Igualdad:

El principio de igualdad lo que busca es que, el legislador al momento de dictar las leyes, no incluya tratos discriminatorios para una persona o grupo de estas y, que las entidades encargadas de hacer cumplir las leyes, no interpreten las mismas generando un trato desigual sin una justificación objetiva y razonable.

1.3.13. Pensionista:

Persona que recibe una pensión como contraprestación por los años de servicio o por haber sufrido accidente o enfermedad grave.

1.3.14. Seguridad Social:

Es un sistema de seguro que busca proteger a las personas de las contingencias de la vida, como la vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.

1.3.15. Seguro Social:

Es un programa que financia o administra el gobierno para satisfacer las necesidades básicas de las personas sin recursos, estando por lo general dirigidos a quienes viven en condiciones de pobreza, a los discapacitados, a las familias numerosas y a los ancianos.

1.3.16. Supérstite:

Que sobrevive.

1.3.17. Viudez:

Es el estado al que pasa una persona después de haber perdido al cónyuge a través de la muerte, si es un hombre, se lo llama viudo, y si es una mujer, una viuda. En términos generales, la persona en este estado se llama cónyuge sobreviviente.

1.4. Hipótesis de la Investigación

Las hipótesis que presento, son las siguientes:

1.4.1. Hipótesis Principal:

La exigencia de requisitos adicionales dispuestos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990 para que el cónyuge sobreviviente varón pueda acceder a la pensión de viudez, traería como consecuencia una discriminación de género debido a que la desigualdad de trato no es razonable ni proporcional.

1.4.2. Hipótesis Secundarias:

- Los requisitos adicionales solicitados al cónyuge sobreviviente varón, no serían consecuencia de un trato diferenciado al no existir causas objetivas y razonables que lo amparen, por tanto, deviene en inconstitucional por una manifiesta discriminación de género derivada del propio texto de la norma, además de vulnerar los derechos de igualdad, seguridad social y a la dignidad humana al solicitar al supérstite varón requisitos adicionales para poder acceder a la pensión de viudez.
- La redacción inicial de la norma ha perdido vigencia producto de los cambios sociales, que hacen que su aplicación devenga en inconstitucional al someter al cónyuge supérstite varón a formalidades no exigidas en el caso de las mujeres.
- La realidad social en la que se vivía en la década de los 70, trajo como consecuencia la dación de esta norma, a fin de dar protección a las mujeres, sin embargo, este artículo no se ha ido adecuando a los cambios sociales,

generando actualmente que dicha norma devenga en inconstitucional, por traer como consecuencia la desprotección del Supérstite varón al momento de requerir la pensión de viudez.

- La modificación del artículo 53° del Decreto Ley N.º 19990 en el sentido de suprimir los requisitos adicionales solicitados al cónyuge sobreviviente varón para acceder a la pensión de viudez generaría que en sede administrativa no se deniegue este derecho constitucionalmente protegido.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. Diseño metodológico

El tipo de investigación será longitudinal, por cuanto se pretende analizar los cambios y modificaciones tanto legales como sociales que se han tenido desde la promulgación del Decreto Ley N.º 19990 hasta la fecha; asimismo, esta investigación analizara los cambios producidos, causas y consecuencias en el acceso al derecho al cobro de la pensión de viudez por parte del supérstite varón conforme lo regula el artículo 53º del Decreto Ley N.º 19990.

La presente investigación se realiza a nivel exploratorio, por cuanto se pretende buscar una solución legislativa a un problema que no ha sido suficientemente investigado, lo cual ha venido generando graves problemas en un sector de la población y, no experimental por cuanto se analizará el contexto social y el comportamiento de la administración en aplicación de la norma desde su promulgación hasta la actualidad.

2.2. Aspectos Éticos

El investigador de esta tesis declara bajo juramento que para el desarrollo de la misma se han respetado los derechos de autor, utilizando las formas de citado APA en su versión actualizada. Asimismo, no contiene plagio alguno, siendo responsabilidad entera del autor de esta tesis lo aquí expresado.

PARTE II.

LA FAMILIA, OTRAS FORMAS DE CONVIVENCIA Y LA IMPORTANCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SISTEMA DE PREVISIÓN UNIVERSAL E IGUALITARIO.

CAPÍTULO I: LA FAMILIA

Al abordar el tema de la Familia como institución fundamental de la sociedad, indefectiblemente nos encontramos ante un escenario con diversas concepciones como sociales, antropológicas, económicas y jurídicas, y es en este punto donde nos detendremos a analizar el concepto de familia como eje vertebrador de las relaciones con las que se han nutrido las sociedades a través de la historia y como el concepto de familia ha sufrido modificaciones a lo largo de la historia; así como el tratamiento recibido desde una perspectiva jurídica y legal a través de todo su proceso de evolución.

Históricamente, la convivencia, las uniones entre el hombre y la mujer, así como los desposorios o matrimonios eran regulados por una normativa muy rudimentaria en que primaban más los intereses económicos que los propios derechos que emanaban de la unión, así como los deberes y responsabilidades que surgían al interior del matrimonio y dotaban a sus miembros de una relativa protección; es a partir del siglo X, cuando las partidas de Alfonso X el sabio, establecen pautas que regulaban la figura del matrimonio, en la que se habla de manera expresa de los Desposorios y de los Casamientos.

La evolución de la institución del matrimonio, ha sufrido innumerables cambios a lo largo de la historia y se ha convertido en pieza angular en aspectos fundamentales en el ámbito del derecho de familia, del derecho sucesorio, derecho patrimonial y en el caso que nos ocupa en la seguridad social, que establece pautas específicas para los cónyuges y convivientes.

En este sentido, analizaremos a continuación cada una de las instituciones que configuran el universo del matrimonio, de la convivencia y de las consecuencias jurídicas que de ellas acarrearán en el mundo de la seguridad social y las pensiones.

1.1. La familia como base fundamental de la sociedad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el numeral 3 del artículo 16, señala que: “La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Análogamente, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 17 repite que: “La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

De la misma manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1978, en el numeral 1 del artículo 17 señala que: La familia es el

elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Al respecto, podemos establecer que, para los organismos internacionales el concepto de familia no ha variado a pesar de los años en los que fueron escritos, salvo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que modifica la palabra “derecho” por la labra “debe”, dando mayor énfasis a que la familia no solo tiene el derecho de ser protegida por la sociedad y el estado, sino que es el estado y la sociedad los que deben de realizar las acciones necesarias para salvaguardar este elemento natural y fundamental que es la familia.

1.2. Evolución del concepto de familia

La prehistoria, está marcada por una total promiscuidad, en la cual tanto los hombres como las mujeres tenían relaciones sexuales con cualquiera, sin importar si pertenecían o no a su cirulo familiar o si los unían lazos de consanguinidad, lo único que buscaban era la satisfacción de sus instintos primarios; todo esto producto del contexto social en que se desarrollaban.

Como consecuencia de lo antes descrito, las mujeres ejercieron un rol protagónico dentro de la familia, por ser ellas las que deben de velar por su sustento, sin ayuda de un hombre, desempeñando un sin número de labores para el sostenimiento y continuidad estructura familiar.

En este período, la figura del varón estaba circunscrita a la provisión de alimentos, vivienda y reproducción, mas no al cuidado de sus hijos y de su familia.

Asimismo, las mujeres no sólo aseguraban la continuidad de sus grupos, aportando periódicamente nuevos hijos, sino que también garantizaban o protegían la fecundidad y abundancia de los productos del campo, de los animales que cazaban, de todo aquello de que dependía su subsistencia (Francisca Cano 2005, Pág. 3).

Con el pasar de los años, los hombres y las mujeres comienzan a dejar de lado la promiscuidad con el afán de sacarse y tener una vida en común, sin embargo, en esta época, cuando las parejas se casaban, los hombres dejaban sus familias iniciales para incluirse dentro de la familia de sus esposas y de cierta manera se encuentran sometidos a su autoridad.

En este caso, el joven esposo considera a su suegro como si fuera su propio padre, y la mayoría de las veces mantiene a toda la familia. No llega a ser su propio dueño hasta la muerte de su suegro e incluso entonces, la mayoría de las veces, puede continuar sometido a la autoridad de algún otro varón de la familia de su esposa, o bien de su suegra (Fernando Segovia, 2016, Párrafo 6).

Asimismo, con el pasar de los años las creencias religiosas se vuelven determinantes en el comportamiento social de las personas que accionan y actúan bajo los dictados de la religión; introduciéndola en su manera de entender el mundo y sus relaciones independientemente del lugar y el credo que profesen.

De esta manera, lo ha descrito Bachofen (citado en Rodríguez & Carvajal 2013):

El paso del “heterismo” a la monogamia y del derecho materno al paterno se produce, concretamente entre los griegos, a consecuencia del desarrollo de las concepciones religiosas (...) lo que determinó los cambios históricos en la situación social relativa del hombre y de la mujer, no fue el desarrollo de las condiciones reales de existencia de los seres humanos, sino el reflejo religioso de esas condiciones en sus cerebros.

Llegados a este punto, observamos que la evolución de la institución familiar como hoy la conocemos, a través de la historia ha sufrido una serie de cambios en virtud del desarrollo social en algunos casos, la aparición del estado y gobierno en otros y finalmente el sempiterno influjo de la religión. La comunión entre estado y religión, subyace en las formas de gobernar a través de la historia generando la creación de normas de convivencia civil con una marcada influencia religiosa.

Es por ello, que los griegos desconocen el concepto de matrimonio en los términos hoy planteados, pero si reconocen la existencia de un grupo que se jacta de constituir una descendencia común y que está unida por ciertas instituciones sociales y religiosas, formando una comunidad particular, cuyo origen y cuya naturaleza han estado oscuros hasta ahora, y que ellos designaban con el vocablo griego genos, que más tarde los romanos, herederos de esta estructura social denominaran gens. (Luis Angulo 2013, Pág 10).

Como lo hemos desarrollado, los grupos familiares a través de la historia, generan factores que hace que el manejo de estas formas de organización responda muchas veces a una estructura vertical, donde el líder y los ancianos son los responsables de las decisiones de dicho grupo, cumpliendo la mujer un rol complementario de suma importancia que podríamos definir como las primeras señales del matriarcado en las familias. El crecimiento y desarrollo de estos grupos propicia el surgimiento de los clanes familiares como escalafón anterior y como forma gregaria surgida de manera natural hasta llegar a lo que hoy conocemos como familia.

Muy concienzudos estudios sobre la prehistoria humana llevan a la conclusión de que, en un principio, no fue la familia la que se desarrolló para formar la tribu, sino que, por el contrario, ésta constituye la forma primitiva y natural de las asociaciones humanas basadas en los vínculos de sangre, de la que luego, al disolverse, surgen las múltiples formas de familia. (Carlos Marx 1873, Pág. 238).

El surgimiento de las urbes y ciudades se sustenta en las organizaciones tribales y familiares, dando inicio a un comportamiento social que se ha mantenido a través de la historia hasta llegar a los conceptos modernos que hoy en día manejamos sobre la familia.

En ese sentido, de acuerdo con las diferentes definiciones, los individuos se unen por razones biológicas, psicológicas y socioeconómicas independientemente del status jurídico de tales uniones, la familia puede ser considerada como un grupo social primario que, al menos cumple las funciones básicas de reproducción de la

especie y de transmisión de la cultura a las nuevas generaciones. (Jorge Corsi 1994, Pág. 26).

En aras de un acercamiento en la evolución de la familia como eje vertebrador de la sociedad, resulta necesario remarcar que, matrimonio y familia son dos grandes conceptos estrechamente vinculados entre sí y es por ello que buena parte de importantes autores aceptados en el contexto de la cultura judío-cristiana concluyen que el matrimonio es el eje horizontal de la familia (Luis Angulo 2013, Pág. 1).

Es con la formación de la clase burguesa a partir de los siglos XV y XVI, que la familia tomó otro cariz y constituyó la primera célula de la sociedad burguesa, el lugar material donde se enseñaron y aplicaron nuevas formas de vida basadas sobre todo en un nuevo sistema de administración económica, de tipo ahorrativo. (María Meza 2010, Pág. 124).

Es importante resaltar que la estructuración de las familias, comienzan a tomar forma en sociedades más organizadas como consecuencia del establecimiento de normas y pautas de convivencia que constituyeron las primeras fuentes del derecho formal que los gobernantes señores y jefes de clanes establecieron para regular una convivencia más estable donde imperase la primacía del derecho. Este argumento puede resultar exagerado teniendo en cuenta el autoritarismo imperante en esa época, pero es el establecimiento de estas formas de gobierno las que crearon conciencia en el individuo y fomentaron nuevas formas de convivencia organizada.

En este proceso de regulación de las formas de unión familiar es necesario mencionar la incorporación de las partidas de Alfonso Décimo el Sabio redactadas entre los años 1256 y 1265 en Castilla- España por notables juristas de la época, que con minuciosa erudición desarrolla y regula una pormenorizada descripción de las formas de la institución del matrimonio y las consecuencias jurídicas que de él derivan constituyendo hasta la fecha una lectura obligada para entender y conocer la evolución del derecho hasta nuestros días.

Recuérdese también que desde comienzos de la Edad Media se considera al matrimonio, siguiendo la tradición romana, como un acto civil, y que, debido a las prácticas germánicas que reforzaban y sostenían a las instituciones feudales, se vinculaba éste fuertemente al padre, quien era el que -velando por el interés de la familia- decidía el enlace de los hijos. Se trataba en realidad de un pacto mediante el cual se hacía entrega de una mujer a un hombre, para que éste ennobleciera o enriqueciera con ella a su familia y, sobre todo, para que asegurara su descendencia (Joaquín Guimeno, 2013, Pág 211).

En el tránsito entre las primera formas de organización familiar y las que imperan en tiempos modernos, encontramos una permanente vocación por normalizar y regular la institución familiar; tanto que, desde la perspectiva administrativa y civil emanaban normas al respecto y que, en muchos casos, eran complementarias a las dictadas por la iglesia que ejercía en muchos lugares un rol predominante en las relaciones personales de los hombre, a lo que debemos sumar las consecuencias jurídicas que del matrimonio surgen, razón por la que resultaba de suma importancia establecer un marco jurídico que lo regule.

Es por ello que en el siglo XVIII y como fruto de la ilustración la familia de corte burgués, fue definida como la “sociedad natural” por excelencia”. Y “naturales”, en consecuencia, las prestaciones obligatorias a que la mujer está obligada dentro de ella. La familia se había hecho conyugal de modo que la esposa-sierva estaba más sola y desprotegida frente al amo, el cabeza de familia. La diferenciación de roles en función del sexo llegó aquí a sus últimas consecuencias, al mismo tiempo que los términos “familia” y “matrimonio” se acercaban cada vez más, hasta el punto que, en la actualidad, el matrimonio es sólo el pretexto legal para que un hombre pueda formar una familia, es decir, garantizar su paternidad biológica sobre los hijos habidos de las mujeres y transmitir a sus varones este privilegio. (María Meza 2010, Pág. 124).

De esta manera lo ha descrito Morgan (citado en Lawrence, 1979):

La familia es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia.

Debido a la evolución a la que nos referimos en párrafos precedentes, tanto el legislador como las instancias judiciales han participado de manera activa en la definición del concepto familia basados en la interpretación doctrinaria de dicho concepto y su proceso evolutivo a través de la normativa y la jurisprudencia.

En relación a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia ‘Está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco’” (Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, Fundamento 6).

De la misma forma, el Tribunal Constitucional ha señalado que “Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del páter familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, Fundamento 7).

Hoy se comprueba que el matrimonio y la convivencia heterosexual ya no identifican a la familia sino a un tipo concreto de familia, en cuanto significa una opción entre otras posibles. Los tratados internacionales reconocen que el derecho a constituir familia está expresamente referido a la persona, con

prescindencia de su sexo u orientación sexual; por lo que no cabe en la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia, pero debe precisarse que es opción del legislador el reconocerlo o no como matrimonio (Plácido 2013, Pág. 1).

En la misma línea de argumentación, podemos aseverar que los conceptos familia y matrimonio han podido establecer diferencias notables en la composición de las mismas, no obstante, dichas diferencias incorporan una riqueza interpretativa y en ningún caso colisiona con los derechos que gozaban los miembros de una familia llamada tradicional.

En ese sentido, podemos establecer que, la familia en el siglo XXI es la base fundamental de todo lo que nos rodea, es el lugar en el que todos los individuos aprenden de primera mano todo lo que saben, reconociendo que la familia en la actualidad goza de un sólido amparo constitucional a nivel internacional.

Actualmente las familias no solo están compuestas por el padre, la madre y los hijos, si no que se puede encontrar familias que están constituidas por solo uno de los padres y los hijos, padres o madres con otras parejas y los hijos de uno o de ambos, padres con hijos adoptados y otras formas de unión todavía no reconocidas en nuestro sistema constitucional.

1.3. Importancia de la familia en el ámbito del derecho

Como hemos observado, el desarrollo de la familia y el concepto que ahora se tiene de ella, es producto de una larguísima evolución tanto en el ámbito antropológico, sociológico y jurídico. Llegados a este punto la concepción de la familia desde una perspectiva jurídica implica la incorporación de un sin número de elementos que conforman lo que hoy conocemos como derecho de familia.

Instituciones que de manera paulatina se fueron incorporando al derecho como respuesta al surgimiento de realidades y controversias que afectaban al desarrollo de la propia familia, por lo que, en aras de buscar una solución armónica los individuos y las sociedades, crean figuras que resuelvan dichas controversias.

En ese sentido, el derecho de familia es especialmente promotor, ya que sus normas son fundamentalmente de orden público e interés social. Aunque esas normas son obligatorias, su obligatoriedad emana del deber moral y de los principios naturales en que se funda, como la institución humana más antigua y como elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, ya que, a través de ella, la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde. (Eduardo Olivera & Vera Vila 2013, Pág. 6).

Como podemos apreciar la sociedad actual, se encuentra cómodamente posicionada en un andamiaje normativo que contempla y regula cada una de las situaciones que puedan surgir de las relaciones al interior de la familia. Pero como

hemos venido observando esto no siempre fue así, pues la evolución de las sociedades y de los Estados trajo consigo también un lento proceso de evolución de las normas de convivencia entre las personas; por lo que ahora consideramos como normalizado fue fruto de años de luchas y de una evolución en el pensamiento de la humanidad que de manera sistemática fue incorporando una serie de medidas que hizo de la convivencia algo más armónico y no sujeto a posiciones anacrónicas de supremacía por parte del varón.

Por tanto, la familia es la estructura por excelencia donde se reflejan estas relaciones inequitativas de poder. De allí la importancia del derecho de garantizar la protección al núcleo básico denominado Familia, además de ser un instrumento importante para propiciar equitativas relaciones de género, motivo de transformación cultural. (Silvia Morales 2015, Pág. 1).

En esta línea de ideas, nos encontramos a una familia como eje vertebrador de las relaciones nucleares que se dan en la sociedad y, por ende, extensivas al resto de la comunidad, por lo que, resaltar la importancia de la regulación legal de la institución familiar, constituye un paso necesario para entender el significado de familia en la estructura de la sociedad.

El legislador no puede ser ajeno a las circunstancias que se susciten dentro de la familia y más aun no puede ser partícipe de normar de forma que la intervención del Estado, a través del imperio de la ley, genere situaciones de desfavorecimiento y de desprotección entre miembros conformantes de ésta, por lo que resulta sumamente necesario que las medidas que se adopten y nomas

que se apliquen estén permanente condicionadas y en consonancia con las circunstancias sociales en las que se viven. Es por ello que, el derecho de familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales (Marisol Fernández 2017, Pág. 118).

1.4. La familia desde la óptica del Sistema Constitucional Peruano

El manto Constitucional intenta proteger un sin número de figuras y situaciones que resultan fundamentales en la regulación de una nación. La importancia de la protección constitucional y su reconocimiento radica en que tal hecho coloca al bien protegido en un lugar preponderante del escalafón jurídico legal, posición preponderante en el engranaje constitucional que, con el solo reconocimiento, permite que goce de una garantía de primer orden, y es en este nivel que la constitución ubica a la familia como núcleo básico de la organización social y como eje articulador de un sin número de relaciones.

Partiendo de esa premisa queda de manifiesto que no resulta importante que el Tribunal Constitucional defina lo que debe considerarse “familia” a los efectos de la interpretación constitucional, concepto que no es ni fijo ni concluyente. Como afirmaba Valpuesta, “la familia o las familias tienen un carácter pre jurídico, pues se forman en la sociedad a impulso de muchos o variados factores de alcance individual y colectivo, que el Derecho recoge para dotarle de efectos jurídicos (Rosario Valpuesta 2012, Pág. 107).

La inclusión de la institución de la familia en el marco Constitucional, se reflejó en nuestra primera Constitución Política de 1823, la cual establecía en el numeral 6 del 24º que: “El ejercicio de la ciudadanía se suspendía únicamente en los casados que sin causa abandonen a sus mujeres, o que notoriamente falten a las obligaciones de familia”. No obstante, dicha constitución no llegó a regir por la convulsa situación política que atravesaba la reciente república; con lo que constituyó letra muerta para todos sus efectos.

Es así que, con la inclusión de la familia en la Constitución Política (1933) se marca un hito, al establecer en su artículo 51 que: “el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la Ley”.

Luego de cuarenta y cinco (45) años, el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, presidida por el general Francisco Morales Bermudes Cerruti, convocó a una Asamblea Constituyente en la que resultó ganador el partido aprista peruano, siendo presidente de dicha asamblea su líder máximo Víctor Raúl Haya de la Torre, quien la firmó en julio de 1979 y entró en vigencia el 28 de julio de 1980 con la restitución de la democracia en el Perú con la asunción al poder del Presidente Fernando Belaúnde Terry. En el Preámbulo de dicha Constitución se estableció que: “La familia era la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura”.

Asimismo, en los artículos del 5 al 11, establece como derechos fundamentales de la familia: la protección de la familia y el matrimonio, la paternidad responsable y asistencia de los hijos con los padres, la protección e igualdad de los hijos, la

protección de la madre, la protección del niño, adolescente y anciano y la protección de las uniones estables.

Resulta evidente la intención de los constituyentes de 1978 de elevar a rango Constitucional la defensa y protección de la familia, cuya trascendencia ya había sido reconocida por los constituyentes de 1933 con un mero enunciado sin llegar al desarrollo que trajo consigo la Constitución de 1979.

A partir de esa fecha y con el reconocimiento Constitucional de la Familia, la evolución normativa genera una serie de cambios, siendo el más relevante la promulgación del Código Civil de 1984 que regula en su libro III todo lo concerniente a la familia destacando lo siguiente:

- El matrimonio es la unión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer con el fin de hacer vida en común, lo que significa que, se juntan con el objetivo de compartir sus vidas a sabiendas que tendrán derechos, deberes, obligaciones, consideraciones y que compartirán la autoridad del hogar que conformen; asimismo, una vez que tengan descendencia, deberán proveer con lo necesario para el sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos.

- La Unión de hecho es aquella que tiene lugar de forma voluntaria, realizada y mantenida por un periodo mínimo de dos (02) años continuos, entre un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, con el objetivo de alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

La irrupción de Alberto Fujimori y su corriente transformadora desembocó en el cierre del Congreso de la República y la convocatoria de elecciones para elaborar una nueva Constitución. Dichos aires de cambio fueron el inicio de un proceso de transformación en muchos aspectos de nuestra Carta Magna, fundamentalmente el correspondiente al capítulo económico y desarrollando con mayor amplitud diversos aspectos relacionados con la defensa de la familia.

En esta Constitución se le dio mayor énfasis a la protección de los niños, niñas y adolescentes, de las madres y ancianos en situaciones de abandono, a la protección de la familia y a la promoción del matrimonio, disponiéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

En ese sentido, nuestra Constitución de 1993 ha optado expresamente por promover el modelo de familia matrimonial. Las uniones de hecho si bien son reconocidas constitucionalmente y, sin duda alguna, son un modo más de fundar una familia, gozan en nuestro ordenamiento de un status inferior al matrimonio.

Sobre esta suerte de status distinto para las uniones de hecho, en la doctrina extranjera encontramos que:

Algunos han sostenido que tal diferencia de trato constituiría una práctica discriminatoria, considerando la posición mayoritaria que ello no sería así dado que el matrimonio y concubinato son supuestos facticos distintos a

los que les corresponde válidamente consecuencias totalmente distintas (Marisol Fernández 2017, Pág. 120).

Si bien nuestra Constitución Política del Perú no define el concepto de familia, si establece las pautas mínimas de la misma, instituyendo en los artículos 4, 5 y 6 que el Estado protege a las familias ya sean conformadas a través de la institución del matrimonio o por la unión estable entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial y que, el Estado tiene como objeto difundir y promover la paternidad y maternidad responsable, estableciendo como derechos de los padres alimentar, educar y dar seguridad a los hijos y que los mismos, tengan el deber de respetar y asistir a sus padres cuando sea necesario.

El panorama actual nos encuentra con un escenario cambiante por cuanto desde la vigencia de la Constitución de 1993 las normas han sido sometidas a un permanente proceso de revisión por parte del Tribunal Constitucional, organismo constitucional autónomo que tiene la potestad de determinar la legalidad de las normas y los fallos que dirimen las controversias de carácter Constitucional.

Todos los principios constitucionales, derechos y libertades inherentes a la persona, son y están constituidos como un límite que deben de tener todos los poderes del Estado incluidos los organismos constitucionalmente autónomos, con la finalidad de que, a partir de ese límite que se impone, se pueden crear derechos y obligaciones basadas mínimamente en dichos principios, derechos y libertades expresadas en nuestra Carta Magna.

1.5. Principios de la familia constitucionalmente reconocidos.

Antes de mencionar cuales son los principios fundamentales de la familia, considero importante recalcar que todos los principios constitucionales, derechos y libertades inherentes a la persona, son y están constituidos como un límite que deben de tener todos los poderes del Estado, incluidos los organismos constitucionalmente autónomos; ello, con la finalidad de que a partir de ese límite que se impone, se pueden crear (reconocer) derechos y obligaciones basadas mínimamente en dichos principios, derechos y libertades expresadas en nuestra Carta Magna.

Lo antes indicado, no quiere decir que los poderes del Estado o los organismos constitucionalmente autónomos pierdan sus facultades, sino que los mismos deben de respetar al momento de crear (reconocer) derechos e imponer obligaciones, los elementos esenciales establecidos en la Constitución, lo que en la doctrina se denomina reserva de Ley.

En ese sentido, de la revisión de los artículos 4, 5, 6, y 7 de la Constitución, podemos resaltar que, los principios inherentes a la familia son los siguientes:

1.5.1. Principio protector de la familia

La Carta Magna de 1979 estableció que el Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la nación,

respectivamente, instituyendo que las familias conformadas a través de la institución del matrimonio son las que gozan de un total amparo constitucional, no dando esta protección a las familias conformadas a través de la unión estable entre un hombre y una mujer libre de impedimento.

Antes de entrar en vigencia la Constitución Política del Perú de 1993, se establecía que la única manera de fundar una familia era a través del matrimonio, sin embargo, a partir de la promulgación de nuestro actual Texto Fundamental se entiende que se puede fundar una familia a través del matrimonio o a partir de la unión de hecho.

Si observamos la evolución del concepto de familia desde la perspectiva constitucional, podemos determinar que la interpretación de la definición de familia se ha ido modificando paulatinamente, al incorporarse realidades cotidianas que luego de un proceso de asimilación, tanto a nivel jurisdiccional como doctrinario, han permitido ampliar dicho concepto hasta encontrarnos en la actualidad con una institución amparada por el marco constitucional que se ha visto enriquecida por los criterios que de manera paulatina se han ido aplicando para terminar derechos que le corresponden a los miembros de dicha familia, ello sin importar la conformación que tengan y que escapan del concepto clásico de padre, madre e hijos.

1.5.2. Principio de promoción del matrimonio

El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional, siendo necesario establecer que se priorice la figura del matrimonio como la forma más relevante para la conformación de una familia sin que ello implique que otras formas de unión familiar ostente un estatus inferior.

1.5.3. Principio de reconocimiento del concubinato

Debemos entender que el concubinato, parte de la libertad de decisión de sus miembros de establecer una relación de pareja al margen de la institución del matrimonio, pero con características inherentes a una relación sólida, duradera que genera derechos y obligaciones y que no está sometida al mandato imperativo de la formalidad matrimonial.

Así, conviene destacar que esta regulación nace desde el respeto a la libertad de los individuos para regular sus propias relaciones personales y patrimoniales, sin sujetarlas externamente a mayores requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad jurídica.

Asimismo, según la Ley de las Parejas de Hecho de Andalucía de 2002, en la exposición de motivos III, señala que: “Este principio de intervención pública mínima, aparece constante a lo largo de todos los preceptos, de forma que el

contenido de los derechos y deberes que configuren la pareja de hecho será precisamente el que sus miembros hayan acordado atribuirse voluntariamente”.

1.5.4. Principio de protección de los niños, adolescentes, madres y ancianos.

Llegados a este punto, nuestro sistema Constitucional recoge dentro de su ámbito de protección al niño, al adolescente, a las madres y a los ancianos como elemento fundamental de la conformación social de una nación, promoviendo la protección de estos integrantes de la familia, en el entendido que pueden estar sujetos a un riesgo mayor de vulnerabilidad tanto por la realidad social en el que viven, como por la desprotección jurídica que se podría generar en determinadas circunstancias; tal es así que, nuestra Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 4º establece que: “ La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Sumado a ello, el legislador -en aplicación de la doctrina internacional de defensa de las personas vulnerables como los citados en el punto precedente- desarrolla una estructura legislativa que afronta de manera transversal todas las áreas sociales en las que se puede generar situaciones de vulnerabilidad e indefensión, siendo esta la razón por la que el Estado peruano promulga a través de la Ley N.º 27337, el Código de los Niños y Adolescentes, donde incorporó importantes aspectos de protección como lo establecido en los artículos 3 y 4 de dicho Código

que a la letra dice: Los niños, niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, tienen derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona.

El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.

Asimismo, muchos instrumentos internacionales, han regulado medidas orientadas a darle protección a la maternidad y a la relación materno-filial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 25.2 establece que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artículo 10.2, menciona que: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

De la misma manera, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 en su artículo 12.2, dispone que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

1.5.5. Principio de igualdad de los hijos:

El establecimiento de principios definidos por parte de la doctrina constitucional en el ámbito familiar, contribuye a consolidar todos aquellos criterios que han ido fortaleciendo dicha institución y que de la mano de las nuevas interpretaciones antes ya tratadas y de la aceptación de nuevas formas de integración familiar se ha logrado conformar una estructura sólida en lo que se refiere a la familia y sus componentes.

Queda implícita la relación entre el apartado 2 y el apartado 3 del artículo 6, en cuanto vienen a concretar que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Con prescindencia de la existencia o no de matrimonio, los padres deben ocuparse de los hijos por el hecho de serlo, como parte de la protección integral que el apartado 2 del artículo 6 obliga a asegurar a los hijos (Alex Plácido 2013, Pág. 87).

El Tribunal Constitucional estima que “en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar -divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores- la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia” (Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, Fundamento 14).

CAPÍTULO II: EL CONCUBINATO

Cuando nos referimos al término “unión de hecho” este se vincula con la convivencia en sí, *more coniugali*, o familia de hecho, dejando establecida dicha denominación que no se está refiriendo a una familia constituida en un matrimonio o sometida a las reglas de esta institución, para lo cual se utiliza el eufemismo familia de derecho; debiendo resaltarse que dicha figura goza del amparo constitucional.

Así, podemos destacar lo referido por el maestro Ramos (2017) quien señala que:

El vocablo “concubino” tiene su origen etimológico en las voces latinas “con” y “cubito”, que se traducen en «acostarse con», «acostarse juntos» o «dormir juntos», en clara alusión a la comunidad de hecho o relación sexual (Sopena, 1963, p. 2161). El término deriva del latín “concubinatus”, que a su vez se vincula al verbo *comcubere* o *concumbere* (de *cunu* y *cubere* = yacer juntos), referido al trato de un hombre y una mujer. También, se dice que deriva de *concubena*, que igualmente alude a «dormir juntos» o «acostarse». (Pág.241).

El estudio realizado por Cornejo (2013) nos plantea una disyuntiva respecto de la naturaleza misma del concubinato, al concluir que es un fenómeno histórico y hecho vigente en las sociedades modernas. No obstante, su cuestionamiento radica en el problema a resolver que plantea, si es que debe ser resuelto por la

doctrina o si es la ley quien debe ocuparse él para regularlo o si es preferible que lo ignore. El problema del concubinato fue abordado por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 y por diversas normas legales en campos distintos a la codificación civil.

Asimismo, Cornejo (2013) establece que:

Puede distinguirse dos acepciones de la palabra concubinato: a) una amplia, según la cual habrá concubinato allí donde un hombre y una mujer hagan, sin ser casados, vida de tales, b) otra restringida, que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia marital sea tenida por concubinaria. En este orden de ideas, el concubinato puede conceptuarse como "la convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio". De ello se infiere que quedan excluidos del concepto estricto de concubinato no solamente la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal sino también la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio. (Pág. 45)

Podemos concluir, y queda demostrado en virtud de lo expuesto en las fuentes citadas, que la intención del legislador por regular esta figura jurídica tan arraigada en diversas sociedades, nace de la necesidad de establecer parámetros que limiten y regulen esta realidad social al margen de las normas

preestablecidas para el matrimonio; no obstante, se nutre de ellas, recurriendo a dicha institución para acercar la convivencia a estándares de igualdad sin llegar a la concreción del mismo, que por ley estable mayores y más precisas obligaciones entre los cónyuges. Por ello, la convivencia regulada a través de la unión de hecho, se ubica como un derecho regulatorio complementario y subsidiario del matrimonio y que, a su vez, deviene en herramienta fundamental en la consolidación y desarrollo de la familia bajo un amparo jurídico y como eje articulador de nuestra sociedad.

2.1. Definiciones del Concubinato

2.1.1. Definiciones Lingüísticas

La Real Academia Española de 1981, sostiene que: “La palabra concubinato proviene del latín concubinatus, lo cual significa: Comunicación o trato de un hombre con su concubina”.

Asimismo, el Diccionario Enciclopédico Océano Uno de 1997 señala que: “el concubinato significa: vida que hacen el hombre y la mujer que habitan juntos sin estar casados”.

2.1.2. Definiciones Doctrinales

El concubinato es “El estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio” (Cabanellas 1997, Pág. 261). Asimismo, se define como “Acto Jurídico consensual, por el cual un hombre y una mujer hacen una comunidad de vida permanente y singular, con el fin de vivir juntos, procrear y socorrerse mutuamente” (Quiroz 1999, Pág. 313).

2.2. Unión de hecho en el derecho peruano

El Código Civil peruano de 1852 trató el concubinato solo como causal de separación de los cónyuges, no estableciendo ningún parámetro ni requisito para las uniones de hecho en virtud de la fuerte influencia del Derecho Canónico que era la normativa imperante para regular la figura del matrimonio; lo cual se sumó a lo consagrado en la Constitución de 1839, vigente en ese periodo, en cuyo artículo 3° disponía “su religión es católica, apostólica y romana, que profesa sin permitir el ejercicio de cualquier otro culto”, otorgándole exclusividad con rango constitucional a la religión católica.

A nivel social, el matrimonio religioso era el único reconocido y legitimaba a la familia, por lo que toda relación fuera de ella merecía el rechazo de la sociedad. Si bien con la dación del Código Civil de 1936 estaba vigente la Constitución de 1933 en la cual hubo un notable avance en cuanto a la incorporación de garantías

individuales, se reconoció la libertad de conciencia y de creencia y no existió norma expresa respecto a la Iglesia Católica, aunque, la influencia de la Iglesia seguía siendo significativa y, por lo tanto, se propició una posición conservadora de la institución matrimonial frente a la unión de hecho.

Es así que, este Código solo la mencionó a propósito del tratamiento de los hijos en los casos de la investigación judicial de paternidad y en cuanto a los derechos sucesorios de los hijos legítimos e ilegítimos, otorgándoles más derechos a los hijos legítimos si heredaban conjuntamente con hijos ilegítimos (Varsi 2011, 388-393).

La Ley 13157 del año 1961, Ley de Barrios Marginales o Barriadas señalaba que cuando el adquirente de un lote marginal que no esté casado y no tenga impedimento de casarse, lo ocupe con una mujer con la cual hace vida marital, el bien será de ambos para lo cual se expedirá el título a nombre de los dos. Posteriormente, la Ley 17716 – Ley de Reforma Agraria de 1969 estipulaba como beneficiaria de la adjudicación gratuita de la unidad familiar a la compañera permanente, en caso el adjudicatario falleciera sin haberla cancelado. (Reinoso 1987, Pág. 57).

Llegamos a 1970, año en el que Tribunal Agrario reconoce el derecho de la concubina en la adquisición de predios rústicos adquiridos durante la convivencia, pero vinculándolo al enriquecimiento ilícito (Aguilar 2016, Pág.151).

Se promulga el Decreto Ley 29598 de 1974 - Empresas de propiedad social que estipulaba que los certificados de retiro serán transferidos a la conviviente que mantiene estado de permanente compañera del causante y siempre que se encuentre registrada en la ficha del trabajador (Reinoso 1987, Pág. 57).

Adicionalmente, la Ley 8439 de 1936 en su artículo 2 establecía que: “En caso de muerte del empleado, la compensación por tiempo de servicios prestados le correspondía a los herederos; y, en defecto de estos, a la persona o personas que económicamente dependían de él, dando una protección más amplia a fin de proteger a las convivientes.

Al no existir una legislación que consolide los derechos de los convivientes en una unión de hecho, todos los esfuerzos realizados así como la legislación dispersa que se fue generando para el reconocimiento de tales derechos, resultaban insuficientes; por lo que resultó imperioso ir modelando una serie de normas que finalmente fueron plasmadas y vieron la luz en la Constitución Política de 1979 y en el Código Civil de 1984, normas que incorporaron aspectos fundamentales para la protección de las partes en la defensa de sus derechos y en salvaguarda de los efectos jurídicos que de ellos derivaban.

En el Perú, la reconocida jurista María Cornejo (2013) expresaba que:

La realidad reflejada en los censos de población permitió distinguir, al menos, cuatro (04) situaciones: a) los casos de concubinato strictu sensu, aquellos en que un varón y una mujer que no son casados, pero que

legalmente podrían casarse, hacen vida de tales: b) los casos de convivencia marital entre personas que están impedidos legalmente de contraer matrimonio, que -sin embargo- constituyen concubinato lato sensu; c) los casos de matrimonio exclusivamente católicos que, a partir de 1930, son considerados como concubinatos; y d) los casos del llamado “servinakuy” u otras denominaciones, practicados por los campesinos de la sierra central y meridional del país. (Pág. 45).

En la actualidad son más frecuentes los casos de parejas que deciden establecerse como parejas estables, con una convivencia sostenida al margen de la institución del matrimonio y las razones son diversas. Este alejamiento paulatino y que en los últimos años ha cobrado relevancia, ha impulsado la figura de la Unión de hecho y con ello ha generado la necesidad de legislar sobre ella de la manera más amplia posible. Este nuevo modelo de relación o realidad familiar regulada, tiene como base a la pareja de hecho y como actos conexos e indesligables a la unión estable, convivencia more uxorio, y algunas otras denominaciones con las que se conoce a esta ancestral situación que en la antigüedad era censurada por las autoridades civiles y religiosas.

Los cambios y transformaciones sufridos por la sociedad, han generado como dijimos en el punto anterior el auge e impulso en el desarrollo legislativo de esta figura, no existiendo uniformidad en los estados tanto para su denominación como para las figuras que dentro de esta unión de facto hay que regular; no obstante, el criterio indica que por analogía son las que la institución del matrimonio protege,

dándose diversas interpretaciones desde las miradas doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas.

Es por ello que, en la sociedad actual, producto de los cambios y los procesos de adaptación y conocimiento de las parejas, ha cambiado el concepto de matrimonio y las uniones de parejas y estas cada vez están más reconocidas y gozan de la protección de las leyes, las instituciones y en muchos casos de la sociedad en su conjunto, que cada vez ve de mejor manera esta nueva y cotidiana realidad familiar como alternativa a la opción de contraer matrimonio.

La evolución de las sociedades y la necesidad de crear un marco regulador de cada uno de los eventos sociales que se dan de manera continua y que implican un concepto nuevo o evolucionado de realidades existentes, alcanzan a todos los ámbitos de la vida del ser humano. Como vimos anteriormente, en el análisis del desarrollo del concepto de familia y la irrupción de la institución del matrimonio como un hecho normado tanto en su concepción como en las consecuencias jurídicas que de él derivan, se deben a la necesidad de contar con un marco regulador que garantice y proteja a las partes en el desarrollo mismo de la convivencia, así como en los actos posteriores una vez disuelto o terminado el vínculo convivencial.

De manera paralela surgen las uniones de hecho como una constatación real del emparejamiento y la subsecuente convivencia al margen de una unión matrimonial. Es así que ante este nuevo escenario el legislador y el estado se ven urgidos de establecer parámetros regulatorios que definan los límites legales en

este tipo de convivencia por lo que se ven en la obligación de otorgarles un reconocimiento jurídico a este tipo de parejas, que por diversas razones no han optado por el matrimonio y lo que esto acarrea desde un inicio.

Es así que nos encontramos con un punto controversial que se enfoca en el reconocimiento de los mismos derechos que otorga el matrimonio, ya que no se puede equiparar de manera absoluta al matrimonio y a la unión de hecho, a pesar que se reconozcan en muchos casos los derechos inherentes al matrimonio tras la disolución o quiebre del vínculo matrimonial o la mera separación; por lo que no cabe establecer una analogía tácita y resulta evidente que la equiparación no se puede dar, salvo en el caso de existencia de hijos, donde la ley no hace distinciones en que si ha habido o no convivencia, o si son hijos matrimoniales o no.

La realidad actual invita a desterrar esa invisibilidad de antaño en aras de un reconocimiento social y de una normalización de la convivencia, a diferencia de lo que ocurría antiguamente en las que esas parejas de hecho además de ser “invisibles” estaban condicionadas, y en algunos aspectos impedidas, de acceder a derechos, ni siquiera accionando legal o judicialmente; por lo que en la actualidad esa antigua realidad social cambió y las parejas de hecho se han vuelto visibles, reclamando que se les reconozcan una serie de derechos jurídico-patrimoniales ante las instancias judiciales y administrativas correspondientes.

En nuestro caso, a lo largo de la historia en la conservadora sociedad peruana, la figura del concubinato no gozaba de la aceptación social, ni legal, siendo muchas veces cuestionada a pesar de encontrarse arraigada en muchos sectores sociales, siendo incluso estigmatizada por no estar consagrado ante el Derecho

Divino, ni las leyes terrenales. Dicha visión se fundamentaba en los fuertes prejuicios que imperaban en nuestra sociedad y estaban sólidamente ligados a una concepción tradicional de familia en la que la figura del matrimonio se imponía de forma exclusiva para la consolidación de la familia.

Es conveniente precisar que esta forma de familia existió siempre, y fue el inicio de una institución que con el paso de los años y la paulatina consolidación del Derecho se convirtió en una institución fundamental de la sociedad. Incluso antes de la existencia del matrimonio, aunque legalmente no tuvieran un reconocimiento; tanto así que en la sociedad peruana muchas veces se utilizó el eufemismo “compromiso” para referirse a una relación de convivencia estable y de pareja que no haya cumplido con los trámites necesarios que culminen en un matrimonio

La minusvaloración social y legal a la que se veía sometido el concubinato generó que los miembros de esas familias no gozaran de tales derechos, ni de las obligaciones inherentes a los cónyuges, llegándose al extremo que los hijos producto de esas relaciones o particulares formas de familia sean considerados hijos ilegítimos.

Con la promulgación de la Constitución de 1979 se otorga otro rango normativo a las uniones de hecho, equiparando los derechos de los hijos independientemente si nacieron dentro o fuera de una relación matrimonial, quedando definitivamente prohibida cualquier alusión sobre el estado civil de los progenitores y la naturaleza

jurídica de la filiación de los hijos en los registros civiles, así como en cualquier documento de identidad.

Ello, a consecuencia que, la Constitución Política del Perú de 1979 en su artículo 9, señalaba que: “La unión estable de varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable, señalando como condición necesaria para este efecto que dicho varón y mujer formen un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley”.

De la misma manera, Código Civil Peruano de 1984, en su artículo 326, establece que la unión de hecho es: “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 la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Finalmente, en cuanto se refiere a la unión de hecho que no reúna las condiciones establecidas, en su caso, dispone la norma que el interesado tiene expedita la acción de enriquecimiento indebido.

De lo analizado anteriormente se puede concluir que, los avances sociales desde la perspectiva constitucional de dicha carta magna, significaron un hito largamente anhelado por diversos sectores de la sociedad peruana, ya que consagró la

igualdad entre hombres y mujeres y como consecuencia de ello, la consiguiente igualdad en las relaciones familiares.

Basados en dicho contexto, nuestra actual Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 5°, define a la unión de hecho como: “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”. Asimismo, el artículo 4° de la Carta Magna establece de manera meridiana que la comunidad y el Estado detentan la obligación de proteger a la familia y promover el matrimonio, entendiéndose de manera extensiva el concepto de familia y que esta no está asociada únicamente al concepto de matrimonio tradicional y que el concubinato también es una forma de familia amparada por nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, Max Ríos (2020) establece que:

Las uniones de hecho entonces deben ser consideradas con especial atención por el derecho, alejándose de posturas moralistas para actuar a favor de la protección y fortalecimiento de esta figura por cuanto no sólo se trata de la unión misma entre un hombre y una mujer, sino también la presencia de los demás miembros que constituyen esta forma de familia comprendida por descendientes en conjunto o provenientes de uniones anteriores que se unen fraternalmente en este núcleo social. (Pág. 13)

La sociedad y realidad actual deben ser amparadas por la Constitución y es en ese sentido que nuestro ordenamiento constitucional responde a una realidad en la cual la convivencia se ha convertido en una forma más habitual de relación familiar en desmedro del matrimonio, tanto por razones personales de las parejas como por aspectos económicos. De la lectura y revisión del Censo Nacional de Población y Vivienda de 2017 en el Perú, realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2017) se puede observar que, del total de las personas censadas en todas las regiones del Perú, existen de 6 195 795 (Seis millones ciento noventa y cinco mil setecientos noventa y cinco) convivientes, frente a 5, 959 966 (Cinco millones novecientos cincuenta y nueve mil novecientos sesenta y seis) personas casadas (pág. 1); pudiendo observarse que existen más personas que se unen a través de la unión de hecho de las personas que deciden unirse a través del casamiento.

De lo mencionado, podemos observar un evidente incremento en nuestro país de las uniones de hecho, comparando esta información con el censo del año 2007, realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2017) donde se puede apreciar que, en ese año, el número de casados era de 5 962 864 (Cinco millones novecientos sesenta y dos mil ochocientos sesenta y cuatro) frente a los 5 124 925 (Cinco millones ciento veinticuatro mil novecientos veinticinco) de personas que convivían sin estar casados.

Por otro lado, resulta pertinente dar a conocer que, hace tres décadas, las mujeres contraían matrimonio siendo más jóvenes, bordeando los veinte años a más, viéndose que en la actualidad el matrimonio viene siendo postergado por su

realización personal o profesional, optando en algunos casos por la convivencia sin hijos. Dichas decisiones y comportamientos sociales, están determinados por el estrato cultural y socio-económico al que pertenece la mujer; no obstante, aún se mantiene el modelo tradicional del matrimonio o la convivencia con hijos.

2.3. Naturaleza jurídica de la unión de hecho.

Cuándo se estudia la unión de hecho como fenómeno jurídico, nos encontramos con un sin números de variables que nos permiten determinar elementos que definen de manera clara dicha institución, al margen de las características propias y de las corrientes doctrinales que impulsan y proponen la prevalencia de algún rasgo característico, es necesario establecer que, existen diversas fundamentaciones doctrinarias que analizan la naturaleza jurídica de la unión de hecho, basadas en rasgos distintivos y particulares, como es caso de las teorías desarrolladas por el doctrinario Juan Plácido (2011):

- a) **Teoría institucionalista:** Partimos en reconocer que el matrimonio es una institución, en ese sentido, a la unión de hecho le correspondería una naturaleza jurídica similar, en razón a que es un acuerdo de voluntades y cumple los elementos propios del matrimonio, como son los deberes de cohabitación, fidelidad y asistencia, generando consecuencias jurídicas. Esta teoría es la más aceptada y considera que la unión de hecho al ser fuente de familia debe ser considerada como una institución.

Es loable la intención del legislador de dar un trato igualitario a la figura de la unión de hecho en relación a la del matrimonio, por cuanto va más allá de distinguir el mero formalismo de la unión matrimonial, incorporando a la unión de hecho que a todas luces es una forma de convivencia, de generación de derechos familiares y de articulación social, bajo un marco legislativo protector que a todas luces reconoce que dicha situación de convivencia a través de la historia a devenido en una institución con consecuencias jurídicas hoy reconocidas; partiendo de dicha premisa, que la familia es anterior a la sociedad, ella nace de la unión del varón y la mujer y, consecuencia de ello surge la necesidad de regularla y darle el carácter de institución; no obstante, la sociedad en su composición se nutre tanto de familias constituidas en un matrimonio, como de familias formadas a través de una unión de hecho prolongada, permanente y con rasgos característicos de continuidad, por lo que podemos establecer de manera clara que, la base de la sociedad como institución natural es la familia, independientemente de la modalidad bajo la que este constituida.

- b) **Teoría contractualista:** La unión de hecho se presenta como una relación exclusivamente contractual, siendo el factor económico el sustento de la existencia de las relaciones convivenciales. Al igual que en el matrimonio, las razones por las cuales una pareja decide convivir no se ciñen al tema económico, sino que existen aspectos personales que trascienden las obligaciones propias al deber de asistencia y ayuda mutua.

Como vemos, la unión de hecho como institución da pie a que se desarrollen sobre su naturaleza una serie de teorías y propuestas que intentan establecer las reales razones que configuran este tipo de unión, cuando hablamos de la teoría contractualista, nos encontramos con la propuesta de Plácido que señala que el factor económico es el sustento de la existencia de las relaciones convivenciales; por tanto, considero que establecer el aspecto económico como eje fundamental por el que se establece o se inicia una relación de hecho, no es del todo válido por cuanto la convivencia de la unión de hecho, como tal, no necesariamente se debe fundamentar en una razón económica, sino -por el contrario-razones de índole moral o afectivas son mucho más comunes que el mero aspecto económico. Ahora bien, las características contractuales de la unión de hecho, se dan en virtud a la existencia de elementos constitutivos del contrato, tales como, la voluntad para el consentimiento, licitud, capacidad y un componente patrimonial, que no necesariamente es el eje sobre el que gira dicha institución, resultando que dicha teoría contractualista valoraba aspectos que a la luz de la realidad actual, devienen en caducos y obsoletos en sociedades occidentales como los acuerdos familiares previos y el pago de la dote.

Asimismo, Yasmina Escobar (2019) estableció que:

La postura Económica, no puede ser amparada en nuestro sistema jurídico debido a que la unión de hecho carece de contenido patrimonial, es decir, no es una relación estrictamente contractual, donde los convivientes se vinculan y relacionan sobre la base de criterios

económicos, sino que prima el auxilio, la asistencia y ayuda mutua como sucede con el matrimonio (Pág. 20)

- c) **Teoría del acto jurídico familiar:** Esta teoría pone énfasis en la voluntad de sus integrantes en generar relaciones familiares. El Tribunal Constitucional ha señalado que se “está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo”.

De tal forma, considera que todo hecho jurídico es un suceso con consecuencias jurídicas, en la medida que se encuentra reconocido de forma directa o indirecta en un supuesto de hecho normativo. Por ello, considerando que los actos jurídicos extrapatrimoniales tienen como eje central los derechos de la persona, no pueden ser enmarcados como simples “negocios jurídicos”, ya que su contenido bajo ninguna forma está sujeto a negociación, ya que por su naturaleza son derechos indisponibles. (Karen Chiroque 201, Pág. 8).

Doctrinariamente las teorías arriba planteadas establecen posiciones antagónicas en algún aspecto y complementarias en otro, por cuanto, salvo en la teoría contractualista, lo planteado por los juristas y el desarrollo y análisis de los hechos relevantes de cada teoría nos permiten establecer una amalgama de situaciones válidas generadas en la unión de hecho y que son expuestas de forma concreta y desarrolladas sucintamente en este análisis.

2.4. Principio de amparo a la Unión de Hecho

Al respecto, el abogado José Martín (1998), sostiene que:

La tutela jurídica de las uniones libres se justifica por constituir una relación jurídica familiar, y como tal, ha de recibir protección social, jurídica y económica; y, en cualquier caso, las situaciones convivenciales exigen atención del derecho en la medida que la prolongada cohabitación crea una serie de intereses dignos de tutela. En virtud de lo anteriormente expuesto, la no concurrencia de la formalidad en la unión no priva a esta de los derechos derivados de la convivencia, ni de la protección que conlleva mantener en el tiempo dicha unión. (Pág. 330).

Asimismo, Yuri Vega (2002), expone en su trabajo que:

La figura de la Unión de Hecho, como consecuencia de la continuidad de las relaciones estables como hemos visto estadísticamente son un número que se mantiene en constante evolución y que varía en función al país analizado. El modelo familiar elegido por el legislador se sustenta en el matrimonio pese a que la unión de hecho es históricamente más antigua., que debido a que la familia genera una serie de relaciones (entre la pareja, entre la pareja y los hijos, y entre la pareja y terceros), ellas no pueden quedar libradas siempre, in toto, a la decisión de los propios interesados, especialmente en lo atinente a los derechos personales. Se requiere de un adecuado estatuto que garantice derechos y deberes entre

los componentes del grupo familiar y de pautas ciertas que protejan a los extraños que establecen relaciones con aquellos. Además, es fundamental que se propenda a la efectiva realización de tales derechos, con niveles mínimos de protección cuyo objetivo final no es otro que garantizar el bien común. Esta tarea ha sido asumida por el Estado y para ello tomó como substrato de la familia a aquella basada en el matrimonio. (Pág. 37)

De la misma manera, Vásquez García (1998) manifiesta que:

El principio de amparo a las uniones de hecho ha sido recogido inicialmente en el artículo 9° de la Constitución de 1979 y mantenido en el artículo 5° de la Constitución de 1993, sustentando la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio (Pág. 63).

Hay que reconocer que a lo largo de la evolución jurídica de la unión de hecho y el desarrollo normativo que la regula, se han generado un sin número de realidades que de manera oportuna han ido capturando la atención del legislador, que lo percibió como una necesidad social y un avance en el desarrollo del derecho de las personas que deciden convivir con su pareja. Podemos añadir que, tal como se desprende de las citas referidas en párrafos precedentes, la unión de hecho es una institución que se encuentra regulada en diversos cuerpos

jurídicos y goza del total amparo de nuestro sistema legal que en un alarde integrador incorpora los derechos del conviviente o miembros de la unión de hecho a estándares coincidentes con los del matrimonio, por lo que se puede concluir que nos encontramos ante una figura que goza de total amparo y protección de nuestra legislación e instituciones.

CAPÍTULO III: SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Derecho a la seguridad social.

Iniciamos este capítulo incidiendo en la importancia y trascendencia del derecho a la Seguridad Social.

A lo largo de esta investigación, hemos constatado que el derecho materia de estudio incorpora y goza de un alto componente de Derechos Humanos, que de manera conjunta se han incorporado y han determinado la particular naturaleza del derecho a la seguridad social, como una materia del derecho cuyos linderos están determinados por la confluencia antes mencionada y por la égida de los Derechos Fundamentales consagrados en el ámbito Constitucional de diversos estados.

En este contexto, los Derechos humanos están conformados por todas aquellas normas que consagran prerrogativas y libertades básicas de las personas, por lo que no podemos desconocer la trascendencia del derecho a la seguridad social y su necesidad como consecuencia de la evolución del derecho en material social y la consagración de los logros obtenidos por las sociedades a lo largo de su historia de lucha y reivindicaciones y, que los estados supieron adoptar como herramienta de fortalecimiento del Estado de bienestar social y como eje vertebrador de políticas sociales que apuntaban a consolidar al estado como un estado con una alta dosis de preocupación y compromiso social para con los trabajadores y sus familias.

Es por ello que, estos derechos surgen a partir de la necesidad de establecer condiciones elementales que se sustentan en la dignidad humana, y también constituyen límites contra el uso arbitrario o irracional del poder (Esquina 2017, Pág. 5 y 6).

El Derecho de la Seguridad Social, a partir de la emergencia de su autonomía como área del derecho y especialmente respecto del Derecho del Trabajo, se ha constituido en una disciplina compleja y sistémica en cuyo ámbito se relacionan factores legales, económico-sociales, financieros, tributarios, fiscales, organizacionales, políticos, etc. (Ape & Bagnarelli, s.f.)

Tal como observamos al analizar la naturaleza del derecho a la seguridad social, no nos podemos detener exclusivamente en la naturaleza de las fuentes por cuanto la amplitud de su espectro cobertor, nos lleva a percibir una rama del derecho, extremadamente diversificada y que introduce sus raíces profundas en el ámbito de los derechos fundamentales que, en el transcurrir de la evolución humana, han generado diversidad de figuras, conceptos e instituciones que en la actualidad conforman un universo con el que todas las recientes generaciones se han sentido plenamente identificados, pero que a lo largo de la historia se fueron incorporando de manera paulatina como consecuencia de las luchas ya antes referidas, conceptos como, seguro médico, pensión de jubilación, prestación por desempleo, pensión de orfandad o de viudedad, ahora nos resultan conceptos con los que nos encontramos familiarizados y comúnmente aceptados, pero que

en los albores del derecho a la seguridad social, eran el anhelo y la meta de la clase trabajadora y sus colectivos organizados.

Hablando con franqueza, en el Derecho de la Seguridad Social lo que repele es su carácter fragmentario y, en especial, la insufrible complejidad de sus múltiples fragmentos. Se trata de una complejidad exacerbada, además, por los continuos cambios que padecen las fuentes (y especialmente, las normativas de todo tipo) directamente reguladoras de los muchos fragmentos a ensamblar. (Martínez, Arufe & Carril 2008, Pág. 13).

La razón fundamental para la gestación del Derecho a la Seguridad Social radica en la necesidad de dotar al ordenamiento legal de herramientas que tengan como objetivo primordial y final la protección del trabajador y de los derechos inherentes a su condición de tal, más allá del estricto espacio de su vida laboral, como pueden ser las contingencias que se produzcan durante su actividad laboral; así mismo hacer extensivo esos derechos más allá de su muerte como mecanismo de protección que trascienda a ella, como ocurre con la pensión de viudez y de orfandad. Dicho esto, la Seguridad Social, nace como consecuencia de esa necesidad vinculada a la búsqueda del bienestar social de la persona, por su sola naturaleza, y como escudo protector ante la necesidad de asumir con relativa tranquilidad las contingencias y riesgos sociales que se presentan a lo largo de nuestra vida.

Es por ello que podemos establecer que el Derecho a la Seguridad Social, es una feliz concurrencia de diversas disciplinas del derecho que se articulan

armónicamente para crear un marco de protección al trabajador y de manera subsidiaria a sus familias, por lo que se considera que en el Derecho Social confluyen otras disciplinas jurídicas tales como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, el Derecho Político, el Derecho Internacional Público, el Derecho Procesal, etc.; siendo a su vez, generador y fundamento de nuevas ramas del Derecho, como la que protege a consumidores y usuarios de servicios públicos, o la de protección del ambiente, etc. Por ello, se puede establecer que estamos ante un sistema de disciplinas y regulaciones jurídicas estrechamente relacionadas, con un fundamento, una finalidad y un método común que, como otras disciplinas del derecho, cumplen un rol social de vital importancia.

Pero ya hace tiempo advertía Gustav Radbruch (1978), uno de los primeros teóricos del Derecho Social, que:

La idea del Derecho social no es simplemente la idea de un Derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor, pues se trata, en realidad, de una nueva forma estilística del Derecho, en general. El Derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el Derecho. (Pág. 157)

3.2. Evolución histórica

En su nacimiento, como se ha descrito en el punto precedente, concurren diversas disciplinas del Derecho, tanto del ámbito público como privado que

engarzan y articulan una serie de mecanismos legales que con la evolución social se han ido incorporando y mejorando hasta lograr su plena inclusión en el andamiaje jurídico de los estados, normatividad que en muchos casos ha sido propiciada, proyectada y avalada por organismos supranacionales nacidos a la luz del desarrollo del Derecho Social y ante la necesidad de homogenizar el variado sistema normativo, creado en beneficio de los trabajadores y sus familias como consecuencia de los avances sociales y el desarrollo del estado de bienestar.

En ese sentido, la expresión «Seguridad Social» tiene un origen foráneo. Procede del Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, habiéndose empleado allí, por vez primera, para dar nombre a la «Ley de Seguridad Social» (Social Security Act) promulgada durante el mandato del presidente Franklin D. Roosevelt, en 1935. (Olea 1959, Pág. 216).

Como es sabido, los Seguros Sociales obligatorios, que son la médula de la Seguridad Social, nacieron en Europa hace unos setenta años y luego se han propagado a casi todos los países del mundo, alcanzando un desarrollo impresionante. Lo que resalta de nuestro enjuiciamiento histórico es cómo la variada psicología de las naciones, su diferencia humana y racial, lo mismo que su diferente grado de organización y perfeccionamiento social produjeron una emulación positiva y negativa que contribuyó poderosamente al avance de todos, con un mayor acumulo de tecnificación y experiencia práctica. (Galvez 1955, Pág. 14)

La aparición de la Seguridad Social se da de manera escalonada y en función del proceso de desarrollo económico de cada Estado, que en algunos casos era atribuible al retraso en el proceso de industrialización conocida como Revolución Industrial, en el siglo XIX. Otros países lo incorporan de forma paulatina, concretamente en los inicios del siglo XX, cuando las únicas maneras de protección frente a la necesidad eran el ahorro individual, la solidaridad familiar, las sociedades de beneficencia, el sistema mutual y, en menor escala, los seguros privados a los que algunos privilegiados tenían acceso y que no formaban parte de las políticas sociales y más bien de acciones aisladas del empresariado y las clases pudientes.

Destaca como antecedente lejano de la previsión social, hasta su desaparición como consecuencia del triunfo de las ideologías liberales, el “gremio, y sus variaciones, como por ejemplo las “cofradías” o “hermandades”, organizaciones laborales que no solo regulaban los aspectos profesionales del trabajo, sino que además tenían por objetivo el amparo de los trabajadores en caso de infortunio.

En nuestra historia, la concepción de generar mecanismos de previsión social y auxilio mutuo, existía desde la época colonial por cuanto era una institución con tradición en la metrópoli y por ende se hizo extensiva a las colonias en América. La Cofradía, como organización de protección que velaba por la salud de los antecedentes de los obreros que eran denominados artesanos, se encontraban organizados en gremios que a fines del siglo XIX se convierten en lo que hoy conocemos como “sindicatos”, agrupados por intereses económicos, técnicos y

profesionales, existiendo alrededor de cada gremio - como complemento de él- una cofradía.

La cofradía era una sociedad o asociación de socorro mutuo, organizada y constituida bajo la estricta mirada de la Iglesia que los aglutinaba en un acercamiento a Dios desde la piedad al prójimo, su bienestar y el descanso eterno de los muertos, la participación de los cultos religiosos adorando a los santos de la iglesia católica y el desarrollo de actividades de beneficencia para ayudar a los miembros de la cofradía que se encuentren enfermos, menesterosos, lisiados o ancianos. Este tipo de organización fue decayendo con la aparición de los sindicatos y el alejamiento de la iglesia de las cuestiones del estado-

Sus ingresos se basaban fundamentalmente en las cotizaciones semanales, como ocurre con las actuales sociedades de socorro mutuo, aportes que podían tener una periodicidad que variaban en función a sus decisiones y podían ser mensuales, anuales e incluyendo aportaciones extraordinarias para solventar los gastos de su vida al finalizar su etapa laboral, teniendo la calidad de prestaciones para el futuro; el trabajador aportaba a cambio de percibir prestaciones.

Otras fuentes de ingresos de las cofradías eran las multas impuestas por las ordenanzas gremiales que se imponían a aquellos cofrades que no asistían a las celebraciones religiosas concretadas por la cofradía como obligatorias para rendir tributo a sus santos patronos. Es preciso señalar que cada cofradía funcionaba bajo el amparo y protección de un santo católico.

Sin embargo, el régimen gremial se suprimió en el siglo XVIII, siendo el caso que, en muchos países, la protección para hacer frente a los riesgos sociales quedó supeditada a un acuerdo entre el empleador y trabajador, pasando a ser ilegal cualquier acción en contrario, generando una situación social de pobreza, desprotección y hasta de desamparo de la clase trabajadora.

La lucha de los trabajadores para que el Estado accediera a reconocer la protección de su salud y seguridad surge en 1764, como consecuencia de la ya nombrada Revolución Industrial, la expansión del capitalismo, la creación de la máquina de vapor y el surgimiento de la clase obrera, acontecimientos que harán aparecer la institución de la Seguridad Social como tal en Alemania en el año 1883, bajo el mandato del canciller Otto Von Bismarck.

Por otro lado, la "Estrategia Beveridge", surgida en Inglaterra, crea un sistema de protección universal, es decir que el criterio de aplicación no era el carácter profesional sino el de redistribución de la renta, con la finalidad de promover un espíritu solidario entre quienes más tenían y los que poseían menos. Esto produjo que el sistema sea más fuerte. Las ideas de la "Estrategia Beveridge" eran opuestas al régimen de seguros sociales, probablemente porque ya podía vislumbrar con cierta claridad los inconvenientes y defectos del sistema y los resultados de su aplicación. (Ángeles 2002, Pág. 218).

Esta situación trajo consigo la aparición de movimientos asociacionistas de tendencia socialista/ comunistas/ anarquista, tanto en Europa, Norteamérica y posteriormente en Latinoamérica. En el caso español, se permitió el derecho a la

libre asociación a partir de 1869, siempre que no tuviera carácter profesional o sindical. El origen de la protección social del trabajador se encuentra en la conformación de la Comisión de Reformas Sociales de 1883.

Con el transcurrir de los años y el proceso transformador que trajeron consigo acontecimientos históricos de trascendencia mundial como la primera gran guerra, las revoluciones mexicana y rusa, la consolidación del movimiento obrero, la proliferación de las huelgas y el crack financiero; se establecen una serie de políticas que apuntaban a amparar a la clase trabajadora ante los avatares y contingencias que se presentasen y que afectaban de manera directa su estabilidad personal y familiar, viéndose la necesidad de generar mecanismos de protección.

Si observamos las experiencias de los estados europeos, en 1900 se promulga en España la primera Ley de Accidentes de trabajo; así, la Ley de 30 de enero de 1900 configurará por primera vez como social el riesgo de accidente de trabajo por cuanto introduce el principio de responsabilidad objetiva del empresario con independencia de su intervención culposa en la producción del daño como eje de interpretación doctrinaria para la aplicación de ese mecanismo de protección recogido en la norma. Esta norma es considerada la primera disposición que se dicta en España que regulaba el accidente de trabajo, implantando la figura del Seguro para el mismo; las transformaciones sociales suscitadas en dicho país hacen que sea la primera norma referida de manera exclusiva a la Seguridad Social, incorporándose también como una de las primeras e importantes normas del Derecho del Trabajo en España.

En consecuencia, es por el mero hecho de desarrollar una actividad industrial de la que obtiene beneficios. En ese orden de cosas, se le atribuye al empresario la obligación de responder de los daños que se produzcan en su fábrica. Sin embargo, la protección efectiva frente a este riesgo se tornó reducida por cuanto el seguro de accidentes se configura como voluntario, y solo afectaba a algunos sectores productivos, lo que hace que la aplicación de la norma sea discrecional y no tenga la característica de una norma de obligado cumplimiento.

El desarrollo del sistema previsional y la consolidación de la seguridad social, tardaron muchas décadas por cuanto la atención de cada riesgo se gestionaba de manera aislada, lo que conllevó a que proliferase una serie de seguros sociales, que se conformaron sin orden ni concierto, sin un plan preestablecido, sino coyunturalmente, en consonancia con las necesidades político-sociales consideradas prioritarias y de acuerdo con las posibilidades económico-financieras de los sistemas de previsión.

Es preciso resaltar que la intención del legislador al plasmar en un conjunto de normas, mecanismos que salvaguarden la estabilidad económica del trabajador ante una contingencia sobrevenida o en el final de su vida laboral; forman parte de una política de Estado con basamentos en el Derecho Social y las conquistas de los gremios, sindicatos y agrupaciones organizadas de trabajadores y de los propios Estados preocupados en procurar garantías previsionales a su fuerza laboral en situaciones especiales o que derivan del paso del tiempo como la jubilación.

Es por ello que se entiende que la actuación del estado en materia previsional va dirigida a compensar la pérdida de rentas de trabajo, que son su principal fuente de ingreso y es de lo que vive la inmensa mayoría de la población, resulta lógico que se presuma que su pérdida les acarrea a los ciudadanos una situación de necesidad, tanto por defecto de ingresos (en casos de incapacidad, desempleo, jubilación, etc.) como por el incremento de gastos (por ejemplo, por nacimiento de hijos), por lo que la actuación del estado se hace perentoria.

Podemos citar la Primera Conferencia Interamericana de Seguridad Social, celebrada en Chile en 1942, donde se acordó que los regímenes por prestaciones en la Seguridad Social se deben ajustar a las evoluciones de los principios de la Seguridad Social y al desarrollo económico y demográfico de los países. Así mismo se declaró que debe haber uniformidad en los sistemas de prestaciones en los regímenes internos, pero en general las prestaciones deben adaptarse a las realidades sociales y económicas de cada país. Esta declaración constituye una muestra fehaciente de la preocupación de los estados, los gobiernos y los organismos internacionales de implantar de manera homogénea un sistema de protección que cumpla los objetivos de prever recursos para las contingencias y situaciones especiales de los trabajadores y sus familias.

Asimismo, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en diciembre de 1948, se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se recoge en su numeral 22 la recomendación que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y 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.

En el artículo 25° del documento referido en el párrafo precedente se propone la recomendación que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido y la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez y vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

De otro lado, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) precisa que toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1959 ratifica, en su artículo 26, la obligación de los Estados de "lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales" y el Protocolo, en su artículo 9, reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social.

Todo lo anteriormente expuesto lo refrenda el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que expresa que "los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social", y establece las obligaciones que contraen los Estados para adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Como corolario al conjunto de normas de carácter internacional y las recomendaciones expuestas, la Resolución sobre Seguridad Social de la 89ª Conferencia Internacional de la OIT (2001), ratificó que "la seguridad social es (...) un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social (...)".

3.3. Concepto de Seguridad Social

No resulta una tarea sencilla definir el concepto de Seguridad Social pues existe una diversidad de teorías y definiciones entre las diversas doctrinas, tratadistas, académicos y autores, a lo que debemos añadir un aspecto fundamental en la sociedad actual, como es su paulatina y fuerte imbricación con la protección a los Derechos Humanos.

Una aproximación histórica al concepto del derecho a la seguridad social, la encontramos en citas referidas a Simón Bolívar, en 1819, quien emplea por primera vez el término seguridad social en el Congreso de Angostura, al señalar que "el sistema de gobierno más perfecto es aquel que proporciona una mayor suma de seguridad social y más estabilidad política". Como es de esperarse, se observa aquí que el Estado debe encargarse del manejo de la seguridad social por dos motivos fundamentales ampliamente interrelacionados: primero, para mejorar las condiciones de vida de los individuos como parte integrante de una sociedad, y segundo, para darle estabilidad y legitimidad al régimen político que sostiene a un Estado, de ahí que se le atribuya esa amplia responsabilidad.

Cuando enfocamos el Derecho Social desde la perspectiva del Derecho Constitucional su proceso de expansión es denominado "Constitucionalismo social", que fue iniciados por las constituciones de México de 1917 -conocida como Constitución de Querétaro- y de Weimar –Alemania- de 1919, tal como se refiere en los antecedentes de esta investigación. Estos instrumentos constitucionales, influyeron en gran medida en casi todas las constituciones de los países occidentales a partir de la 2ª Guerra Mundial, porque elevaron a rango constitucional los denominados derechos "sociales", incluyéndose en ellos de manera detallada diversas categorías de derechos, tales como los laborales, los de protección de la familia o de la seguridad social, que incorporaban por primera vez a ese nivel normativo la existencia de grupos sociales que requerían de protección preferencial, es decir autoimponiéndose la obligación estatal de su

protección desigual, aspecto que consagra y es la razón de ser del del Derecho Social.

Diversos juristas incorporan también a la consulta popular, el plebiscito, el derecho de iniciativa legislativa, la revocación de mandatos y el movimiento por el derecho al acceso a la información pública, como manifestaciones de la “socialización del derecho público”, tanto político como administrativo.

Pérez Leñero (1956) define a la Seguridad Social como:

La parte de la Ciencia Política que, mediante adecuadas Instituciones Técnicas de Ayuda, Previsión o Asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual de todos sus miembros”. Asimismo, sostiene que la Seguridad Social sería “uno de los movimientos ideológicos decisivos de la humanidad”, señalando al mismo tiempo los límites de su expansión en la coyuntura histórica de su tiempo, en los siguientes términos: “Hoy todavía la Seguridad Social es apenas una idea desdibujada, una aspiración, un anhelo de bienestar general, pero en sus fundamentos y ambiciones últimas, algunas apenas vislumbradas actualmente, es un cambio radical en la concepción de la vida individual y social, una refundición total del concepto de propiedad, eje y elemento central de toda nuestra civilización occidental” (Pág. 35).

De la misma manera, Jorge Trueba (1954) estableció que:

El derecho social es entendido como “el conjunto de normas jurídicas tutelares de la sociedad y de sus grupos débiles obreros, campesinos, indígenas, entre otros, consignadas en las constituciones modernas y en los códigos orgánicos o reglamentarios (Pág. 83-84).

Es en ese sentido que la Seguridad Social, a través de un conjunto de normas, reconoce y establece que personas o sectores sociales son objeto de especial protección; para lo cual se desarrollan políticas públicas que generan la normatividad requerida para satisfacer las necesidades de toda la población, y solo marcando las diferencias en casos determinados en las que juega un papel fundamental los años de aporte por parte del trabajador o el periodo de vida laboral. Esto implica el reconocimiento de derechos de protección específicos, diferenciados de los que detenta el común de las personas por parte del estado y sus organismos de previsión social.

Como lo mencionaba Borja (2002):

Los derechos sociales consisten en prestaciones y servicios a cargo del Estado, a favor de los sectores postergados de la población. Tienen un carácter esencialmente asistencial. Por eso, aunque formalmente están atribuidos a todas las personas, son en realidad derechos de las capas

pobres de la ciudad y del campo y están contenidos especialmente en las leyes laborales, agrarias, de seguridad social, de inquilinato, de protección infantil, defensa del consumidor y demás estatutos de esta índole. (Pág. 368).

Asimismo, para Nugent (1997):

Los sistemas iniciales de protección. Al producirse la primera revolución industrial, el trabajador se encontraba en el más absoluto desamparo, frente a los riesgos y contingencias sociales, jornadas de trabajo extenuantes, salarios miserables que tenían que aceptar para no morir de hambre, la coalición profesional figuraba en el catálogo de los delitos. La huelga estaba igualmente proscrita. Además, los empleadores no se consideraban obligados a solventar los gastos de enfermedad, accidentes de trabajo, etcétera, por considerar que tales egresos aumentaban los costos de producción. Por consiguiente, los obreros ubicados en tan lamentable situación, teóricamente debían atender con sus magros salarios los riesgos y contingencias sociales, aunque para ello tuvieran que enviar a la fábrica, a sus mujeres y a sus hijos menores desde su más tierna infancia. Obviamente, el conjunto de estos aportes resultaba insuficiente para cubrir esos requerimientos. Fue así como, progresivamente, surgieron los sistemas iniciales de protección, como el ahorro privado, la mutualidad, el seguro privado, la responsabilidad civil y la asistencia pública. (Pág. 606)

Esta realidad impulsa a los Estados a implantar medidas compensatorias para enfrentar las situaciones de desigualdad generadas y que no permiten a estas personas gozar a plenitud de los beneficios de la vida en sociedad, habiéndose acuñado nuevos términos para denominar estas realidades, tales como de “discriminación positiva” o “acción positiva” en los que se engloban muchas de estas normas o formas de intervención estatal.

Como lo analizamos en puntos anteriores, en sus orígenes, estas situaciones respondían a iniciativas aisladas, con el paso del tiempo y el desarrollo de políticas sociales sostenidas se llega a su progresiva consagración y generalización lo que ha dado como resultado un nuevo modelo político de Estado, amparado en un marco constitucional que tiene un correlato en las iniciativas de los organismos internacionales y de otros estados que apuntan a un sentido global de bienestar de sus ciudadanos.

Es por ello que es latente la permanente preocupación de los estados por dotar a sus ciudadanos de mecanismos legales, instituciones y figuras que apunten a protegerlos y lograr el bienestar de toda la comunidad que lo integra, con especial atención a los sectores en situación de desventaja. El nuevo objetivo que se considera primordial de la acción estatal tuvo su mayor desarrollo y verdadera consagración luego de la denominada “Segunda Guerra Mundial”, principalmente en los países occidentales de Europa, pero con una fuerte influencia en los demás países del denominado por entonces “bloque occidental”, de los que los países americanos formaron parte, llegando a configurar un modelo de Estado que se diferenció lógicamente e ideológicamente del Estado liberal.

Para definir el concepto del derecho a la seguridad social, debemos de establecer que, el mismo se enmarca en un estado con un alto nivel de protección, dicho Estado debe de garantizar un mínimo de condiciones por las cuales sus habitantes y ciudadanos puedan acceder a sistemas de protección viables y universales en igualdad de condiciones. A ello, se le conoce generalmente como “Estado de Bienestar”, pero también recibió los nombres de “Estado Providencia”, “Estado Social” o “Estado Social de Derecho” (este último por oposición al Estado de Derecho, propio del modelo liberal), extendiéndose además de todos los derechos ya consagrados a la atención de los llamados derechos económicos y sociales para que todas las personas tengan igual posibilidad de acceso al mundo social, cultural y político, impulsando los estados un diseño social en que todas las personas están liberadas de las necesidades y de la inseguridad.

La pandemia del COVID 19, vivida por la humanidad desde finales del 2019, por un lado, ha demostrado que los Estados con un sistema de salud y previsión más eficiente, han soportado de mejor manera la crisis, impulsando a repensar el modelo imperante ante la eventualidad de futuras catástrofes sanitarias, que desborden la presencia del estado en buscar el bienestar de sus ciudadanos.

CAPÍTULO IV: EL TRATAMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Como hemos venido analizando en los anteriores capítulos, la Seguridad Social constituye una institución fundamental en el sostenimiento del estado de bienestar

y pilar básico para atender las necesidades de la población y de los trabajadores de los estados modernos, que a lo largo de la historia han ido accediendo a paulatinas y sucesivas mejoras en la protección de sus derechos fundamentales y a la cobertura de diversas situaciones que se generan a lo largo de su vida laboral, como prestación por desempleo, enfermedades, accidentes de trabajo, jubilación, orfandad y muerte.

Todas estas contingencias a lo largo de su etapa laboral y luego de ella han sido tuteladas por la Seguridad Social de diversas maneras y en distintos niveles, dependiendo del grado de desarrollo de cada estado y de cómo se encuentra estructurada la Seguridad Social y el sistema de pensiones en cada país.

En lo que a este estudio compete, nos detendremos a analizar el tratamiento que tres países dan a sus ciudadanos para acceder a una pensión de viudedad o de viudez. Elegir estos tres países, ha sido resultado del análisis de la evolución hasta la actualidad de sus sistemas pensionarios.

España, México y Chile, países con una avanzada legislación y con sistemas pensionarios y de Seguridad Social a lo largo de su historia nos marcan las pautas de tres modelos con ciertas similitudes en algunos casos y nos acercan a entender cómo se encuentra regulado en sus legislaciones el acceso a la pensión de viudez y la evolución que esta ha venido sufriendo a lo largo de los años, hasta encontrarnos en la actualidad en un escenario totalmente diferente al que se tenía cuando se regulo tal situación.

Para entender el contexto primigenio en el que se desarrolla la figura de la pensión de viudedad, es necesario conocer la conformación de las familias y, el rol del varón como proveedor exclusivo de ingresos en el ámbito familiar; para ello, extraemos una cita que grafica de forma bastante cercana a la realidad en la que se puntualizan dichas razones:

El Derecho mata a la sociología porque desde el momento en que toma una realidad social para regularla, necesita definirla y en esa definición, la petrifica porque necesita operar con categorías jurídicas cerradas en aras de la necesaria seguridad jurídica.

Esta afirmación es especialmente válida para la pensión de viudedad, pues la sociedad para la que se definió este instrumento de protección social está afortunadamente muerta en muchos de sus aspectos, pero, en lo que ahora interesa, y en primer lugar, en la propia definición o conformación de la unidad familiar sobre la que se proyecta la situación de viudez. La familia de naturaleza matrimonial integrada por un progenitor varón (aportante de los ingresos para el mantenimiento de la unidad familiar) y una progenitora mujer (relegada al papel de procreadora y madre de familia, con una prole de entre 3 y 5 hijos, como media), ha dado paso a múltiples variantes familiares: familias monoparentales; matrimonios heterosexuales, pero también homosexuales; uniones de hecho - heterosexuales o no- y todas ellas, con una baja tasa de natalidad; divorciados; la presencia de un importante colectivo de extranjeros, con culturas distintas y regímenes matrimoniales específicos, y sobre todo, y común en prácticamente cualesquiera de esas uniones familiares, la incorporación de la mujer al trabajo,

con abandono del tradicional reducto de actividad familiar en términos de exclusividad (Arantzazu 2006, Pág. 29).

Analizamos desde una perspectiva histórica y una visión que nace del derecho comparado y nos permite establecer diferencias y paralelismos de como el legislador en cada sociedad acerca sus normas y regula su funcionamiento. Es necesario resaltar que el desarrollo de este punto nos permitirá tener una visión global del tema materia del estudio y aporta elementos para el análisis del tema, enriqueciendo la investigación que se está realizando.

La reconocida jurista Josefa Bonache (2017) expresó que,

La pensión de viudedad surge en sus orígenes con la finalidad de proteger la situación de necesidad que el fallecimiento del cónyuge - históricamente el hombre- generaba en la familia, caracterizado este contexto social y económico por una distribución de roles familiares donde la mujer se encargaba de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos y otros familiares dependientes, y el hombre asumía de forma exclusiva la responsabilidad de mantener económicamente el núcleo familiar. (Pág.25).

Como hemos advertido, la sociedad ha cambiado y actualmente la realidad es otra, la familia ya no se ajusta a los modelos tradicionales, hoy día las nuevas generaciones, las leyes y la sociedad han generado distintas formas de entender esta institución más allá de un matrimonio formado por dos personas de distinto sexo en el que uno trabaja (el varón) y la otra se dedica al hogar (la mujer). Es

más, el modelo de familia más extendido, por encima del anteriormente mencionado, es el de la mujer trabajadora en el que ambos miembros de la pareja aportan ingresos al hogar.

La mujer está absolutamente integrada en el mercado de trabajo y ya no depende económicamente de nadie, por lo que la pensión ha perdido de vista el objetivo inicial con que fue creada -una situación de necesidad-, y ha pasado a ser una red de seguridad para todas las familias independientemente de su capacidad económica.

4.1. El reconocimiento de la Pensión de Viudez en la legislación española.

El otorgamiento de la pensión de viudedad en la Constitución Española de 1978, ha señalado en su artículo 41 que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Asimismo, la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, en su capítulo VII, del título II regula las prestaciones para muerte y supervivencia, y el Reglamento General aprobado por Decreto 3168/1966, de 23 de diciembre, establece normas para determinar la cuantía de las indicadas prestaciones y señala condiciones del derecho a las mismas.

La pensión de viudedad es recién regulada por norma del año 1955, teniendo como precedentes el retiro obrero y el seguro de vejez e invalidez, en tanto actos compensatorios anteriores otorgados por el Estado para cubrir contingencias en la vida laboral del ciudadano. El cambio sufrido por la sociedad española y la conformación de las familias, ha generado que dicho modelo sea cuestionado en su continuidad por cuanto corresponde a realidades desfasadas y que colocaban a la mujer en un rol subalterno en el ámbito laboral, hechos que los años y los cambios lo han desterrado para dar paso a una mujer laboralmente activa y con independencia económica.

La pensión de viudedad es la segunda fuente de gasto de la Seguridad Social, con una casuística compleja en cuanto a los requisitos de concesión vinculados con el sujeto causante y una amplia heterogeneidad en cuanto a los beneficiarios, que pueden tener o no tener cargas familiares, rentas y patrimonio propio o capacidad para su obtención, soporte familiar, acceso a otras ayudas sociales, etc.

Tal y como expone Hernández (2015):

En España el nacimiento y la evolución de las prestaciones por muerte y supervivencia tienen sus condicionantes generales en argumentos históricos y sociales que perfilaron un modelo social concreto; durante buena parte del siglo XX predominó una estructura familiar en la que sólo uno de los cónyuges trabajaba –generalmente el hombre–, mientras el

otro se ocupaba de la familia y el hogar –generalmente la mujer-. Ante este modelo, el óbito de quien ejercía el desempeño profesional era una importante traba para el sostenimiento económico del núcleo familiar. (Pág. 84).

Estas prestaciones públicas nacieron en el ámbito profesional ante las inseguras condiciones laborales del momento, articulándose a principios del siglo XX una responsabilidad objetiva del empresario que derivaba en una indemnización a las viudas de fallecidos en accidentes de trabajo por el importe de uno o dos años del salario del finado, según la ausencia o existencia de descendientes.

Más adelante, el embrión del sistema actual surge con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, y su normativa de desarrollo, donde se planteaba como norma general una pensión de viudedad vitalicia basada en la aplicación de un porcentaje a una base reguladora (o pensión del finado) para las mujeres siempre que se encontrasen en alguna de estas condiciones: al menos 40 años de edad, incapacidad para el trabajo o hijos del sujeto causante a cargo que tuvieran derecho a la pensión de orfandad, siendo beneficiarias de un subsidio temporal en otro caso. Desde entonces, la equiparación de los hombres a las mujeres como beneficiarios de la pensión, la equivalencia del matrimonio con situaciones de ruptura del vínculo matrimonial, la no consideración jurídica dentro del ámbito asistencial, el incremento paulatino del porcentaje general aplicable a la base reguladora y el establecimiento de un porcentaje superior ante la existencia de determinados criterios socioeconómicos, la modificación de los límites aplicables

en caso de un conjunto de beneficiarios o el reconocimiento de las parejas de hecho a efectos de prestaciones son ejemplos de acciones que han modificado las pensiones de viudedad hasta llegar a su diseño actual.

A través del Real Decreto Legislativo 1/1994 del 20 de junio de 1994, se promulga la “Ley General de la Seguridad Social”, que contempla una serie de supuestos en los que factores como, duración del vínculo, características del mismo y pluralidad de actores en el caso de los beneficiarios contribuyen a describir un panorama regulador muy definido, pero que, a diferencia de lo establecido en la legislación Nacional, no se detiene a establecer requisitos adicionales basados en cuestiones de género como lo analizaremos más adelante.

La norma española establece que los, beneficiarios para obtener la condición de tales, deben acreditar la existencia de vínculo de unión con el causante. Por norma general, el cónyuge es el destinatario final de la pensión, no obstante, se pueden presentar diversos escenarios en virtud de las diversas formas de unión que han sido descritas y estudiadas en párrafos precedentes.

La pertinencia de la norma española, nos deja entrever que, el legislador en un afán de conciliar los legítimos intereses de los sobrevivientes al causante, abre un escenario de compatibilidad sobre el acceso al beneficio generado por el causante y, permite que, accedan a la pensión, tanto el último cónyuge o conviviente, como quien en su momento contribuyó al fortalecimiento de la unión conyugal y a la consolidación económica de la familia ya sea en calidad de

esposa o conviviente, situación que la norma exige sea acreditada de manera fehaciente.

4.2. El reconocimiento de la Pensión de Viudez en la legislación mexicana.

La consolidación de los derechos con reconocimiento constitucional en gran parte de los Estados americanos, tienen como origen y punto referencial la Constitución de 1917, que nace imbuida de un espíritu de reconocimiento de derechos fundamentales en los sectores menos favorecidos de la población. En ese sentido, los derechos sociales, entre ellos el derecho a la seguridad social, cumplen un rol de atención prioritaria para el legislador mexicano, que a la luz de las nuevas políticas económicas y sociales, plasma en su ordenamiento constitucional las bases para la creación de un sistema de seguridad social y pensionario, que permitan que el Estado alcance con su sistema previsional a todos los sectores de la población, tanto en su etapa laboral como a su finalización o ante la contingencia de una invalidez o fallecimiento. Reconocido es el rol y la influencia de las políticas sociales mexicanas en diversos ordenamientos políticos y sociales de la región.

La elaboración de nuevas Constituciones latinoamericanas, posterior a la Constitución mexicana de 1917, ha permitido desarrollar los derechos sociales en nuevas dimensiones acordes con el objetivo de extender los derechos sociales de los trabajadores al resto de la población. (Kurczyn 1197, Pág. 616 y 617).

En otras palabras, la excepcionalidad de la Constitución de 1917 consiste en el surgimiento de una responsabilidad estatal proactiva frente a los derechos de los trabajadores, como también se ha señalado en distintos lugares, a fin de transitar de una concepción liberal en la que los individuos son protegidos por garantías frente a la acción del Estado, a otra de corte social en la que el Estado interviene para garantizar los derechos colectivos de los trabajadores. (Noriega 1988, Pág. 110 y 111).

De acuerdo a lo dispuesto por el Instituto Mexicano del Seguro Social Seguridad y Solidaridad Social (IMSS, 2019) los requisitos establecidos por la legislación mexicana para acceder a la pensión de viudedad, varían en condición del género y la condición del solicitante, conforme se muestra a continuación

Viuda:

Acta de matrimonio en copia certificada expedida por el Registro Civil, con fecha de expedición después de la defunción de la asegurada.

Conviviente mujer del causante:

Constancia testimonial con la que acredites el concubinato expedido por la autoridad judicial competente, con fecha de expedición después de tu defunción, en original para que se quede en el expediente.

Viudo:

Acta de matrimonio en copia certificada expedida por el Registro Civil, con fecha de expedición después de tu defunción.

Constancia testimonial con la que acredites la dependencia económica expedida por la autoridad judicial competente, con fecha de expedición posterior a tu defunción, en original para el expediente.

Adicionalmente, tratándose del Régimen de la Ley del Seguro Social de 1973, los servicios de prestaciones económicas, deben contar con el dictamen de invalidez de beneficiario expedido por los servicios de salud en el trabajo (formato ST-6), que acredite el estado de incapacidad, en original para expediente.

Conviviente Varón del causante:

Constancia testimonial con la que acredites el concubinato expedido por la autoridad judicial competente, con fecha de expedición después de tu defunción, en original para el expediente.

Adicionalmente, tratándose del Régimen de la Ley del Seguro Social de 1973, los servicios de prestaciones económicas, deben contar con el dictamen de invalidez de beneficiario expedido por los servicios de salud en el trabajo (formato ST-6), que acredite el estado de incapacidad, en original para expediente.

De los requisitos establecidos en la legislación mexicana, se desprende un trato diferenciado de la condición de cónyuge varón y de conviviente, del mismo modo, se adiciona un requisito no contemplado en las legislaciones analizadas, salvo la peruana que establece una similitud en las condiciones y que es el tema de la incapacidad manifiesta y demostrable. Al analizar la naturaleza de la pensión de viudedad, podemos establecer que esta se encuentra directamente vinculada a la capacidad física o mental del probable beneficiario, por cuanto si se encuentra en plenitud de facultades, la norma le impide acceder a este tipo de pensión, en virtud de considerarse que no esté impedido de generar rentas propias y por ende no ser merecedor de una pensión de viudedad” (Pág. 1-4).

4.3. El reconocimiento de la Pensión de Viudez en la legislación chilena.

Al estudiar el sistema pensionario chileno es preciso hacer un alto, a fin de analizar las singulares características de dicho sistema que, desde la década de los 80, impuso un cambio radical en las políticas de pensiones basado en la sustitución del sistema tradicional de la aportación de los trabajadores y las empresas a un ente rector dependiente del estado, a un grupo de empresas privadas que gestionaron de manera monopólica dichos fondos. A tales sistemas se le conoce, como un sistema sustitutivo, por cuanto suprimió el acceso de nuevos aportantes al sistema público, convirtiéndolo en residual, en virtud que solo se mantendrían en dicho sistema a aquellos aportantes que no optaran por transferir sus aportaciones a los sistemas privados.

El cambio optado por la legislación chilena, se produce en un momento de crisis global, por cuanto las economías latinoamericanas estaban sometidas a una grave crisis, producto de grandes endeudamientos y severos procesos inflacionarios que atravesaba la región. Así mismo, la caída del muro de Berlín y la desaparición de la URSS propició que determinados estados en un afán por alejarse de los postulados de economías centralizadas y totalitarias se distanciaran de dichos modelos, propiciando la consolidación de un sistema privado sustitutorio.

La experiencia del sistema de pensiones chileno, considerada como ejemplar y el más adecuado para gestionar tales fondos, con el correr de los años, desnudó sus falencias convirtiéndolo en un sistema desigual, poco solidario y que fue uno de los generadores de la gran crisis política y social en que se sumió el país vecino como consecuencia de las crisis económica del año 2008, que impulsó las revueltas sociales y trajo consigo la propuesta ciudadana de un cambio de constitución que, a la fecha se viene desarrollando luego de un proceso electoral reciente.

A ello, podemos agregar, el pilar de inversiones en el que se sustentaba dicho sistema, que se vio seriamente afectado por dicha crisis, generando no solo incertidumbre e inestabilidad en las economías, sino que también ocasionó grandes pérdidas en los fondos de inversión y capitalización a los que iban dirigidas las aportaciones de los trabajadores en todos estos años. Esto convirtió el modelo chileno, en sujeto de innumerables críticas y cuestionamientos, que se

vieron replicados en otros países de la región, como es el caso peruano, en el que conviven tanto el sistema pensionario público como el privado, en un sistema denominado mixto, que analizaremos más adelante.

Es indiscutible que el sistema de las AFPs no ha cumplido con las expectativas prometidas a la población civil. Incluso, es razonable considerarlo como una de las grandes causas de la última crisis social vivida en el país.

Así, tuvieron que pasar más de treinta y cinco años desde la gran reforma al antiguo sistema de pensiones de 1981 para que, recién en el año 2016, la sociedad civil chilena tomara las calles demandando un cambio en el sistema, que hasta el momento había sido presentado al mundo como altamente exitoso y por ello digno de ser emulado. No obstante, la fría realidad nos ha mostrado que el Sistema de AFP, más que un plan previsional, es un seguro privado muy injusto, riesgoso e insuficiente para el afilado, empero, un excelente negocio para las entidades administradoras. (Rivadeneira, 2017, Pág. 15).

En este punto, debo referir que, así como algunos países optaron por el sistema sustitutorio, otros por el sistema alternativo- Perú y Colombia; otros estados optaron por un sistema mixto en el que conviven las administradoras de fondos de pensiones y el sistema público gestionado por el estado como es el caso de Bolivia, el Salvador y Argentina entre otros.

A la luz de lo anteriormente expuesto, a manera referencial las administradoras de fondos de pensiones, por regla general establecen requisitos mínimos para acceder al cobro de una pensión de viudez, que, en términos generales son los siguientes:

De acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley 3500 de 1980 en su artículo 5° señala que: “Serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal, el o la cónyuge o conviviente civil sobreviviente”.

Asimismo, en el mismo Decreto Ley 3500 de 1980 en su artículo 6°. Expresa que: “El o la cónyuge sobreviviente, para ser beneficiario o beneficiaria de pensión de sobrevivencia, debe haber contraído matrimonio con él o la causante a lo menos con seis meses de anterioridad a la fecha de su fallecimiento o tres años, si el matrimonio se verificó siendo el o la causante pensionada de vejez o invalidez”, Estas limitaciones no se aplicarán si a la época del fallecimiento la cónyuge se encontrare embarazada o si quedaren hijos comunes.

CAPÍTULO V: RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEZ EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

La temática materia del presente trabajo de investigación, versa sobre las condiciones y requisitos que diversas legislaciones han establecido para el acceso al cobro de la pensión de viudedad por parte del cónyuge o pareja de hecho sobreviviente.

Como hemos visto en los puntos precedentes, no existe una línea definida de condiciones en las legislaciones analizadas, encontrándonos con sistemas muy abiertos y otros altamente restrictivos, como es el caso de la legislación peruana que analizaremos en el siguiente punto.

5.1. Estructura de las Pensiones en la Normativa Peruana:

En primer lugar, estableceremos como punto de partida para analizar los diversos sistemas pensionarios que contempla la legislación peruana, las normas que definen y regulan cada uno de estos sistemas.

Iniciaremos este análisis de manera cronológica, con el Decreto Ley N.º 19846 del 27 de diciembre de 1972, promulgado en el Gobierno Militar de Juan Velasco Alvarado (Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, 1968-1980). Dicha norma regula el cobro de las pensiones por parte del personal de las Fuerza Armadas y Fuerzas Policiales. Respecto al punto que nos concierne, dicha norma

señala de manera expresa en su artículo 23º que: “La pensión de viudez corresponderá al varón por los servicios prestados por su cónyuge siempre que esté incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión y no pertenezca al Régimen de Seguridad Social”.

En primer lugar, de la lectura de dicho articulado, se puede establecer la limitación impuesta por el legislador, respecto de la situación legal de la pareja (cónyuge), contemplando de manera exclusiva al matrimonio como única figura legal para el reconocimiento del vínculo, descartando de plano, alguna situación análoga de convivencia como es el caso del concubinato. En esta forma de plantear la norma, se advierte el talante conservador imperante de la época y la manera de pensar de la sociedad peruana y los gobernantes de esos años.

Asimismo, dicha norma incorpora como requisito adicional y condición para acceder a la pensión de viudez que, el cónyuge sobreviviente varón demuestre estar incapacitado para subsistir por sí mismo y, carezca de bienes o ingresos superiores a la pensión por recibir, lo que lo coloca en una situación cercana a la indigencia; a lo cual debemos añadir que el cónyuge no debe ser beneficiario de ninguna pensión o prestación, por lo que se añade mayor dificultad para el cobro de dicho beneficio por parte de supérstite varón.

En segundo lugar, encontramos el Decreto Ley N.º 19990 del 24 de abril de 1973, expedido también por el Gobierno Militar que aprueba el Sistema Nacional de

Pensiones de la Seguridad Social y regula cada una de las modalidades de acceso a las mismas; respecto al punto que nos atañe, dicha norma señala de manera expresa en su artículo 53º que: “Tiene derecho a la pensión la cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge o integrante de la unión de hecho inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio o unión de hecho se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio o unión de hecho debidamente inscrito a edad mayor de las indicadas”.

En este punto, pasamos a analizar cada uno de los aspectos regulados en dicho artículo, por cuanto nos permitirá acercar conceptos vinculados a la idea central de esta investigación:

5.1.1. El cónyuge o integrante de la unión de hecho inválido o mayor de 60

años:

Como podemos apreciar, el legislador supedita el cobro de la pensión de viudez, a estar sometido a la condición de inválido, esto, es un factor que debe ser analizado por cuanto es clara la intención de la norma, de buscar límites para

acceder a dicho cobro. En este caso, la invalidez como condición, exceptúa a personas sanas, incluso a quienes por razones de edad estarían próximo a percibir una pensión si fuese el caso por razones de edad.

A esta primera limitación, se añade, la de edad, teniendo en cuenta que, se establece un tratamiento diferente en función del sexo del beneficiario, toda vez que, en el supuesto del fallecimiento del cónyuge varón, la cónyuge supérstite o beneficiaria no debe acreditar una edad mínima para acceder al cobro de dicha pensión; caso contrario es lo que ocurre con el superviviente varón que, además de las situación de invalidez ya tratada, debe ser mayor de 60 años, lo que hace de esta norma discriminatoria a todas luces.

5.1.2. El cónyuge o integrante de la unión de hecho a cargo de la asegurada:

Este segundo punto de análisis, amplía las condiciones para acceder al cobro de la pensión de viudez, por cuanto añade un factor adicional que es el de demostrar la dependencia económica a cargo de la causante, situación que no se verifica en el caso de la superviviente mujer, en la que por el solo hecho de ser mujer, es beneficiaria de dicha pensión sin necesidad de acreditar la dependencia económica.

Según el Decreto Supremo N.º 354-2020-EF de 2020 en su artículo 117, se establece que: “Los requisitos específicos de la pensión de viudez para el

cónyuge supérstite es que la persona se encuentre en las siguientes situaciones:

1) Que el cónyuge o el conviviente de la afiliada fallecida o pensionista, en caso tenga un problema de discapacidad para el trabajo o sea mayor de sesenta años (60) de edad, 2) Que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un (1) año antes del fallecimiento de la/del causante y antes que éste cumpla sesenta (60) años de edad si fuese hombre o cincuenta (50) años de edad si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas”.

En ese sentido, es preciso señalar que, dicha norma sufrió una sustancial modificación en lo referente a la exigencia adicional de demostrar la dependencia económica; dicha modificación vía Decreto Supremo y Reglamento, solo afecto a lo relativo al requisito adicional antes referido (dependencia económica), manteniendo otros aspectos con una relevante discriminación que colisiona con el principio de igualdad consagrado en el numeral 3 del artículo 3 de dicho Reglamento que a la letra dice: El SNP debe efectuar un tratamiento equitativo y no discriminatorio a sus aseguradas/os, bajo una lógica inclusiva, especialmente respecto de las personas con discapacidad, de intervención multilingüística y con el respeto semejante para hombres y mujeres”.

Adicionalmente a lo expuesto, cabe resaltar que la norma en sí (D, L. 19990) no ha sido modificada en cuanto a su redacción, manteniéndose tal cual; hecho que se demuestra con la lectura de la misma o accediendo al Sistema Peruano de Información Jurídica- SPIJ.

No obstante, es preciso reseñar que, en el Reglamento Unificado de las Normas Legales que regulan el Sistema Nacional de Pensiones, si contempla lo establecido por el Tribunal Constitucional que declara INAPLICABLE el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo que exige que el viudo debe haber dependido económicamente de su causante para tener derecho a la pensión de viudez. (Exp. N.º 00617-2017-PA/TC). Por tanto, se desprende que por vía reglamentaria se subsana la deficiencia recurrida y se estableció en el procedimiento un tratamiento no discriminatorio como ya lo hemos visto; y que analizaremos con mayor profundidad en el punto siguiente, por cuanto dicha redacción vulneraba principios Constitucionales.

5.1.3. Requisitos y condiciones para acceder a la pensión de viudez por parte del cónyuge sobreviviente:

De la lectura del artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990 sin las modificaciones del Reglamento Unificado de las Normas Legales que Regulan el Sistema Nacional de Pensiones (D.S. N.º 354-2020-EF) del año 2020, se entiende que el supérstite varón debe de demostrar la dependencia económica siempre y cuando el matrimonio o unión de hecho se hubiera celebrado por lo menos un (01) año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta (70) años de edad si fuese hombre, o cincuenta (50) años si fuese mujer, o más de dos (02) años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio o unión de hecho debidamente inscrito a edad mayor de las

indicadas; por lo cual subsiste una redacción contradictoria respecto del texto original, por cuanto se mantiene el mismo en la norma modificada.

Si nos atenemos a la regulación dada por el reglamento, se desprende que la intención del legislador, es limitar el acceso al cobro de dicha pensión ya que la misma está condicionada no solo al cumplimiento de una edad mínima (60 años para el varón y 50 años para la mujer) sino que establece restricciones en cuanto a la fecha de celebración del matrimonio, estableciéndola en dos años cuando se haya superado los 50 años de edad en caso de las mujeres, y 60 en caso de los varones.

¿Qué podemos entender del criterio expuesto en la dación de dicha norma? La respuesta cae por su propio peso, por cuanto es evidente y notorio que lo que se pretende es combatir el matrimonio por conveniencia, así como aquellas uniones matrimoniales cuyo fin u objetivo es beneficiarse de una pensión de viudedad que en otras circunstancias no le correspondería.

De la redacción de dicha norma, podemos advertir que, al requerir a la supérstite mujer demostrar que se ha casado como mínimo un año antes de que su esposo cumpla 60 años de edad, queda evidenciada la diferencia entre hombres y mujeres que promueve la norma, al establecer un periodo adicional de diez (10) años para que la mujer pueda contraer nupcias o celebrar una unión de hecho. Esto lo podemos entender en función a los criterios científicos y sociales que

llegaron a establecer que la vida laboral o productiva del varón era superior a la de la mujer y, que, basados en esta premisa, se estableció dicho periodo en nuestra legislación. Así mismo, le exigen dos años más de preexistencia del vínculo cuando hayan superado la barrera de los 60 años en caso de los varones y 50 años en caso de las mujeres.

En este punto, es necesario referirnos al voto singular emitido por el vocal del Tribunal Constitucional Eloy Espinoza Sandaña Barrera, que a la letra dice:

“Puede derivar pensión de viudez incluso habiendo contraído matrimonio o establecida unión de hecho con una persona de 60 años de edad, mientras que el varón solo puede derivar pensión de viudez de una persona de hasta 50 años de edad. Además, hay una diferencia de 10 años a favor de la mujer” (N.º 00617-2017-PA/TC, Fundamento 2).

En tercer lugar, encontramos el Decreto Ley N.º 20530 del 27 de febrero de 1974, promulgado también por el Gobierno Militar que aprueba el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley N.º 19990, que incluye a todas aquellas personas que al momento de la promulgación de dicha norma eran perceptores de alguna pensión por parte del organismo competente. respecto al tema que nos incumbe, dicha norma señala de manera expresa en su artículo 32º que: “se otorgará la pensión de viudez al varón sólo cuando se encuentre incapacitado

para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión o no esté amparado por algún sistema de seguridad social”.

En este punto es preciso señalar la posición del Tribunal Constitucional, respecto de la redacción de la norma materia de análisis que determina un exceso en los requisitos establecidos para acceder al cobro de la pensión de viudez, estableciendo en su artículo 148 que: “Es preciso declarar la inconstitucionalidad del conector conjuntivo 'y' del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N.º 20530 modificado por el artículo 7 de la Ley N.º 28449, de forma tal que no pueda interpretarse que todos los supuestos previstos en dicha disposición deban cumplirse copulativamente a efectos de que la pensión sea otorgada, sino que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, deben ser consideradas como criterios de evaluación a ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima” (Exp. N.º 050-2004-AI-TC. Fundamento 147 y 148)

En cuarto lugar, encontramos el Decreto Ley N.º 20897 del 6 de diciembre de 1992, promulgado en el gobierno de Alberto Fujimori Furimori, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones AFP; dicho sistema, coexiste con el Sistema Público de Pensiones y establece requisitos diferentes para el acceso al cobro de las pensiones, debiendo precisarse que el mismo

excluye el pago de pensiones por prestaciones de salud y por riesgo de accidentes de trabajo.

Al respecto, debemos señalar que el tema materia de investigación se circunscribe a los requisitos señalados en el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990 para el cobro de la pensión de viudez por parte del Cónyuge sobreviviente.

Sobre el particular, podemos apreciar en el sistema privado, que los requisitos solicitados para acceder a una pensión de sobrevivencia, difieren de los exigidos en el Sistema Público de Pensiones al exigirle al beneficiario únicamente, demostrar con medios fehacientes la relación que lo vincula con el causante.

5.2. Pensión de Viudez en el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990).

Tal y como se ha visto en el punto anterior, cuando analizamos la legislación comparada respecto de las pensiones de viudez en diversos países, la norma peruana materia de estudio (Decreto Ley N.º 19990), especialmente su artículo 53, constituye una norma de larga duración que se viene aplicando desde hace casi 50 años.

En este punto es necesario hacer un paréntesis para remontarnos a sus orígenes, esto es el año 1973 y, poder determinar cómo se llega a la situación actual. Asimismo, analizaremos su proceso de evolución hasta nuestros días, con sus

modificaciones e interpretaciones materia de sendos fallos de Tribunal Constitucional.

5.2.1. Beneficiarios:

Cuando el Decreto Ley 19990 se refiere al cobro de la pensión de viudez por parte de la cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho, y el cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho, establece requisitos adicionales como el caso de la edad y el sexo, por cuanto el legislador en su momento establece un trato diferenciado entre el hombre y la mujer, esto es, requerir al supérstite varón, ser inválido o mayor de sesenta años para poder ser beneficiario de dicha pensión, situación que no ocurre con la mujer, la misma que solo debe demostrar el vínculo de esposa o conviviente. A esto debemos de añadir que a lo largo de la historia, diversas legislaciones han definido criterios diferenciados para establecer la edad de jubilación en razón del sexo, como es el caso de la legislación peruana que establece en el Decreto Ley N.º 19990 de 1973 en su artículo 38 que: “Tienen derecho a la pensión de jubilación los hombres a partir de los sesenta años de edad y las mujeres a partir de los cincuenta y cinco a condición de reunir los requisitos de aportación señalados en el presente Decreto Ley”.

Continuando con el análisis, el sistema de pensiones peruano creado por la norma materia de estudio, no se ha encontrado ajeno a controversias en cuanto a su interpretación y aplicación, lo que nos ha llevado en nuestro caso a analizar la diferencia de trato en lo referente al acceso del cobro de la pensión de los

varones sobrevivientes, lo que genera un trato desigual y una marcada discriminación que desarrollaremos desde el punto vista Constitucional desde el punto siguiente.

Conforme a lo comentado, encontramos una sentencia del Tribunal Constitucional que ha resuelto declarar fundada una demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la ley y a la pensión del actor (Exp. N.º 00617-2017-PA/TC).

5.2.2. Supuestos para acceder a la pensión de viudez:

Respecto a la tramitación de las solicitudes de pensión de sobrevivencia, la ONP, establece diversos criterios para acceder al cobro de las pensiones, dichos supuestos responden fundamentalmente a la realidad familiar del solicitante al momento del fallecimiento del causante y, al cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma, tal y como se detalla en la Resolución Jefatural N.º 026-2021-ONP/JF de 2021, en su numeral 8.27, que señala las especificidades para que se acceda a la pensión de viudez según el siguiente detalle:

- a) Ocurriencia de plazo entre matrimonio o declaratoria de unión de hecho:
Sólo se otorga pensión cuando ocurra el plazo legalmente establecido desde la celebración del matrimonio o la declaratoria de la unión de hecho.
Se toman en cuenta las siguientes reglas:

- i. Para el otorgamiento de la pensión de viudez, en los casos en que no haya transcurrido el plazo entre la celebración del matrimonio y la fecha de fallecimiento de el/la causante, establecido en el artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, se debe considerar las excepciones establecidas en dicho dispositivo legal (fallecimiento por accidente, hijos/as comunes y estado de gravidez de la cónyuge supérstite).

Sobre este punto podemos apreciar que el legislador en el afán de, preservar la integridad económica de la unidad familiar, establece tres excepciones que favorecen al solicitante y que, desde todo punto de vista, hace menos penosa la pérdida sufrida. Es por ello, que dichas excepciones reflejan un criterio extensivo al momento de aplicar la norma.

- ii. También es una excepción el reconocimiento de unión de hecho por la vía judicial o notarial, debidamente inscrita en el registro personal, siempre que sea inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio.

Con el mismo criterio extensivo de la aplicación amplia de la norma, el reconocimiento de la unión de hecho como forma de convivencia previa al matrimonio, genera la posibilidad de obviar los plazos establecidos en la norma cuando no existe dicha convivencia previa al matrimonio.

b) Solicitudes múltiples para pensión de viudez: La ONP no se pronuncia en los casos que presenten solicitudes de pensión de viudez por más de un/a viudo/a, dejando a salvo su derecho para recurrir a la vía judicial, en donde se determina cuál de los matrimonios es válido. En el caso de la presentación de una nueva solicitud de pensión de viudez, luego de otorgada la pensión, se siguen las siguientes reglas:

i. Si se otorgó la pensión de viudez y, con posterioridad, se presenta una nueva solicitud de pensión de viudez que cumple con los requisitos exigidos, se comunica que no procede la activación de dicha prestación porque existe pensionista de viudez activo, dejando a salvo su derecho para recurrir a la vía judicial, quien determina cuál de los matrimonios es válido.

Aquí nos encontramos ante un escenario en el que concurren, dos o más petitionarios que se atribuyen los derechos exigidos para acceder al cobro de la pensión de viudez. En este caso, como vemos la ONP establece que, quien solicita inicialmente dicha pensión cumpliendo los requisitos establecidos, será beneficiario de dicha pensión; no obstante, al concurrir otro solicitante invocando los mismos derechos que el primero, se le deja expedito el camino para acudir a la vía judicial, quien en última instancia determinará si corresponde o no la petición formulada.

- ii. En caso la resolución administrativa que reconoce la pensión de viudez descrita en el numeral anterior, se encontrara dentro del plazo previsto en el artículo 213 del TUO de la Ley N° 27444, se declara su nulidad hasta que se establezca cuál de los matrimonios es válido, caso contrario, continúa percibiendo la prestación.

En este supuesto nos encontramos ante la concurrencia de dos peticiones sobre el mismo derecho; la norma es clara y nos remite al artículo 213 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dejando establecido que, el plazo en el que se formula la segunda solicitud de pensión, es determinante para establecer en primer lugar si se sigue percibiendo la pensión por parte del primer petionario y, en segundo lugar, dejar abierta la vía judicial, para que sea esa instancia quien determine a quien le corresponde percibir dicha pensión.

Asimismo, del análisis de la norma, se concluye que el legislador establece de oficio la nulidad del derecho otorgado, si la segunda petición se formula dentro del plazo de dos años a que se refiere la norma antes citada, todo ello, con el objeto de preservar el legítimo derecho del que hubiere ser el real beneficiario, que no necesariamente sería el primer petionario.

iii. Si se determina que la pensión de viudez otorgada inicialmente, no debió ser otorgada al encontrarse acreditado posteriormente la invalidez o nulidad del acto matrimonial en la vía judicial, se deja sin efecto la resolución con la que se otorgó el derecho a la pensión de viudez. Asimismo, se suspende el pago de la pensión, no generando deuda alguna a el/la beneficiario/a cuyo derecho se dejó sin efecto, hasta la notificación de la sentencia judicial consentida que declara la nulidad del matrimonio.

En este aspecto, se manifiesta la intención del legislador que al momento de realizarse el acto administrativo de cese del pago de la pensión, este hecho no resulte en exceso lesivo para el beneficiario que venía percibiendo dicha pensión y, que como consecuencia de un mandato judicial, se ve impedido de seguir percibiéndola, por no acreditarse de manera fehaciente, el vínculo invocado. Cabe resaltar que, de la lectura de la norma, no se establece de manera meridiana, si existe obligación posterior por parte del primer beneficiario de restituir o reintegrar el dinero percibido.

iv. En caso falleciera el/la cónyuge con o sin pensión de viudez y se presentara un/a nuevo/a beneficiario/a que cumple todos los requisitos para acceder al derecho, no es necesario requerir la presentación de una sentencia que acredite la validez de su matrimonio, por lo que se procede con la acreditación del derecho, de ser el caso.

Aquí nos remitimos a lo establecido líneas arriba, respecto de la amplitud del legislador en redactar la norma, dejando abierta la posibilidad de que en un futuro, uno de los supérstites proveniente tanto de una matrimonio o unión de hecho, pueda acceder a la pensión de viudez, sin necesidad de recurrir a la vía judicial, si la primera solicitante estuviera fallecida o nunca hubiera percibido dicha pensión.

- v. Si se otorga la pensión de viudez, y con posterioridad al fallecimiento del cónyuge sobreviviente se presenta una nueva solicitud de pensión de viudez, que cumple con los requisitos exigidos, se reconoce el derecho a la pensión de viudez a él/la nuevo/a beneficiario/a, desde la fecha de fallecimiento del/de la causante, debiendo aplicarse para el reconocimiento de los devengados el artículo 81 del TUC del Decreto Ley N° 19990, considerando la fecha de la solicitud de viudez.

Por otra parte, cuando hablamos de la concurrencia de un segundo beneficiario, la norma es clara en reconocer los derechos al nuevo petionario siempre que cumplan con los requisitos establecidos, con el añadido que, deberá de someterse a lo dispuesto en el Decreto Ley 19990 de 1973 que en el artículo 81 establece que: “solo se abonarán las pensiones devengadas correspondientes a un período no mayor de doce meses anteriores a la presentación de la solicitud del beneficiario”.

vi. En caso se hubiera reconocido la pensión de viudez con la acreditación de la unión de hecho entre el/la causante y el/la beneficiario/a; y, posterior a ello, un/a beneficiario/a solicitara el derecho a pensión de viudez, acreditando la celebración del matrimonio con el/la causante y el cumplimiento de los requisitos exigidos, se procede a dejar sin efecto la resolución que otorgó la pensión de viudez con la acreditación de la unión de hecho entre el/la beneficiario/a y el/la causante, suspendiendo el pago de la pensión.

En capítulos anteriores, desarrollamos la importancia del concubinato y la relevancia social de las uniones de hecho, así como un desarrollo doctrinario de la institución del matrimonio; todo ello, en virtud de la importancia que dichas figuras jurídicas del ámbito del derecho de familia, tienen en el sistema previsional. En ese sentido, podemos concluir que la norma analizada otorga mayor relevancia a la figura del matrimonio en perjuicio de las uniones de hecho, lo que se llega a entender al observar el criterio del legislador al momento de dictar la norma, en que coloca al matrimonio en una posición más relevante que la unión de hecho y que lo prioriza en la eventualidad de una coincidencia de peticiones. Esto es, que quien este casado con el causante, ostenta mayor derecho que quien se declare conviviente.

5.2.3. Condiciones para acceder a la Pensión por Viudez:

Arribamos a un punto clave en la presente investigación que es el referido a las condiciones establecidas en la norma para acceder al cobro de la pensión de viudez por parte del cónyuge o la pareja sobreviviente de la unión de hecho.

Sobre este punto, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, dispone que se deben de cumplir los siguientes requisitos:

- **Cónyuge o integrante de la unión de hecho inválido:** En este punto central, nos encontramos con un primer aspecto controversial de la norma, que está referido a la condición de invalidez del varón solicitante; al analizar la norma materia de estudio, podemos determinar que esta condición exigida al varón, no existe cuando de una mujer sobreviviente se trata, a la que solo se le exige demostrar el matrimonio o la unión de hecho, sin contemplar ninguna exigencia adicional, de lo que desde ya, se desprende un trato discriminatorio en relación al sexo del solicitante y, una discriminación negativa que vulnera principios doctrinarios contemplados en nuestra constitución como es entre otro, el trato desigual en función del sexo. Este aspecto, será analizado en profundidad en el siguiente capítulo.

- **Cónyuge o integrante de la unión de hecho mayor de 60 años:** Este requisito, está en directa concordancia con el criterio utilizado para determinar la edad

que define quien accede al cobro de la pensión de viudez, situación análoga a la ya comentada cuando nos referimos a los Requisitos y condiciones para acceder a la pensión de viudez por parte del cónyuge sobreviviente.

- Si el matrimonio se celebró antes de que el cónyuge (varón) cumpla 60 años de edad, se exige que el matrimonio se haya celebrado por lo menos un (01) año antes del fallecimiento del causante.

- Si el matrimonio se celebró antes de que la cónyuge (mujer) cumpla 50 años de edad, se exige que el matrimonio se haya celebrado por lo menos un (01) año antes del fallecimiento de la causante.

- Si el matrimonio de la mujer o el varón se celebró en las edades mencionadas, 50 años y 60 años respectivamente, el matrimonio debe haberse celebrado por lo menos dos (02) años antes de la fecha de fallecimiento.

5.2.4. Requisitos solicitados por la Oficina de Normalización Previsional para percibir una pensión de Viudez:

Siguiendo a lo dispuesto en la normativa establecida por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, procedemos a mencionar cada uno de los requisitos establecidos que se deben de presentar para acceder al cobro de la pensión de viudez:

- a) Solicitud según Formato, que incluye declaración jurada de autenticidad de documentos.
- b) Copia simple del Certificado Médico de Invalidez emitido por el Seguro Social de Salud -ESSALUD, establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud (aplica para la pensión de viudez del varón).
- c) Copia simple del Parte Policial o Atestado Policial o Certificado de Necropsia (aplica para cuando el fallecimiento del causante se produce por accidente).
- d) Copia simple del Certificado Médico emitido por el Ministerio de Salud, el Seguro Social de Salud - EsSalud o una Entidad Prestadora de Salud – EPS (aplica solo para cuando la cónyuge o integrante de la unión de hecho se encuentra en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado).

5.2.5. Trámite administrativo para acceder a una pensión de viudez

La Oficina de Normalización Previsional establece un procedimiento para cada solicitud de pensión; y, en el caso de la pensión de viudez, el trámite regulado establece que una vez presentada la solicitud ante la Oficina de Normalización Previsional- ONP, sea de forma virtual o presencial, la solicitud será sometida al proceso de verificación preliminar para su validación u observación, en el caso de

no ser admitida se solicitará al peticionario la subsanación de dicho trámite en el plazo máximo de dos (2) días hábiles. Al respecto, la norma hace mención al Texto Único Ordenado- TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General que establece en su artículo 136 numeral 4, que: “Transcurrido el plazo sin que ocurra la subsanación, la entidad considera como no presentada la solicitud o formulario y la devuelve con sus recaudos cuando el interesado se apersone a reclamarlas, reembolsándole el monto de los derechos de tramitación que hubiese abonado”.

Asimismo, la aplicación de la normativa tal y como fue redactada en su oportunidad, no solo constituye una vulneración fragante de principios constitucionales que atentan contra el derecho de igualdad y no discriminación, sino que también deviene en una traba administrativa por cuanto la administración aplica dicha normativa sin considerar ni contemplar la naturaleza de la misma.

Del análisis de la casuística, podemos determinar que la gran mayoría de las denegatorias a las solicitudes presentadas por los deudos para requerir la pensión de viudez, en el caso del cónyuge o conviviente supérstite, se quedan entrampadas en la etapa inicial, ante la imposibilidad de aportar la información requerida y cumplir con la concurrencia de todos los requisitos exigidos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990, para el otorgamiento de dicha pensión.

Adicionalmente a ello, la norma establece otras formas de finalización del procedimiento tal cual lo establece la Directiva N.º 026-2021-ONP/JF, Directiva que aprueba la Calificación de prestaciones previsionales del Sistema Nacional de Pensiones, en su numeral 7.6, que dispone: “a. Improcedencia de la solicitud, b) Desistimiento del procedimiento administrativo, c) Abandono del procedimiento administrativo, d) Declaración del derecho a la activación o actualización de la prestación previsional o beneficio e) Denegatoria de la solicitud presentada.

5.2.6. Monto de la pensión de viudez- topes máximos y mínimos

El cálculo de la pensión de viudez, salvo casos especiales, es el 50% de la pensión que percibía o podía percibir el asegurado (cónyuge fallecido). Los casos especiales se presentan en el Decreto Ley 20530 o en el Régimen de Pensiones Militar Policial en que puede ser de 100% de la pensión del fallecido.

CAPÍTULO VI: LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.

6.1. Definición de dignidad:

La razón de esta investigación se fundamenta en el trato desigual al que es sometido el sobreviviente varón al pretender solicitar una pensión por el fallecimiento de su esposa o pareja, pues -como lo hemos venido analizando- el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990, no solo discrimina sino también vulnera principios fundamentales consagrados constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico como lo son el de dignidad, igualdad y la no discriminación.

En este punto, desarrollaremos el concepto de dignidad, para lo cual, uso como punto de partida la definición que recoge el diccionario de la Real Academia Española (RAE, 1713) que señala que “(l) a dignidad humana es la cualidad propia de la condición humana de la que emanan los derechos fundamentales, junto al libre desarrollo de la personalidad, que precisamente por ese fundamento son inviolables e inalienables”.

6.2. El derecho a la dignidad humana en los tratados internacionales:

Los instrumentos internacionales que salvaguardan y recogen la protección de los derechos fundamentales, se han ido gestando a lo largo de las últimas décadas

de nuestra historia, como herramientas esenciales en la defensa de tales derechos y como fuente inspiradora de las legislaciones nacionales dirigidas a protegerlos; siendo la base del desarrollo legislativo de muchos Estados, que no solo lo aplican por ser suscriptores de los acuerdos, sino que -de manera voluntaria y comprometida- lo incorporan a su legislación.

Así tenemos que, La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su preámbulo establece que: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

En el ámbito regional, encontramos que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su artículo 5 establece que: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; igualmente en su artículo 6 señala que: “Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”; finalmente, el artículo 11 dispone que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

En el ámbito europeo el desarrollo legislativo de la unión, tiene una larga data, surgida con posterioridad a la segunda gran guerra y con un alto contenido integrador desde los orígenes de la Comunidad Económica Europea, organismo que antecedió a lo que hoy conocemos como Unión Europea, en su versión ampliada y con un desarrollo legislativo sin precedentes en el ámbito de la integración de los estados, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, establece en su artículo 1 que: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

Finalmente, la Constitución Española (1978) dispone en su artículo 10 que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

6.3. La dignidad de la persona humana

El concepto de dignidad debe ser tratado desde un enfoque amplio con la máxima relevancia cuando de la persona humana se trata, la dignidad no implica solamente respeto, sino que es una suma de valores y formas de trato que priorizan al hombre como tal, independientemente de su origen, sexo, su condición, su estado físico y/o mental y todas aquellas circunstancias que lo pueden hacer vulnerable. Es decir, es un concepto imbricado en el ser humano como tal, que no permite sesgos, limitaciones o interpretaciones.

Es así que, la fundación Canfranc (2015) establece que, la dignidad de la persona es la razón por la que no podemos tratar a las personas de cualquier manera como cosas o animales. sin embargo, hay determinadas períodos de la vida en la que la defensa de la propia dignidad resulta más difícil, es el caso de los no nacidos, los recién nacidos, personas con discapacidad, demencia senil, etcétera, que son vulnerables al trato que reciben de los demás y de la sociedad.

Este desarrollo nos acerca a una posición de respeto absoluto y de irrestricta defensa de valores y principios que forman parte del día a día en una sociedad civilizada. Dicha concepción, establece parámetros de convivencia que no sólo deben ser aplicados en las relaciones entre iguales llámese ciudadanos, sino que, también, deben formar parte de una filosofía social que debe ser implantada de manera transversal en las relaciones entre ciudadanos y estado y viceversa.

Es por ello, que cualquier distanciamiento de dicho principio o la aplicación de alguna norma o ley que viole, atente o colisione con derechos consagrados, debe ser desatendida, denunciada y en su caso derogada o modificada; por lo cual cualquier atisbo de una redacción confusa o atentatoria que no esté acorde con lo que recoge la legislación nacional e internacional en materia de derechos fundamentales, merece su necesaria revisión., siendo aplicable en su totalidad al artículo N.º 53 del Decreto Ley 19990, materia de esta investigación.

Abundando en el análisis del concepto materia de estudio, encontramos una definición que despliega una amplia capacidad de síntesis sobre este tema y que a la letra dice:

La dignidad de la persona es la base de cualquier sociedad, de cualquier tipo de relación. Si no se reconoce su valor íntimo, entonces se le acaba tratando como a una cosa. En esa misma línea de ideas, encontramos que, el valor del ser humano es de un orden superior con respecto al de los demás seres del cosmos. Y a ese valor lo denominamos "dignidad humana". (Fundación Canfranc, 2015)

Así encontramos que, en el desarrollo doctrinario de la dignidad, se despliega una serie de principios rectores que están respaldados por una visión antropológica, social y jurídica que la ha consolidado y encumbrado como eje principal en el desarrollo de los derechos fundamentales del hombre en el ámbito jurídico constitucional, tales como los principios de respeto, de no Malevolencia y de Benevolencia, de doble efecto, de integridad, de Justicia y de Utilidad.

6.4. Aspectos Generales

El hombre como individuo único y como especie privilegiada en la estructura natural, ha desarrollado a través de la historia, un serie de mecanismos inherentes a su condición de ser pensante que ha contribuido, no solo a su convivencia como especie, sino -además- a su desarrollo en grupos organizados, (llámese familia, sociedad y Estado), lo cual le ha permitido ir estableciendo un

conjunto de normas internas y fundamentales aplicables al individuo como tal, de manera individual, y extensible al resto organizados de forma grupal, que han sustentado un crecimiento en la persona humana, no solo como figura principal de la sociedad sino que además, como guardián y conservador de esas líneas de conducta y pensamiento que ha hecho posible la convivencia de los grupos sociales, el respeto a la persona como tal y la defensa de posiciones que han contribuido a mantener al ser humano como tal, pensante, racional, gregario y a la humanidad como un grupo en permanente evolución y en la búsqueda de formas de conducta y comportamiento que haga sostenible una permanente mejoría en su condición individual de persona y de miembro de un grupo social.

Esta búsqueda ha permitido que en la actualidad nos encontremos en una sociedad en permanente estado de alerta ante la eventual vulneración de determinados principios consagrados en las leyes, y que propicia -desde todas las esferas del quehacer público- una incansable búsqueda del respeto a la dignidad, integridad y a las libertades en todas sus acepciones, siendo preciso reconocer también que existen algunas excepciones donde el autoritarismo nos da pie al ejercicio de determinados derechos y libertades.

De esta manera lo explicaba Víctor García (2018) “La dignidad refleja la asunción de una manera de entender la vida como tal y absoluto respeto por uno mismo, así como el resto de individuos conformantes de la sociedad”.

En esa línea de ideas, Víctor García (2018), precisa que la doctrina señala que su existencia no depende de su otorgamiento o concesión plasmada en reglas político-jurídicas de convivencia; de ahí que la necesidad de su reconocimiento y protección jurídica se ampara en la exigencia de conservar, desarrollar y perfeccionar al ser humano en el cumplimiento de sus fines de existencia y asociación, en clara alusión al derecho de ser genuino y cabalmente hombres.

De acuerdo con su naturaleza le corresponden determinados derechos básicos que son facultades o potestades sobre todo aquello que le es necesario para cumplir con su destino; es decir, para realizarse como ser humano.

Como colofón al razonamiento de Víctor García (2018), podemos concluir que, de acuerdo con su naturaleza le corresponden determinados derechos básicos que son facultades o potestades sobre todo aquello que le es necesario para cumplir con su destino; es decir, para realizarse como ser humano.

Así como lo sostiene la catedrática Española Angela Aparisi (2013), podría afirmarse que, en la actualidad, la dignidad humana se configura como una especie de “conciencia jurídica global”, incluso podría sostenerse que, de algún modo, este principio vendría a ocupar el papel que, tradicionalmente, ha desempeñado el Derecho natural, entendido como raíz ontológica y fundamento último del Derecho. (Pág. 204)

6.5. Contenido esencial del derecho a la dignidad

Si nos remontamos a los estudios que profundizaron en el análisis del concepto de dignidad como materia de estudio desde una perspectiva filosófica y jurídica, nos encontramos con lo sostenido por Tomás de Aquino (1994), que afirma que, “el término dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia”, aseverando también que “es evidente por sí misma cualquier proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto” (esto es, la naturaleza, en su sentido dinámico, como principio de operaciones propias); por lo que, si la dignidad es algo propio de la naturaleza, y es evidente por sí misma cualquier proposición cuyo predicado pertenece a la misma, la dignidad del ser humano será no sólo una realidad ontológica, sino también autoevidente.

El desarrollo filosófico desplegado por Santo Tomas de Aquino, nos acerca a un concepto sobre el que ha girado el reconocimiento del ser como tal, único, genuino, autentico y al que se le atribuyen una seria de facultades y virtudes que solo se encuentran en él y que, por lo tanto, lo hacen distinto.

De la misma manera, el filósofo Immanuel Kant (1983, Pág. 2) sostuvo que “aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente”, pero “lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”.

Por otro lado, el filósofo y escritor español Millán Puelles (1976) mantuvo que, la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta.

Así, tenemos que las posiciones concordantes de los autores citados, nos permiten establecer que el solo hecho de ser hombre o mujer, lleva incorporada la dignidad en dicho ser, esto es, que cualquier valoración de carácter moral, filosófico o legal, queda supeditada a la condición de ser humano y, que ningún ente, puede perturbar dicha condición.

6.6. El derecho a la dignidad en la Constitución Política del Perú .

La historia Constitucional del Perú como lo hemos visto en capítulos precedentes, es larga y tortuosa, caracterizada por la presencia de Constituciones de duración muy corta, otras echas a la medida del gobernante, algunas que existieron y no entraron en vigencia y otras, con pretensiones que iban más allá de lo que el estado realmente necesitaba.

Este largo proceso que ya hemos analizado de manera pormenorizada, involucra a todas las Constituciones dadas desde el nacimiento de la República, hasta la promulgada por la Asamblea Constituyente de 1933 que desarrolla conceptos que ningún otro Texto Fundamental había abordado, pero sin llegar a incluir figuras que hoy gozan del amparo constitucional como es el caso de la dignidad.

Como hemos venido estudiando, el concepto de dignidad que en las últimas décadas tiene una posición dominante en el espacio constitucional, no fue considerado como tal, hasta la promulgación de la constitución Política de 1979 que tímidamente hace una mención en su preámbulo que a la letra dispone: “Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado”.

Como observamos, el concepto de dignidad, solo es mencionado de forma somera en el preámbulo, sin ser incorporado ni desarrollado en ningún artículo de dicho cuerpo legal.

Es a partir de la Constitución Política del Perú de 1993 que el Estado Peruano incorpora en su artículo primero que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Asimismo, en su artículo 3 desarrolla señala que 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.

Con esta incorporación, el Estado peruano acoge bajo el manto constitucional, un derecho que no gozaba de dicho reconocimiento en virtud que, no contemplaba

su tratamiento por cuanto el desarrollo doctrinario de la misma en los sistemas constitucionales, es posterior a esa fecha. Si bien es cierto que la dignidad de la persona era un bien a proteger y estaba considerado como un elemento consustancial al ser humano, su protección y defensa aún distaba de pertenecer al espectro constitucional como ocurre en la actualidad.

La dignidad omnipresente en cualquier relación o situación que afecte al ser humano, se verifica en diversos ámbitos y es materia de permanentes estudios desde una perspectiva social y jurídica y que engloba a diversas ramas del derecho.

CAPÍTULO VII: EL DERECHO A LA IGUALDAD.

7.1. El derecho a la igualdad

El Diccionario de la Real Academia Española (DRAE-1713) establece que, la igualdad es aquel principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones.

Asimismo, El diccionario Jurídico del Poder Judicial, establece que la igualdad, es la Aplicación uniforme de las mismas leyes a todos los ciudadanos.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -en un intento de acercamiento y definición de este concepto- ha señalado que “el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda, implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, Fundamento 60).

Como veremos en los siguientes puntos de este capítulo, es importante precisar los alcances de la igualdad, no solo en su tratamiento como concepto sino

también en su desenvolvimiento tanto en el desarrollo normativo como en la aplicación de la norma en sí y, todo ello, desde una perspectiva eminentemente constitucional que engloba a diversas áreas del derecho.

En ese marco, “La Constitución Política del Perú garantiza y reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, tanto de hombres, como de mujeres; es decir, no indica una diferencia entre ambos géneros; sin embargo, actualmente, aún existe un trato diferenciado, por lo que, de esta manera, se estaría vulnerando el mencionado derecho fundamental” (Fiorella Pachas, 2021, Párrafo 1).

Esta interesante reflexión nos acerca al tema neurálgico de la investigación, por cuanto se hace una precisa descripción del concepto tratado, introduciéndonos al estudio pormenorizado de la igualdad en sus diversas facetas.

7.2. Naturaleza jurídica del principio Constitucional de igualdad.

Asumiendo como “naturaleza jurídica” al concepto amplio y general que nos lleva a entender todas aquellas relaciones, efectos, normas que de una u otra forma, están involucrados con el concepto en sí y que acarrearán un sin número de consecuencias con efectos jurídicos; se puede sostener que la igualdad en el sentido amplio del término tiene connotaciones jurídicas cuando repercute de manera directa en el comportamiento del individuo y de la sociedad en su conjunto; de la misma manera que es imperativo que el Estado preserve y defienda el principio de igualdad en cada uno de sus actos.

Así las cosas, el Estado peruano ha adoptado la fórmula política del Estado social y democrático, la cual genera obligaciones que el Estado deberá cumplir, respecto a los derechos fundamentales, particularmente al derecho a la igualdad y a la no discriminación. (Patricia, Peralta 2016, Pág. 122).

De la misma manera, el Tribunal Constitucional ha señalado como precedente vinculante que “la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona” (Exp. N° 01604-2009-PA/TC, Fundamento 4)

Asimismo, como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático; mientras que como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

Por tanto, nuestro Tribunal Constitucional establece que, la igualdad es un principio-derecho que coloca a las personas -situadas en idéntica condición- en

un plano de equivalencia; lo cual involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones” (Exp. N.º 018-2003-AI/TC, Fundamento 2).

Desde su concepción inicial, el legislador, intenta plasmar de manera precisa, indubitable y amplia a la igualdad, como una línea transversal que permite articular la convivencia de los ciudadanos y su interacción entre ellos, el estado como ente y el resto de comunidades y organizaciones que conforman la llamada pluralidad social, el impulso regulador incorpora a la igualdad confiriéndole un valor supremo, que como vemos, ostenta una relevancia importante en la esfera constitucional y que les otorga a los ciudadanos, una igualdad, tanto en la utilización de la ley como en su posicionamiento ante ella; lo cual quiere decir que el ánimo a que nos referimos en párrafos precedentes, es consustancial a la esencia misma norma que, no se entiende de una manera diferente a que por su naturaleza tenga que ser igualitaria.

7.3. La Igualdad como derecho humano

Como hemos venido analizando, la igualdad constituye un eje fundamental en la consolidación de un estado democrático moderno. La igualdad, no solo constituye un principio irrenunciable, es también la razón de ser de la ley y de todas aquellas consecuencias que emanan de su correcta aplicación. Una ley entre iguales se

entiende y presume justa, con consecuencias justas y con trascendencia social que haga viable su aplicación sin distinguos.

La igualdad es la piedra angular sobre la que se erigen todos los sistemas normativos, independientemente de su rango o jerarquía, y que confluye en un tratamiento igualitario en el fundamento de la misma norma como en su aplicación. En ese sentido “(p)ara proteger la igualdad y la libertad se necesitan leyes, leyes que impongan obligaciones, deberes y compromisos tanto a los ciudadanos como a las instituciones políticas y jurídicas, porque sin leyes no puede existir la justicia” (Aguilera 2018, Pág. 198).

No se puede entender la legalidad alejada de la igualdad, pues la gestación de un sistema normativo justo impone como condición que la norma sea igualitaria y, con ello, su correcta aplicación se acerque al ideal de justicia que todo Estado de derecho busca. No obstante, a lo largo de la historia, la visión del legislador y la respuesta que emana de sus intenciones de legislar no han tenido el resultado al que toda ley aspira, factores de diversa índole contribuyeron a que la intención del legislador, muchas veces, se vea condicionada por intereses subalternos, el ejercicio indebido del poder, el exceso del estado ante el uso incontrolado del ius imperium y los propios vaivenes de las sociedades al consolidarse como estados democráticos.

Tal como refiere el doctor en filosofía Rafael Aguilera (2018) al señalar que:

La Ley no puede ser objeto de negociación o intercambio, sino expresión de cumplimiento que garantiza el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales. Los derechos y libertades son la esencia del Estado democrático de Derecho y el Estado debe garantizar los derechos fundamentales; no hay derechos sin Estado democrático de Derecho ni viceversa, tampoco hay derechos y libertades fundamentales sin la tutela y protección del Estado de derecho. (Pág. 198).

Podemos concluir que la igualdad es consustancial al sentido mismo de la ley, que incorpora como valores fundamentales su universalidad, su espíritu no discriminatorio y su correcta y justa aplicación. Un Estado de Derecho, debe estar premunido de todas aquellas garantías consagradas en su ordenamiento constitucional y que aspira a la protección de las personas, de las instituciones y del propio estado, que a la postre es el sustento de la legalidad de todo estado de derecho que aspira a la igualdad de sus ciudadanos en cada uno de los actos que en él se desarrollan.

7.4. El derecho a la igualdad en los sistemas Constitucionales.

Siguiendo la estructura de análisis de diversos sistemas constitucionales, analizaremos el tratamiento de la igualdad en los Texto Constituciones de

España, México y Chile, en el mismo afán de los Capítulos anteriores, donde utilizamos a dichos países para el análisis referido al tratamiento de las pensiones.

En ese sentido, es importante mencionar que a lo largo de la historia la conformación de los Estados supuso un proceso lento y paulatino de transformación, caracterizar porque el ordenamiento interno generó un desarrollo normativo colosal al interior del mismo, así como por el establecimiento de nuevas relaciones jurídicas con otros Estados dentro de un marco normativo general que armonizara las legislaciones nacionales existentes y sienta las bases para un marco legal supranacional. Los acuerdos y tratados internacionales, fueron la primera piedra en este conglomerado de legislación y marcaron la pauta para futuras negociaciones y acuerdos, hasta llegar al estado en el que ahora nos encontramos. Por ello, Elizardo Rannauro (2011), precisó lo siguiente:

En la agenda internacional la mayoría de los países se han reunido a efecto de establecer acuerdos para eliminar todos aquellos obstáculos que existen para el desarrollo político, económico, social, cultural y medioambiental en el mundo, sin duda dos de estos obstáculos son la desigualdad y la discriminación. (Pág. 3)

En el escenario actual, vemos que los Estados han incorporado una ingente producción normativa con el fin de viabilizar las relaciones jurídicas a las que nos

referimos en el párrafo precedente, es así que, el Parlamento Europeo (PE, 2020) consideró que:

La Constitución española de 1978 concibe el principio de igualdad y no discriminación como una piedra angular de todo el edificio constitucional, especialmente en el ámbito de los derechos y libertades públicas, lo que supuso que toda situación de desigualdad existente, al momento de su entrada en vigor, fuera considerada ya incompatible con el nuevo orden de valores. Las disposiciones jurídico-constitucionales sobre la igualdad son, por lo demás, varias. En primer lugar, el art. 14 de la Constitución consagra la igualdad ante la ley (igualdad formal) de todos los españoles, excluyendo toda clase de discriminación, con mención expresa de determinados motivos que son considerados supuestos de discriminación cualificada (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión). En segundo término, el art. 1.1 de la Norma fundamental concibe la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español. Finalmente, el art. 9.2 del Texto constitucional recoge la ineludible igualdad material, que se aúna así a la igualdad formal, como un mandato dirigido a los poderes públicos para la remoción de todos los obstáculos que impidan su efectiva realización. (Pág. 3)

En el caso español, resulta notable el intento de dotar de niveles de igualdad a cada una de sus Constituciones, siendo la de 1978 la que alcanzó los más altos niveles de tratamiento de la igualdad, incorporándola en muchos aspectos, basta

observar su articulado para determinar su importancia y su nivel de imbricación en el ordenamiento constitucional.

De forma similar, analizamos el contexto en el que se desarrolla el principio de igualdad en la Constitución Mexicana.

El espíritu libertario que nace con la constitución Mexica en 1917, producto de las luchas internas y la revolución, capitalizó muchos de los reclamos de la población levantadas en armas y largamente oprimidas. No obstante, es preciso tener en cuenta que, pese a ser una constitución adelantada para su época, ésta se desarrolló en un contexto social marcado por la desigualdad, explotación, valores anacrónicos y concepciones sociales ya superadas en la actualidad, a ello sumamos el contexto social mexicano donde una clase social indígena y campesina y una burguesía terrateniente muy vigorosa mantuvieron el status quo por muchos años.

La Constitución Mexicana de 1917 en su artículo 1 señala que: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades, diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

El 31 de diciembre de 1974 se efectuó la reforma al artículo 4º de la Constitución política federal, que refiere que "El varón y la mujer son iguales ante la ley", incentivando su aplicación solo en el contexto que una ley dirima controversias, o que solo persista un procedimiento, en sentido estricto; sin que los ordenamientos jurídicos en México no han sido modificados del todo y no han hecho realidad el mandato constitucional de 1974, y aún en la realidad existen un número significativo de ordenamientos jurídicos discriminatorios (Elizardo, 2011).

Para Rodrigo Brito (2006):

La noción de igualdad, desde tiempos remotos, ha sido paralela a la de desigualdad. A lo largo de la historia estas ideas han coexistido y evolucionado en forma conjunta. En un principio, la desigualdad se presentaba como regla y la igualdad sólo constituía una excepción en el trato que gozaban las personas con un cierto status. Hoy, afortunadamente, gracias a la evolución favorable de los instrumentos normativos, el principio de igualdad ha sido consagrado en muchos ordenamientos jurídicos. (Pág. 135)

De la lectura de diversa información y del acceso a las numerosas fuentes consultadas, convengo que, basados en el principio de igualdad que ahora analizamos, la norma materia de esta investigación, esto es el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990; no aplica para recibir un tratamiento que la convierta en una norma inconstitucional en virtud del periodo histórico en el que se promulgo;

no obstante el desarrollo social y los avances doctrinarios jurídicos relevantes nos permiten en la actualidad determinar que, efectivamente algunas leyes responden a un periodo histórico determinado y que cualquier intento de legislar en contrario no encajaba con los valores imperantes de ese momento; para lo cual tomamos como referencia lo indicado por el doctor y jurista Rodrigo Brito (2006), al mencionar que:

Como es sabido, los distintos parámetros que pueden utilizarse para dar un trato igual o desigual a las personas han variado con el tiempo. No podemos hablar de una constante histórica cuando nos referimos a la valoración de los rasgos que determinan el trato igual entre las personas; por el contrario, se hace preciso señalar que éstos han variado con el paso de los años. (Pág. 137)

Finalmente, abordamos el Constitucionalismo Chileno y su planteamiento doctrinario fundamental que se desarrolla con claridad meridiana en su artículo 1 al establecer que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Es por ello que, lo recogido en la Carta Magna Chilena, es un concepto definido en muchos ordenamientos constitucionales y es por ello que la irrelevancia de la edad, capacidad intelectual, la raza y el estado de conciencia, devienen en innecesarias y fatuas, su basamento son las personas o seres humanos como valor moral inherente a toda persona.

Como vemos, esta declaración de principios en la Constitución Chilena y los conceptos en ella vertidos, son extensivos a otros regímenes constitucionales por cuanto se deja establecido que la dignidad de la persona humana está por encima de otro principio valor y que ninguna norma jurídica pueda atentar contra ella, ya que es el principio básico del ser humano y constituye su propio fundamento por lo que no caben las diferenciaciones.

Es importante reflexionar sobre la dimensión del concepto de dignidad desde distintos ámbitos, ya que dicha amplitud se observa en muchos aspectos del desempeño de la vida humana como muy bien lo describe la ministra de la Corte Suprema de Chile, Ángela Vivanco, al establecer que la igualdad es “uno de los pilares conceptuales y bases del orden constitucional chileno”. Pero, aunque sea tan relevante, no existe una sola igualdad, se trata de un concepto poliforme: está la igualdad ante la ley, la de oportunidades, la económica, o la igualdad entendida como prohibición de la discriminación, entre otras.

Asimismo, es importante dar a conocer que, la Constitución Política de la República de Chile de 1980 en su artículo 19 numeral 2, señala que: “La Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. en Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

Diversas constituciones demuestran de manera manifiesta tanto en su ordenamiento como en su derrotero jurisprudencial un afán por remover todo obstáculo que interfiera en la igualdad efectiva de las personas y, en la incorporación plena del ciudadano a todos los derechos inherentes al ser humano sin exclusión ni discriminación.

7.5. Sentido y alcance de la igualdad constitucional.

La relevancia de todo sistema constitucional, está determinada por la necesaria incorporación de principios que hagan posible el cumplimiento del rol legislador supremo que se le confiere a la Constitución. La importancia de este rol que le permite a una Constitución legislar y velar por los derechos y libertades de sus ciudadanos en estricto cumplimiento de la legalidad, nos pone frente a un escenario en el que la Constitución, por su sola existencia, determina que nos encontramos en teoría, ante un Estado de derecho, democrático y con un profundo respeto, una cerrada defensa de los derechos del ciudadano tales como, a la vida, integridad, libertad de conciencia y religión, etc.

Cuando abordamos el artículo segundo inciso segundo de la Constitución Política del Perú, nos encontramos ante un desarrollado y detallado catálogo de derechos descritos de tal forma que hacen posible abarcar todas las esferas de la vida de un ciudadano; por lo cual resulta de suma importancia analizar lo recogido en dicho artículo.

Para nuestro caso de investigación, nos detendremos a analizar lo estipulado en la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 2 inciso 2 que dispone que: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

En ese sentido, encontramos la opinión de estudiosos del derecho que señalan que: “La igualdad constitucional tiene diversas manifestaciones. En efecto, es reconocida: (a) como un valor superior del ordenamiento, en la medida que fundamenta y orienta el ordenamiento jurídico, y sirve de criterio para calificar diversos hechos y conductas; (b) como un principio constitucional, ya que se trata de un mandato que debe hacerse efectivo por todos los medios jurídicamente posibles; y (c) como un derecho fundamental, debido a que se trata de un derecho subjetivo del máximo rango, reconocido y tutelado para todas las personas”. (Hakansson., Delgado., Montoya., León., Bernales., Santiesteban., Amprimo., Muro., Sosa., Muro., Sosa., Cárdenas., Fernández., Velezmoro., Eto., Del Pozo., Castillo., Díaz... y, Morales 2005, Pág. 174).

Cuando hablamos de igualdad de género, se debe de tener muy en claro que dicho concepto no necesariamente debe ser entendido en la amplitud del mismo, entendiéndose que hombres y mujeres no necesariamente deban ser tratados como equivalentes o iguales, por cuanto, el espíritu de los constitucionalistas y redactores de las constituciones apuntan a que la igualdad a que se refieren, estén dirigidas fundamentalmente al acceso a las oportunidades en igualdad de

condiciones, descartando de plano que dichas oportunidades se vean afectadas o distorsionadas por el sexo del individuo.

Un caso emblemático nacional, se dio con la promulgación de la Ley N.º 26628 de 1996, Ley de ampliación para las mujeres del acceso a las escuelas de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas, que posibilitó por primera vez el acceso de las mujeres a nuestras Fuerzas, marcando un hito importante, en el tratamiento igualitario de los individuos conforme lo consagra nuestra constitución Política del Perú en el artículo 2 inciso 2. No obstante, con el transcurrir de los años y la aplicación de dicha norma, se determinó promulgar la Ley N.º 28359 de 2004, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, que, incorporó parámetros de igualdad que la norma inicial no consideró .

Bajo esta premisa, el acceso a los derechos, no debe distinguir a los individuos en función de su sexo, tal cual lo analizamos en el párrafo precedente. Es más, como advertimos toda norma debe de reflejar y expresar, un trato igualitario independientemente de las jerarquías de las mismas.

7.6. La Igualdad en el contenido de la Ley e igualdad ante la aplicación de la Ley.

Al establecer a la igualdad de trato como pilar para la creación de una norma, es necesaria la cautela y un conocimiento necesario para su correcta aplicación y esta, debe ir de la mano con una interpretación que refleje de manera clara lo que

el legislador pretende establecer en la norma; pues no basta que la ley se inspire en el principio de igualdad, sino que es necesario que dicho principio quede expresamente manifestado en la aplicación de la misma, sin llegar a imponer criterios personalísimos que se alejen de lo dispuesto en la norma y distorsionen el contenido de la misma.

Como señala Eguiguren (1997, Pág. 64) “La igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá -como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas”.

A este respecto, la obligatoriedad de la igualdad no es un muro infranqueable cuando se trata de determinar algunas diferencias en la norma que la mejore y que la hagan más cercana al fin que aspira.

En ese sentido Salomé L. (2015) establece que:

La igualdad en la ley no impide que el legislador pueda introducir diferencias de trato, siempre que estas diferencias estén fundadas en causas objetivas y razonables: la discriminación múltiple como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación. (Pág. 24)

Asimismo, García (2008) asevera que:

La igualdad en la elaboración de la ley, se refiere al contenido de las normas, por ende, opera como un límite a la discrecionalidad del legislador. Supone que éste se encuentra impedido de configurar pautas preceptivas diferentes cuando no existen situaciones de hecho relevantes para ello. De allí que el legislador se encuentra vedado de establecer distinciones artificiosas o arbitrarias ante hechos, sucesos o acontecimientos que involucren a personas ubicadas en un plano de identidad absoluta, o que, en caso de no existir dicha homología, éstas careciesen de relevancia para fijar una regla de diferenciación. (Pág. 114)

Considerando los criterios de los juristas arriba referenciados, podemos establecer que el concepto de igualdad desde la perspectiva del legislador que crea la norma, debe de entenderse como un fin supremo mas no como una condición inamovible, ya que, de ser así, se estarían incorporando situaciones discriminatorias desde la concepción de la misma ley.

En ese camino, por la búsqueda de la justicia, transitamos sobre la anhelada igualdad, que no es más que una aspiración final en cuya búsqueda conduce al legislador a plantear soluciones alternativas en las que se marcan diferencias en pro y beneficio justamente de esa igualdad. A ello debemos sumar que, en esa búsqueda, es posible tropezar con situaciones de discriminación que podrían atentar contra la anhelada igualdad. Esto que puede parecer un confuso juego de palabras y un contrasentido, no es más que, acercar la vida real y el sin fin de situaciones cotidianas que se dan en el día a día de la vida de los humanos hacia

escenarios donde la aplicación de la Ley promueva la igualdad y no tolere la discriminación en ninguna de sus formas.

El acercamiento de posturas y la casi unanimidad de criterios, en cuanto al tratamiento del principio de igualdad y de sus formas de acceder a ellas, así como el tratamiento que las mismas leyes dan, nos coloca en un escenario ante el que todo cuestionamiento al principio de igualdad, debe ser valorado y meditado. Para ello, se debe analizar de manera exhaustiva las razones por las cuales el legislador y/o el responsable de aplicar las normas debe de garantizar el cumplimiento efectivo y equitativo de la mismas, buscando con ello no solo una correcta aplicación sino también la adecuada interpretación que permita llegar al resultado buscado; en ese sentido Garay (1989-Pág. 81) establece que “La aplicación desigual de una ley general no discriminatoria no constituye violación al principio constitucional de igualdad ante la Ley”.

7.7. Principio de igualdad de trato y oportunidades en pensión de sobrevivientes.

Hemos venido analizando el principio de igualdad desde distintos puntos de vista, incidiendo de manera voluntaria en la visión jurídica del término, así como en las consecuencias que su uso y aplicación conlleva. Al referirnos a la igualdad, se debe necesariamente complementar el concepto para arribar a la igualdad de trato que no es otra cosa que, acceder en igualdad de condiciones y sin distingos ni restricciones de ningún tipo, salvo las que sean necesarias, por ejemplo, para

optar a un puesto de trabajo, una beca de estudios o ser escrutado o haber estado en cualquiera de las facetas de nuestra vida cotidiana; independientemente de nuestro sexo, origen o condición.

Llegados a este punto, la complementariedad entre la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato nos coloca en un escenario ficticio en el cual los competidores, están ubicados en igualdad de condiciones de forma proporcional, esto quiere decir que, la valoración de los resultados que cada individuo pueda tener, solo dependerá de sus capacidades, competencias y talentos personales; mas no por recibir un trato preferente o tener una posición dominante frente al resto.

El filósofo español Atienza (2005) respecto de este punto sostiene que:

La igualdad de oportunidades, esa igualdad es bicéfala, puede entenderse de dos formas radicalmente distintas. En una primera acepción, las oportunidades iguales vienen dadas por un acceso igual. En la segunda, vienen dadas por puntos de partida iguales. En el primer caso se pide el mismo reconocimiento para los mismos méritos y las mismas capacidades. Por tanto, esta igualdad promueve una meritocracia: carreras iguales para capacidades iguales, igualdad de oportunidades para llegar a ser desiguales. En el segundo caso se pide que sean iguales las condiciones de partida. Así, mientras que la igualdad de acceso elimina obstáculos, la igualdad de puntos de partida exige fabricar dichos puntos. (Pág. 46)

Como hemos analizando, en el amplio espectro de la igualdad subyace la necesidad de establecer no solo normas justas sino también que su aplicación y el trato que reciba el individuo o ciudadano al que se le aplique la norma o haga uso de ella, debe conseguir que el resultado no solo sea legal, sino también justo.

Cuando planteamos el análisis del numeral 53 del Decreto Ley 19990, partimos de la premisa que dicha norma adolece de un defecto desde su concepción, toda vez que, la redacción de la norma, impone un criterio que colisiona fundamentalmente con el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución, tema que hemos analizado de manera detallada y que llegados a este punto, tengo la plena convicción que la norma independientemente del momento social en que se dictó, es una norma que vulnera el principio de igual tanto en el trato como en la oportunidad.

Como analizamos en su momento, dicho artículo establece una serie de requisitos que hacen que su aplicación diste de ser una norma que permita que el ciudadano pueda ser tratado de manera igualitaria, dada su condición de varón.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 2, establece que: “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Por otro lado, el Decreto Ley N.º 19990 del 24 de abril de 1973 en su artículo 53º establece que: “Tiene derecho a la pensión la cónyuge o integrante sobreviviente

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

Como podemos observar, desde la primera parte de la redacción del artículo 53 del Decreto Ley 19990, se aprecia que, tanto el viudo como la viuda, no tienen una igualdad de condiciones partiendo de la segunda acepción que tiene dicho principio; ello, debido a que la viuda o la integrante mujer de la unión de hecho tienen derecho a una pensión de viudez por el solo hecho de serlo, mientras que el hombre, para ser beneficiario de una pensión de viudez, debe demostrar y presentar diversos requisitos y acreditar asimismo una discapacidad o un impedimento físico que no le permita valerse por sí mismo.

Como hemos venido desarrollando, vemos que en la redacción de este artículo, no se cumplen las condiciones que establece el principio de igualdad consagrado por nuestro ordenamiento Constitucional, por cuanto desde su nacimiento esta norma imprime un trato discriminatorio y no igualitario conforme lo hemos venido estudiando, toda vez que, la condición de varón es un impedimento para ser

tratado en la misma condición que las viudas o parejas de hecho sobrevivientes al pretender acceder a una pensión de viudez.

Esto demuestra que, no existe una igualdad de trato, debido a que el hombre y la mujer no se encuentran en igualdad de condiciones para acceder a dicha pensión.

Por otro lado, desde el momento que artículo 53 del mencionado Decreto ley, exige al supérstite varón demostrar que es inválido o mayor de 60 años, podemos observar que no existe una igualdad de oportunidades, ello, debido a que no existe un acceso igualitario a la pensión de viudez.

Finalmente, cuando la misma norma establece plazos distintos para los hombres y mujeres a fin de demostrar la unión, estamos viendo claramente que no existe una igualdad de trato y a la vez, podemos denotar que, al poner como requisito la exigencia de demostrar dos (02) años de unión si el hombre al momento de casarse tenía 60 y la mujer solo 50, se certifica una vez más, que dicho articulado contraviene el principio de igualdad de oportunidades, porque le brinda a la mujer un lapso de 10 años adicionales que no tiene el hombre para acceder a la pensión de viudez, si fallece su acompañante.

La necesidad de modificar la norma tratada, se evidencia ante los hechos descritos en los párrafos precedentes y ante la necesidad de establecer condiciones de igualdad en un procedimiento que a todas luces perjudica al varón

e impone barreras legales que colisionan de forma directa con nuestro ordenamiento constitucional y los principios que en él se recogen.

7.8. La igualdad y la diferenciación

Durante el desarrollo del análisis de la igualdad, visto desde el ámbito constitucional, es necesario resaltar que ésta debe ser entendida como un concepto que se posiciona en la escala más elevada de principios que recogen los ordenamientos constitucionales, incluyendo el peruano. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto la mira en dicho concepto, al sustentar en diversos fallos la implicancia e importancia que tiene la diferenciación en la interpretación jurídica del concepto, a lo que debemos añadir que las razones objetivas y visibles en las que se basan tanto los jueces como los tribunales no puede ser entendida como un concepto aislado.

Finalmente, una interpretación errónea del concepto de diferenciación, nos puede posicionar ante un escenario de discriminación, en el que muchas veces, se puede caer al hacer una aplicación limitante, restrictiva o errónea de la norma. Por ello, que la máxima instancia constitucional de nuestro país haya recogido en diversos fallos su posición, estableciendo de manera meridiana que, “Entre dos categorías jurídico- constitucionales: diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas

y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable” (Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, Fundamento 62).

En este punto, podemos entrelazar la razón que motiva nuestra investigación, toda vez que, tanto la redacción como la aplicación del artículo 53 del Decreto Ley 19990, nos coloca justamente en el escenario que describe la cita del tribunal constitucional, referida líneas supra y que, reafirmando el contenido de dicha cita, nos encontramos ante una desigualdad de trato que no es razonable ni proporcional y que, por tanto, es constitucionalmente intolerable.

En ese sentido y a manera de ejemplificar el tema de la diferenciación, el constitucionalismo se ha nutrido en los últimos años de situaciones que han surgido como consecuencia del desarrollo vertiginoso de las sociedades y los pueblos. Así, tenemos el caso de los pueblos originarios en distintas latitudes del planeta, que ha obligado a los estados a replantear los fundamentos que amparaban los derechos de las minorías y que, ha propulsado el incremento de normas que propician un tratamiento diferenciado y positivamente favorable para grupos y culturas minoritarias. Este ejemplo de alcance mundial, nos da la pauta de lo que un trato diferenciado llega a ser en los diversos ordenamientos constitucionales y, es un claro ejemplo de la huella que genera la protección de los derechos en minorías, grupos vulnerables o personas discriminadas por su sexo.

En ese sentido, Pascuale (2020) señala:

El factor étnico ha dado lugar a dos efectos diferentes: a) el reconocimiento, dentro del ordenamiento, de la diversidad con sus costumbres y tradiciones; b) la influencia de estas costumbres y tradiciones en el sistema jurídico a través de distintos instrumentos, desde la regulación constitucional de los derechos humanos (incluso, a veces, de la libre determinación de las comunidades étnicas), hasta la atención al pluralismo étnico en la misma construcción del Estado, en el diseño de la organización tanto administrativa como territorial. (Pág. 45).

Tanto es así que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en su artículo 2, establece que: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Asimismo, el concepto multicultural de la sociedad está también representado en la Constitución política del Perú de 1993 en el artículo 2 inciso 19, que señala que: “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

Como podemos apreciar el fundamento que propicia ese trato diferenciado a que hemos hecho referencia respecto de las minorías, se encuentra debidamente fundamentado y como el caso mexicano y peruano, son razones no solamente objetivas sino también históricas, antropológicas que forman parte de la concepción misma de la nación y que hacen que sus ordenamientos constitucionales fortalezcan la posición ante el resto de la nación de diversos grupos étnicos minoritarios.

CAPÍTULO VIII: ANÁLISIS DE LA DISCRIMINACIÓN DESDE ÁMBITO CONSTITUCIONAL

Hemos visto en el desarrollo del concepto igualdad su importancia y trascendencia en la concepción misma de la norma y como ese principio fundamental se encuentra directamente relacionado a la condición humana y lo que ella representa.

A lo largo de la historia la necesidad de dotar a la sociedad de herramientas que regulen sus relaciones, así como con la administración o el Estado, generó que se establezcan normas muchas veces amparadas en situaciones totalmente alejadas del principio de igualdad, lo que trajo consigo que se dieran leyes injustas, abusivas y con evidentes rasgos de desigualdad, al no existir aún la tradición pde incorporar en las leyes principios básicos que las hagan igualitarias y no discriminatorias.

Solo basta ver la evolución de los Estados y sistemas, ya sean autoritarios o democráticos, para entender cómo se fue gestando la incorporación del principio de igualdad en el tratamiento de las leyes y como ese largo proceso de adaptación ha costado siglos hasta llegar al escenario actual en que se imponen principios acatados por los Estados y tutelados por los diversos organismos internacionales, la academia y la misma sociedad civil.

En nuestra historia, la imposición de las leyes de la corona española en el incanato, trajo como consecuencia un cambio absoluto en las normas que

regulaban a la sociedad existente, imponiéndose un modelo en el que el habitante autóctono de estas tierras, pasó a ser un individuo de menor categoría en el entramado social de la Colonia. Situación mucho más grave era la de los esclavos que llegaron con la conquista y que por siglos fueron sometidos a la explotación y tratos vejatorios que empezaron a desaparecer mucho después de nuestra independencia.

Como podemos ver, el concepto de igualdad no era tenido en cuenta al momento de establecer las mínimas normas de convivencia, dando por sentado que la sola condición de indio los colocaba en un peldaño inferior. Eso afortunadamente ha sido largamente superado y en la actualidad no se concibe un sistema jurídico o de normas que prescindiera de la igualdad al momento de crearse o generarse las leyes.

En teoría, la igualdad es el paradigma de los estados al momento de elaborar sus leyes y ello basado en que toda norma es consustancial al respeto al individuo, a la dignidad de la persona y al tratamiento igualitario que tiene que darse, independientemente de lo que se esté regulando. Es por ello que el concepto “igualdad” debe prevalecer y, por ende, toda situación que establezca diferencias, privilegios sin que exista un sólido y razonable fundamento, un trato hostil o vejatorio o discriminatorio, colisiona de manera directa con el principio de igualdad.

El caso español nos coloca frente a una situación particular en la que luego de una dictadura de casi 40 años, surgen nuevas necesidades sociales y jurídicas

postergadas largamente por la dictadura Franquista; siendo esta la razón por la cual la Constitución Española de 1978 estableció una serie de conceptos cercanos a los que se entiende por una Constitución moderna y permitió que su experiencia constitucional sirviese de ejemplo para otras Cartas Magnas.

Aquí es preciso reseñar lo descrito por Luis López (2000) que señala que:

Por un lado, la igualdad se articula como un valor superior del ordenamiento, confiriéndole una eficacia trascendente y determinando que toda situación de desigualdad existente a la entrada en vigor de la Constitución sea incompatible con su orden de valores. La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico no solo tiene trascendencia dogmática, sino también metodológica, pues concede al criterio interpretativo igualitario un peso más fuerte que a criterios derivados de otros intereses o valores que no estén específicamente primados en el propio texto constitucional. (Pág. 22)

En este aspecto, los teóricos apuntan a establecer una certera definición entre una diferencia objetiva y razonable y la discriminación, desarrollando una serie de categorías especialmente protegidas referidas a los tipos de discriminación. La sutil línea en la que se mueve en algunos casos el concepto de igualdad está directamente vinculada al concepto de la no discriminación.

De otro lado, el abogado constitucionalista y académico de las universidades Católica y del Desarrollo, Díaz (2020) dice que:

La actual Constitución recoge la igualdad como principio, como deber del Estado y como derecho de las personas. En cuanto al derecho mismo, su foco es la prohibición de la discriminación arbitraria. No es que no se pueda hacer diferencias entre las personas, pero si haces una diferencia de trato, tiene que haber una razón detrás que la justifique (por ejemplo, puedes cobrar más impuesto a la renta a los que ganan más, pero no a los que son más altos o flacos). Cuando no existe esa razón, o es una razón ilegítima o irreal, se trata de una discriminación arbitraria, lo cual está prohibido. (Pág. 2)

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1979) “El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares” (Pág. 7).

Cuando hablamos de igualdad y discriminación, irremediablemente emerge la figura de la mujer como depositaria secular de diversas formas de discriminación, que por su sexo compartían espacios con otros grupos humanos que también la sufrían ya sea por su raza, credo o pensamiento político. Tal como lo hemos venido analizando, los logros alcanzados por la mujer en su lucha por acceder a

niveles de igualdad propios de los estados de derechos modernos, nos ha dejado innumerables testimonios de ello, tanto a nivel nacional como internacional.

En este punto, resulta pertinente echar una mirada a la realidad española que se enfrentó a la dificultosa tarea de ajustar el ordenamiento a un texto constitucional (el de 1978) que, por primera vez en la historia constitucional española, proclamaba el reconocimiento de la mujer como sujeto de derechos, en iguales términos que el hombre; desempeñando una labor decisiva, ya que a través de sus pronunciamientos fue desterrando las normas preconstitucionales que contenían auténticas discriminaciones hacia la mujer.

De tal forma que el ordenamiento español se fue desprendiendo de un buen número de disposiciones discriminatorias, suponiendo, así, un avance sustancial en la consecución de la igualdad entre hombre y mujer. Que esa igualdad, que ha ido calando en el ordenamiento, lo haya hecho también en la sociedad ya es mucho más cuestionable. (Ridaura 2020, Pág. 2)

Consecuencia de ello, se produjo un cambio en la visión que de la mujer se tenía y del papel que desempeñaba en la sociedad. En virtud de ello, estos cambios se tradujeron en una paulatina incorporación a diversas esferas de poder a una mayor participación en el ámbito político y empresarial, así como el acceso masivo a las universidades. No obstante, a pesar de todo lo anteriormente descrito, esa lucha no ha terminado y se siguen combatiendo diversas formas de discriminación y falta de igualdad, como pueden ser el desfase de los niveles

salariales entre mujeres y hombres, la poca participación de la mujer en los centros de decisión de las organizaciones y el acoso sexual en el ámbito laboral.

En todos los ordenamientos constitucionales, la universalidad de la ley implica la obligatoriedad de legislar partiendo del principio de igualdad jurídica, lo cual significa que la base de cualquier norma no puede alejarse de dicho principio, no obstante el día a día nos coloca en situaciones que requieren de un tratamiento diferenciado, por lo que es necesaria la intervención del legislador y en otros casos, la interpretación por parte de la justicia constitucional para delimitar de forma correcta dichos niveles; generando que el legislador valore la conveniencia de establecer diferencias en situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso. Es por ello que, en muchos casos, ante la necesidad y oportunidad que la realidad nos pone sobre la mesa, el legislador se encuentra en capacidad de establecer criterios diferenciadores ante situaciones relativamente similares con el fin supremo de acercarse a la ansiada igualdad jurídica, estableciendo parámetros diferenciadores que la acercan a ella y que finalmente no son tratos discriminatorios ni desiguales, sino que, mas bien, establecen criterios que definen los límites de las diferencias.

Adicionalmente, nos encontramos con situaciones puntuales en las que paradójicamente quien sufre un trato diferenciado y desigual ante una situación objetiva es el caso del peruano varón que pretende acceder a una pensión de viudez, al amparo del Decreto Ley N.º 19990, que en su artículo 53º, discrimina al varón viudo y desnaturaliza el principio de igual recogido por nuestra Constitución, al plantear en su redacción, varios requisitos adicionales para acceder a dicho

derecho, hecho que atenta contra el principio de igualdad jurídica y que resulta absolutamente discriminatorio.

El escenario en el que nos coloca el artículo 53º del Decreto Ley 19990, materia de esta investigación, responde -como ya lo hemos visto- a las concepciones imperantes en la década de los 70, época en la que se promulga dicha norma.

Ello nos lleva a admitir que el desarrollo constitucional posterior a esa fecha incorpora una serie de elementos y figuras que constituyen desde hace mucho, pilares fundamentales de los ordenamientos constitucionales y que, bajo ninguna circunstancia, ninguna norma debe salirse de esos parámetros y, si así fuere, esto debe ser corregido en aras de adecuar la normativa vigente a dichos parámetros y desterrar de forma definitiva todo tratamiento desigual y discriminatorio.

Analizando en profundidad los criterios en que se fundamenta la norma analizada, nos encontramos con la figura de la discriminación estudiada de manera recurrente por los constitucionalistas para determinar los niveles de igualdad en una norma.

Así, para los estudiosos, existen tres (03) categorías básicas de discriminación y que giran en torno a la figura de la mujer o a su condición sexual, lo cual nos lleva a reflexionar sobre si es factible que se presente este tipo de discriminación en torno al varón, dado que la reiterada doctrina prioriza la figura de la mujer.

Estas tres formas de discriminación son:

a) Discriminación Directa:

En el artículo 53^o se grafica de manera indubitable la figura de la discriminación directa, por cuanto el supérstite varón se ve obligado a acreditar varias condiciones que a la solicitante de sexo femenino en circunstancias similares no le son exigibles. Como vemos, aquí se produce una diferencia de trato que carece de un fundamento válido y lógico, siendo que el varón por mandato de la norma es tratado de una forma menos favorable por un motivo constitucionalmente prohibido y que atenta con los principios básicos del ordenamiento constitucional vigente. Podemos afirmar que la discriminación directa se presente, en este caso, de manera patente toda vez que, la condición de varón determina que el legislador endurezca las condiciones para acceder al cobro de la pensión, introduciendo requisitos del que las mujeres se encuentran exentas.

En el caso materia de este estudio, la discriminación es explícita e intencional y su trascendencia e impacto en la aplicación de la misma ha determinado innumerables y permanentes violaciones de los principios constitucionales cada vez que se generaba el fallecimiento de una mujer aportante y el solicitante era el viudo varón o conviviente.

Como nos referimos en capítulos anteriores, la discriminación que ahora analizamos queda de manifiesto al limitar el acceso al cobro de dicha pensión cuando se requiere al supérstite varón demostrar que tiene alguna

discapacidad física o que es mayor a 60 años, y si eso no es suficiente, la misma está condicionada no solo al cumplimiento de una edad mínima (60 años para el varón y 50 años para la mujer) sino que establece restricciones en cuanto a la fecha de celebración del matrimonio, estableciéndola en dos años cuando se haya superado los 50 años de edad en caso de las mujeres y 60 en caso de los varones.

b) Discriminación Indirecta:

La discriminación indirecta se verifica en situaciones menos evidentes, donde actitudes o situaciones que son aparentemente normales, genera que un determinado grupo de personas (ya sea por su sexo, idioma, formación académica, procedencia, etc.) sea tratada de una manera diferenciada sin que exista un sustento razonable que lo justifique.

En ese sentido, el artículo 53º del Decreto Ley 19990, no se encuentra enmarcada dentro de esta clasificación, por cuanto es evidente que el artículo 53º del Decreto Ley 19990 genera una discriminación directa tanto en su redacción como en su aplicación.

c) Discriminación Múltiple:

Finalmente, la doctrina incorpora una tercera categoría de estudio de la discriminación, en la que confluyen diversas formas que operan de manera simultánea, haciendo que el acto discriminatorio sea contundente y múltiple en su aplicación, lo que incrementa el perjuicio y establece niveles de desprotección jurídica diseñados por el propio legislador que solo buscan

restringir derechos constitucionalmente consagrados. Ello, se puede determinar en el análisis de esta norma, en el que además del género y la edad, se requiere tener en cuenta el momento de la celebración del matrimonio.

Es en ese sentido, que organismos internacionales y supranacionales, desarrollan una serie de herramientas y mecanismos que son aplicados en sus fallos y resoluciones y que son de obligado cumplimiento para los estados que vulneren determinados derechos de sus ciudadanos y principios constitucionales.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2019) establece que “Cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”; asimismo, establece que, “No toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido” (Pág. 12).

De lo expresado en la cita que nos precede, podemos establecer que el artículo 53 materia de análisis adolece de falencias no solo en la propia redacción de la norma, que por si es restrictiva, sino que también establece una serie de requisitos adicionales sin una razón objetiva válida, incorporando diferencias que en la realidad actual no existen, propiciando un trato desigual reiterado que los entes administrativos responsables de su aplicación ejecutan basándose en lo que dice la norma, renunciando de plano a una interpretación de la misma, acorde con los principios constitucionales que en la actualidad imperan.

De manera reiterada y desde la entrada en vigor de la Constitución de 1979 y posteriormente la de 1993, dicha norma ha devenido en inconstitucional, generando que, al momento de resolver las peticiones formuladas por los viudos, quienes -ante la reiterada negativa de su requerimiento en sede administrativa- se ven en la imperiosa necesidad de acudir a instancias constitucionales para hacer valer sus derechos.

Hasta la fecha, no se conoce caso alguno en el que un solicitante varón rechazado haya recurrido a instancias internacionales para hacer valer sus derechos en la aplicación de tal norma. No obstante, considero que la modificación es necesaria, perentoria y legítima, ya que no solo beneficiará al ciudadano que se encuentra enmarcado en tal situación, sino que contribuirá a elevar los niveles de igualdad del ordenamiento legal peruano, que con normas de esta naturaleza, solo dibujan un panorama restrictivo y poco evolucionado en la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Tanto es así que, por sentencia del Tribunal Constitucional, “se acreditó la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la ley a la pensión del actor, al requerirle al viudo supérstite en instancias administrativas, demostrar la dependencia económica de su causante para poder ser beneficiario de una pensión de viudez” (Exp. N.º 00617-2017-PA/TC).

De la misma manera, el documento de trabajo elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2003) establece que:

En la actualidad no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. (Pág. 5)

CONCLUSIONES

1. Al analizar la norma materia de la presente investigación, el artículo 53º del D.L. 19990 debemos partir de la premisa del momento histórico social en que dicha norma se concibió.
2. Históricamente, el rol de la mujer en la sociedad y en la familia era en muchos casos subalterno y ello se veía reflejado tanto en el trato y convenciones sociales, así como en las leyes y normas que en diferentes estados se daban desde una perspectiva machista y que no establecían un criterio de igualdad entre el hombre y la mujer.
3. En el caso peruano, evidentemente no éramos ajenos a esa realidad y si bien es cierto dichos derechos constitucionales consagrados en la Constitución de 1933 se encontraban suspendidos, aun no imperaba el criterio generalizado en el ordenamiento constitucional internacional, referido al trato igualitario y a los principios de dignidad y no discriminación, que en la actualidad son irrenunciables.
4. En ese contexto la norma analizada, parte de la premisa en la que el hombre soportaba la responsabilidad del sustento familiar y que la mujer estaba dedicada mayoritariamente a las labores de la casa y del cuidado de los hijos, soslayando la real posibilidad de su incorporación a la vida laboral.

5. Ese escenario propicio que el legislador, haciendo una interpretación restrictiva y discriminatoria, incorpora en la norma requisitos y situaciones adicionales al viudo varón que no son exigibles a la mujer, por entenderse que ella no estaba obligada a hacerlo por su sola condición de mujer; supone asumir una concepción de aparente desprotección de la mujer, que finalmente genera una aberrante distorsión y un severo perjuicio al varón viudo.
6. Esta interpretación y espíritu en la redacción de dicho artículo, trae como consecuencia que a lo largo de los casi 50 años desde su promulgación los derechos de muchos ciudadanos varones, hayan sido vulnerados y limitados, tanto por la propia norma que establece requisitos adicionales al viudo varón, así como en su aplicación limitante y restrictiva.
7. A pesar de haberse promulgado dos (02) Constituciones desde el año 1973 -año de promulgación del Decreto Ley N. 19990-, la de 1979 y la de 1993, además de haberse incorporado principios rectores de dichas constituciones como el Derecho a la dignidad humana a la igualdad y a la no discriminación; nuestros legisladores no han sido capaces de modificar dicha norma que colisiona con los derechos antes descritos, lo que evidencia una severa miopía para atacar los problemas reales que afectan a un sector de nuestra población.
8. Que tal como lo señalamos en el punto precedente, los intentos de diferentes gobiernos y congresos no han podido modificar de manera tajante dicha norma, pese a los aparentes esfuerzos, tanto así que hasta la

fecha la situación de discriminación que sufre el varón viudo para acceder a la pensión de viudez por la aplicación del artículo 53 de dicho Decreto Ley, solo se ha podido lograr con la aplicación de fallos judiciales que determinan la inconstitucionalidad de dicha norma.

9. En el ámbito internacional, las legislaciones comparadas analizadas para acceder a la pensión de viudez hacen distingo por razones de sexo, haciendo que dichas normas sean restrictivas, debido a que se basan en concepciones trasnochadas y carentes de sentido en el momento actual.
10. El Tribunal Constitucional peruano ha marcado la pauta con reiterada jurisprudencia de como se debe interpretar dicha norma, llegando a recomendar su modificación. El camino señalado por nuestro alto tribunal se condice con los principios rectores en que se inspira nuestra constitución y evidentemente viene siendo aplicado.
11. Consideramos que el criterio y fundamentos del Tribunal Constitucional es la mejor herramienta y el mejor argumento para proceder a la modificación de la redacción del artículo 53º del Decreto Ley 19990, tal y como a través del Decreto Supremo N.º 354-2020-EF, que aprueba el Reglamento Unificado de las Normas Legales que regulan el Sistema Nacional de Pensiones; no obstante, la redacción del artículo 53º del D.L.Nº19990 solo ha sido modificado en el extremo de suprimir el requisito adicional de la dependencia económica, dejando aún requisitos adicionales que debe acreditar el supérstite varón para poder acceder a una pensión de viudez,

generando con ello, la colisión de dicho artículo con nuestro ordenamiento constitucional vigente.

12. Si bien es cierto el análisis del artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990, se circunscribe a los requisitos adicionales que se le solicitan al superviviente varón para poder acceder a la pensión de viudez, la misma que se encuentra regulada dentro del ámbito del Derecho Previsional, no podemos descartar que, la redacción como la aplicación de la norma, infringen normas del ámbito constitucional; es por ello, que a manera de análisis y sustentar, hemos elaborado un minucioso estudio de cómo se vulneran principios que son ejes de nuestro ordenamiento Constitucional.

RECOMENDACIÓN

Remitir el presente trabajo de investigación a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del período parlamentario 2021-2026, a fin de que tomando en cuenta lo vertido en este estudio, presenten una iniciativa legislativa que pueda concluir en la promulgación de una Ley que modifique el artículo 53º del Decreto Ley 19990, el mismo que debería quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 53.- Tiene derecho a pensión la cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho de la asegurada o pensionista fallecida, siempre que el matrimonio o unión de hecho se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla cincuenta años de edad si fuese hombre o mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio o unión de hecho debidamente inscrito a edad mayor de las indicadas.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

Leyes:

- Decreto Ley 3500, establece nuevo sistema de pensiones. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 13 de noviembre de 1980.
- Decreto Ley 19990, Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social. Sistema Peruano de Información Jurídica, Lima, 24 de abril de 1973.
- Constitución Política del Perú de 1993, Lima 31 de diciembre de 1993.
- Decreto 907, Bases de la Seguridad Social, Boletín Oficial del Estado, España, 21 de abril de 1963.
- Ley del Seguro Social 1973, Diario Oficial de la Federación, México, 3 de diciembre de 1973.
- Ley de Parejas de Hecho 2002, Boletín Oficial del Estado, España, 16 de diciembre de 2002.
- Ley 27444 de 2001, Ley del Procedimiento Administrativo General, Sistema Peruano de Información Jurídica, Lima, 10 de abril 2021.

- Ley 27337 del 2000, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Sistema Peruano de Información Jurídica, Lima, 21 de julio de 2000.

Sentencias:

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0011-2002-AI/TC, del 10 de junio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 018-2003-AI/TC, del 26 de abril de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0050-2004-AI/TC, del 3 de junio de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0051-2004-AI/TC, del 3 de junio de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0004-2005-AI/TC, del 3 de junio de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 09332-2006-PA/TC, del 30 de noviembre de 2007.

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 02974-2010-PA/TC, del 24 de octubre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 00617-2017-PA/TC, del 18 de noviembre de 2019.

Hemerografía:

- Alfaro, E. (2004). El Sistema Previsional Peruano y la Necesidad de Plantear una Nueva Reforma” (Tesis de grado). Pontificia Universidad Católica del Perú - Lima.
- Alvites, E. (2018). La discriminación de género en el disfrute de derechos sociales: las brechas por superar para alcanzar la igualdad. Actas de las III jornadas nacionales de derechos fundamentales. Palestra, Lima, Perú.
- Aguilera, R. (2018). Concepto, Fundamento y Doctrina de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en el Sistema Constitucional. Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Aguiló, J., Echevarría, V. (2020). Análisis del sistema de pensiones chileno: orígenes, evolución, propuestas existentes y una propuesta innovadora. (Tesis de grado). Universidad de Chile: Santiago, Chile.

- Ángeles, LL. (2002). Panorama de la seguridad social en el Perú. Universidad Católica del Perú: Lima, Perú.
- Arantzazu, V. (2017). La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante. Universidad Jaume I: Castellón de la Plana, España.
- Briceño, L., Trujillo, A. (2017). La Omisión del Reconocimiento de la Pensión de Viudez a Favor del Concubino (a) Supérstite en el Decreto Ley N° 19990 y Decreto Ley 20530 y la Vulneración de los Derechos a la Igualdad, Seguridad Social y Dignidad Humana en el Perú. (Tesis de grado). Universidad Nacional de Trujillo, La Libertad, Perú.
- Bonache, J. (2017). La pensión de Viudedad en España, análisis crítico de la regulación actual. Revista Anales de Derecho, Universidad de Murcia. Murcia, España.
- Castro, A. (2014). Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho. Academia de la Magistratura, Lima, Perú.
- Cifuentes, H. (1994). Pensiones de Sobrevivencia, Viudez y Montepíos: Posibilidad de Incrementar su monto. Revista Chilena de Derecho Vol. 21 N.º 1. Santiago, Chile.

- Cornejo, M. (2013). La naturaleza Jurídica de la Unión de Hecho a la Luz de la Ley N.º 30007. Revista del Instituto de la Familia de la facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, Perú.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2017). Derecho Humano a la Seguridad Social. Primera edición. México.
- Eguiguren, F. (1997). Principio de Igualdad y Derecho a la no Discriminación. Ius et veritas 15, Lima, Perú.
- Fernández, A. & Bustamante, E. (2000). La Unión de hecho en el Código Civil peruano de 1984: Análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegética y jurisprudencial. Lima, Perú.
- Gálvez, J. (1955). Apuntes de Historia de la Seguridad Social en Europa. Revista informaciones sociales.
- García, V. (2008). El derecho a la Igualdad. Academia de la Magistratura. Lima Perú.
- Irazábal, J. (2015). El Derecho a la Pensión de Viudez del Conviviente Supérstite en el Sistema Nacional de Pensiones. (Tesis de grado). Universidad de Piura, Piura, Perú.

- Kurczyn, P. (2014). La Seguridad Social. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México.

- Lescano, J. (2008). La unificación de los Regímenes Previsionales de Los decretos Leyes 19990 y 20530. (Tesis de grado). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

- Lescano, J. (2004). La Problemática Pensionaria: Su Panorama Actual y una Propuesta de Solución para su Viabilidad en el Futuro. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- López, L. (2000). La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. Revista Actualidad Jurídica Aranzadi. Universidad de la Rioja. La Rioja, España.

- Max, M. (2020). La Regulación Jurídica de las Uniones de Hecho y la Contravención al Deber Constitucional del Estado Peruano de Promover el Matrimonio. (Tesis de Doctorado). Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú.

- Melgarejo, B. (2006). El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Comparado México. Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.

- Moctezuma, J. (1998), Ochenta años de vida Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Noriega, A. (2017). La Creación de los Derechos Sociales en la Constitución Mexicana de 1917 (1988). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Olea, M. (1959). Régimen Jurídico de la Seguridad Social: Universidad de Madrid. España.
- Pasquale, V. (2002). La protección constitucional de las minorías y la influencia de elementos de diferenciación social sobre la organización estatal. Una mirada a algunos ejemplos relevantes de Asia y América Latina. Revista Derecho & Sociedad. Universidad de Bolonia. Bolonia, Italia.
- Ramos, J. (2017). El concubinato. Propuesta de nuevos derechos Concubinage. A proposal for new rights. Universidad de San Martín de Porres: Lima, Perú.
- Rannauro E. (2011). El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación: la obligación del gobierno de México para realizar la armonización legislativa con perspectiva de género. Revista IUS, versión impresa ISSN 1870-2147. México.

- Ridaura, M. (2020). La Contribución del Tribunal Constitucional Español a la Deconstrucción de la Discriminación por Razón de Sexo. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Universidad de Valencia. Valencia, España.
- Romero, F. (2002) Concepto, evolución y principios de la Seguridad Social. Revista de Análisis Laboral N° 301. Lima, Perú.
- Salomé, L. (2015). La discriminación múltiple como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación. Universidad Católica del Perú: Lima, Perú.
- Tordoya, H. (2011). La Oficina de Normalización Previsional y la Administradora de Fondos de Pensiones con las Jubilaciones. (Trabajo de investigación). Universidad Nacional del Callao, Perú.
- Vasquez, Y. (1998). El registro de las uniones de hecho y la protección jurídica de los derechos patrimoniales. (Tesis de investigación). Universidad de Piura, Perú.
- Vega, Y. (2002). Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho. Revista Derecho & Sociedad. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
- Villarea, H. (2017). Pensiones en México, 100 años de desigualdad. Centro de Investigación de la Sociedad Civil. México.

Libros.

- Anacleto, V. (2002). Guía de la Seguridad Social. Lima, Perú: Jurista Editores.

- Aparisi, A. (2013). El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. Navarra, España: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª.

- Álvarez, E. (2003). Curso de Derecho Constitucional. Madrid, España: Tecnos.

- Barri, B. (2001). Teorías de la Justicia. Madrid, España: Editorial Gedisa.

- Cabanellas, G. (1997). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., Tomo II, 25º edición.

- Castillo, L. (2010). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. Madrid, España: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.

- Cornejo, M. (2000). Matrimonio y familia, su tratamiento en el Derecho. Lima, Perú: editorial Tercer Milenio S.A.

- Cornejo, H. (1990). La Familia en el Derecho Peruano. Lima, Perú: Fondo Editorial Printed in Perú.

- Díaz, V. (1993). Derecho de Familia. Arequipa, Perú: Editorial Jurídicas del Sur.

- Diccionario Enciclopédico Océano Uno. (1997). Barcelona, España. Editorial Océano.
- Garay, A. (1989). La Igualdad ante la Ley. Lima Perú. Editorial Ad Abeledo Perrot; edición 1st.
- Giovanni, S. (2009). La Democracia en 30 lecciones. México. Editorial Taurus.
- Kant, E. (1983). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Madrid, España: Espasa- Calpe 1983, 8ª edición.
- Martínez, J., Arufe, A. y, Carril, X. (2008). Derecho de la Seguridad Social. España: Editorial Gesbiblo, S.L.
- Millán, A., (1976). Sobre el Hombre y la Sociedad. España.
- Pérez, A. (1998). Los derechos fundamentales. Madrid, España: Editorial Tecnos S.A. Séptima Edición.
- Pérez, M. (1998). Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite. Barcelona, España: Editorial Lex Nova.
- Potozen, B. (2002). El Derecho de pensión de viudez de la concubina en el Sistema Nacional de Pensiones. Comentarios a partir de la STC Exp. N° 06572-2002". Lima, Perú.

- Quiroz, A. (1999). Manual de Derecho de Familia. Bogotá, Colombia: editorial Doctrina y Ley Tomo V.
- Real Academia Española. (1981), Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe S.A. 2º edición.
- Rodríguez, M. (1986). Igualdad y no discriminación. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Stanley, L. (2019). La Filosofía del Derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch. Barcelona, España: editorial Marcial Pons.
- Trueba, J. (1954). Derecho de la Seguridad Social. México: Editorial Librería Herreros.
- Valverde, E. (1942), el Derecho de la familia en el Código Civil Peruano. Lima, Perú: Imprenta del Ministerio de Guerra, Tomo I.

Páginas Web:

- CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2006). La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad. Informe, Santiago de Chile, Chile. Recuperado de: <https://repositorio.cepal.org/>.

- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington D.C. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de: <http://www.cidh.org/>.
- CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 14: Igualdad y no Discriminación. Washington D.C. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/>.
- Cobreros, E. (2007). Discriminación por Indiferenciación: Estudio y Propuesta. Revista Española de Derecho Constitucional. España. Recuperado de: <https://recyt.fecyt.es/>.
- Defensoría del Pueblo (2004). Informe Defensorial N.º 85- (2004). La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes W 19990 y N' 20530: Los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral. Ed. Centauros Graphic. Lima, Perú. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/>.
- De Aquino, T. (1989). Summa Theologica, I-II, Cuestión 94, artículo 2. op. cit., pág. 731. Madrid, España. Recuperado de: <http://roble.pntic.mec.es/>.

- Díaz, J. (2020) El concepto de igualdad en la Constitución: Que significa y como se interpreta. Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Santiago, Chile. Recuperado de: <https://derecho.udd.cl/>.

- Fundación Canfranc (2015). Expertos en humanidades: Dignidad de la persona. Saragoza, España. Recuperado de: <https://www.fundacioncanfranc.org/>.

- Hakansson, C., Delgado, C., Montoya, V., León, J., Bernales, E., Santiesteban, J., Amprimo, N., Muro, M., Sosa, J., Muro, M., Sosa, J., Cárdenas, C., Fernández, C., Velezmoro, P., Eto, G., Del Pozo, C., Castillo M., Díaz, O., ... y, Morales, F. (2005). La Constitución Comentada. Gaceta Jurídica, Tomo II. Lima Perú. Recuperado de: <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/constitucion-politica-comentada-gaceta-juridica-tomo-ii.pdf>.

- ONU: Organización de las Naciones Unidas (2007). El Derecho a la Seguridad Social. Ginebra, Suiza. Recuperado de: <https://www.refworld.org.es/>

- Rentería, J. (2014). Igualdad según nuestra Constitución Política de la República de Chile. Santiago, Chile. Recuperado de: <https://www.misabogados.com/>.

- Ricardo, N. (1997). La seguridad social: su historia y sus fuentes. Coyoacán, México. Recuperado de: www.jurídicas.unam.mx.

- Puellas, M. (2019). La Dignidad Humana es una realidad. Lima, Perú. Recuperado de: <https://solidaridad.net/>.

- Pachas, F. (2021). Regulación del Derecho Fundamental a la Igualdad ante la Ley en el Ordenamiento Jurídico. Lima, Perú. Recuperado de: <https://ius360.com/>.

- Garcés, P. (2016). La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances? Lima, Perú. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/>.