



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Primera. Sentencia 25/2020



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2019, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.
Además, se incluye el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marco Antonio Bocanegra Ruiz contra la resolución de fojas 79, de fecha 9 de setiembre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de abril de 2016, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), mediante la cual solicita que se declare la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP-DPR-GD-DL 19990, del 23 de marzo de 2016, que le denegó la pensión de viudez derivada de la pensión de jubilación del régimen del Decreto Ley 19990 que percibía su causante doña Ysabel Vargas de Bocanegra; y que, por consiguiente, se le otorgue la pensión de viudez solicitada, al amparo del artículo 53 del Decreto Ley 19990, con el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales.

El demandante manifiesta que la ONP le denegó su solicitud de pensión de viudez al aducir que no estuvo a cargo de la causante y que tiene ingresos propios, dado que percibe pensión de jubilación. Sin embargo, expresa que sí dependía económicamente de su causante, puesto que el monto de su pensión de jubilación es diminuta, mientras que su difunta esposa percibía una pensión de jubilación por el monto de S/ 1086.98; y que, por otro lado, su salud se encuentra muy deteriorada. Agrega que las normas referidas a la seguridad social no pueden ser analizadas desde su aspecto estrictamente legal, sino con respeto a la dignidad, a los fines de la seguridad social y a los principios de solidaridad y progresividad, y que debe realizarse una interpretación de la norma que sea favorable al pensionista.

La ONP contesta la demanda y solicita que se la declare infundada, aduciendo que se le ha denegado al actor la solicitud de pensión de viudez debido a que, si bien es cierto que acreditó su relación conyugal con la causante, no cumple con el requisito prescrito en el artículo 53 del Decreto Ley 19990, esto es, haber estado a cargo de la asegurada o pensionista fallecida, puesto que percibe una pensión de jubilación por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

derecho propio.

El Cuarto Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 27 de junio de 2016, declaró infundada la demanda por estimar que el actor no dependió económicamente de su causante, debido a que cuando la causante adquirió derecho a la pensión de jubilación, él era trabajador activo y obtuvo la condición de jubilado en el año 1996, por lo que actualmente tiene un ingreso económico mensual y permanente; y que el hecho de que su pensión de jubilación haya sido menor al monto del que percibía su causante no constituye un supuesto fáctico contemplado en el régimen del Decreto Ley 19990, aunque sí en el régimen previsional regulado por el Decreto Ley 20530, que no resulta aplicable al recurrente, ni lo fue a su causante.

La Sala superior competente confirma la apelada, por considerar que el actor no ha acreditado haber estado a cargo de su causante, pues cuenta con los recursos previsionales que le permiten cubrir sus necesidades de subsistencia.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, el demandante pretende que se le otorgue pensión de viudez dentro de los alcances del artículo 53 del Decreto Ley 19990, con el pago de los devengados y los intereses legales.
2. En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha señalado que aun cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse con los requisitos legales para obtenerla, por tratarse de un acceso, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Análisis de la cuestión controvertida

3. El artículo 53 del Decreto Ley 19990, en la versión aplicable al momento de expedir la resolución cuestionada, establecía que *“tiene derecho a la pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del*



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas". (cursiva y subrayado agregados).

4. Mediante la Resolución 16559-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990 (f. 35), de fecha 23 de marzo de 2016, la ONP denegó la solicitud de pensión de viudez presentada por el actor, en aplicación del artículo 53 del Decreto Ley 19990, al aducir que no le corresponde el otorgamiento de pensión de viudez debido a que no estaba a cargo de la causante.
5. Como se advierte del tenor de la mencionada resolución administrativa, el argumento principal de la ONP para denegar la pensión de viudez tiene que ver con la aplicación del mencionado artículo 53 del Decreto Ley 19990. Es por esta razón que este Tribunal estima necesario hacer un control de constitucionalidad de dicha norma a efectos de verificar su compatibilidad con la Norma Fundamental, específicamente con el derecho a la igualdad.

El principio-derecho de igualdad

6. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución consagra el derecho-principio de igualdad en los siguientes términos: "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".
7. La igualdad consagrada constitucionalmente tiene la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo al ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes.
8. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquel, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad.
9. Es importante precisar que el derecho a la igualdad ante la ley debe ser



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

interpretado, entre otras disposiciones, conforme al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”; y al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

10. En tanto que principio fundamental, la igualdad, entendida como regla de obligatorio cumplimiento para el Legislador, entre otros, se encuentra reconocida en los artículos 103 y 2.2. de la Constitución. El primero establece que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...)”, y el segundo que “toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley (...)”.

La igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”

11. El principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de la ley*. La primera constituye un límite para el Legislador, toda vez que la actividad de legislar deberá efectuarse con respeto a la igualdad, sin establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. La segunda manifestación, que no será examinada en la presente causa, se configura como límite al actuar de los órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos.
12. De aquí que el tratamiento de la igualdad no se verifique 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.
13. De la “igualdad ante la ley” se ha dicho que “una disposición es contraria al artículo 2.2. de la Constitución cuando carece de base objetiva o sólida, sin sentido ni fin, o establece distinciones sin justificación razonable en los hechos. Se exige que las situaciones se traten de manera similar cuando sean similares y de manera diferente en cuanto sean diferentes. Se trata de respetar el principio de igualdad en la ley misma.
14. Dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional.



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

Control constitucional del artículo 53 del Decreto Ley 19990.

15. 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 superviviente 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 le corresponde a los viudos.
16. Es por esta razón que se hace necesario aplicar el test de igualdad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Expediente 00045-2004-AI/TC), con la finalidad de verificar la constitucionalidad del artículo 53 del Decreto Ley 19990.
17. En la citada sentencia, se establecen los siguientes pasos del test de igualdad:
 - a) determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación; b) determinación de la "intensidad" de la intervención en la igualdad; c) determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); d) examen de idoneidad; e) examen de necesidad; y, f) examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
18. Como se recuerda, los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación

19. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En este caso, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo aplicable al presente caso, establece un trato diferenciado entre hombres y mujeres que pretenden acceder a una pensión de viudez, cuando exige al hombre, y no a la mujer, acreditar "*que haya estado a cargo de ésta*".



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

b) Determinación de la "intensidad" de la intervención en la igualdad

20. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades: intensidad grave, intensidad media e intensidad leve. En este caso, la intervención legislativa tiene un grado de intensidad *grave*, toda vez que la diferenciación se sustenta en uno de los motivos proscritos por la propia Norma Fundamental, como es la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 2, inciso 2, de la Constitución) y tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio del derecho a la pensión (de viudez).

c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)

21. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El *objetivo* es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La *finalidad* o *fin* viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica *normativamente* la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.
22. En este caso, los artículos 10 y 11 de la Constitución establecen que "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida" y que "el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones (...)".
23. Teniendo en cuenta dichas disposiciones constitucionales, así como la interpretación teleológica sobre la finalidad perseguida por el legislador al consagrar el extremo "que haya estado a cargo de ésta" del artículo 53 del Decreto Ley 19990, este Tribunal estima que una de las exigencias que implícitamente se desprenden de los artículos 10 y 11 de la Constitución, es la *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*. Esta obligación sería la *finalidad* perseguida por el legislador al establecer el trato diferenciado.
24. En cuanto al *objetivo* del trato diferenciado del legislador, se desprende que cuando el artículo 53 del Decreto Ley 19990 establece el extremo "que haya estado a cargo de ésta", pretende *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*.
25. En tal sentido, el impugnado extremo "que haya estado a cargo de ésta" del artículo 53 del Decreto Ley 19990, tiene como objetivo *evitar que las pensiones sean*



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión, lo cual estaría justificado por la obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión, que se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

d) Examen de idoneidad

26. Habiendo identificado el objetivo y la finalidad del trato diferente, toca ahora examinar su idoneidad. Ésta consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad *-medio-* y el *objetivo*, y (2) el de la relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención.
27. Sobre si existe idoneidad o nexo de causalidad entre la medida estatal impugnada y el *objetivo*, se puede concluir afirmativamente. En efecto, la exigencia al hombre que solicita la pensión de viudez en el sentido de probar "que haya estado a cargo de ésta" del artículo 53 del Decreto Ley 19990, sirve para lograr el *objetivo* de *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*
28. Luego, dicho *objetivo* también guarda relación con la finalidad de la medida impugnada. Así, el objetivo de *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*, pretende cumplir con la finalidad de la medida impugnada, como es la *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*.

e) Examen de necesidad

29. En este punto se debe analizar si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que, siendo igualmente idóneos, hubieran podido adoptarse para alcanzar el mismo fin.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

30. Por ello, debe examinarse: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización el objetivo y, b), si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que aquella de la medida estatal cuestionada.
31. Respecto de los medios alternativos. La exigencia a un hombre que solicita la pensión de viudez en el sentido de probar "que haya estado a cargo de ésta" (la causante), prevista por el artículo 53 del Decreto Ley 19990, tiene un medio alternativo, igualmente idóneo y que pudo adoptarse para lograr el mismo fin, como es *la acreditación mediante un vínculo como el matrimonio*. En efecto, si el objetivo de tal disposición legislativa era *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*, ello podía realizarse, de igual modo e incluso de mejor modo, a través de la exigencia de acreditar la existencia de dicho vínculo con la respectiva constancia de matrimonio.
32. Por otra parte, la adopción de este medio alternativo (acreditación mediante un vínculo como el matrimonio) no ocasiona una intervención en el principio-derecho de igualdad, pues tal medio alternativo ya era exigido para el caso de la mujer que solicita la pensión de viudez. Es más, el propio artículo 53 del Decreto Legislativo 19990, ya exige que, para otorgar la pensión de viudez a un hombre, éste debía estar casado, sólo que con el extremo "que haya estado a cargo de ésta", se exigía un requisito adicional a aquel de estar casado.
33. La prueba de haberse casado, tanto para hombres como para mujeres, permite acreditar fehacientemente el vínculo entre el solicitante de la pensión y el/la cónyuge fallecido/a.
34. Un tratamiento discriminatorio en función del sexo (sólo para hombres) no es conforme con *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*. Evidentemente, el legislador es libre de optar por cualquier medio conducente a la realización u optimización de un bien o principio constitucional como, en este caso, la aludida obligación estatal; sin embargo, el medio adoptado no podría ser discriminatorio. En este caso es claro que el legislador disponía, al menos, de un medio alternativo igualmente idóneo al empleado, que no contravenía la igualdad. En consecuencia, el tratamiento diferenciado establecido por el extremo "que haya estado a cargo de ésta" (la causante), previsto por el artículo 53 del Decreto Ley 19990, no supera el test de necesidad, de modo que debe ser declarado inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad.



35. En tal sentido, teniéndose en cuenta la existencia de una norma lesiva de derechos fundamentales, cuya aplicación desconoce la supremacía de la Constitución, se hace necesario declarar inaplicable al presente caso el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en la versión vigente al momento de dictarse la resolución impugnada, en el extremo que exige al viudo haber estado a cargo de la cónyuge fallecida y, como consecuencia de ello, declarar la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990 y disponerse que la ONP expida una nueva resolución administrativa otorgando pensión de viudez al actor, con el pago de las pensiones devengadas, de conformidad con lo establecido por el artículo 81 del Decreto Ley 19990 y de los intereses legales conforme a lo dispuesto en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente 02214-2014-PA/TC, que constituye doctrina jurisprudencial, y al artículo 1246 del Código Civil; y los costos procesales conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

36. Teniéndose en cuenta que el actor tiene más de 80 años de edad, las instancias judiciales deberán observar el criterio vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02214-2014-PA/TC, en el sentido que todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de estas, bajo responsabilidad.

37. Adicionalmente a lo expuesto, cabe precisar que en las sentencias recaídas en los Expedientes 00313-2010-PA/TC, 02380-2010-PA/TC y 04045-2016-PA/TC, entre otras, este Tribunal ha venido desestimando las demandas de amparo mediante las cuales los viudos solicitaban la prestación del artículo 53 del Decreto Ley 19990, bajo el argumento de que no se había demostrado que el cónyuge supérstite haya tenido una relación de dependencia con relación a su causante. Por tal motivo, este Tribunal considera que corresponde apartarse de dicho criterio puesto que atenta contra el derecho a la igualdad en la ley. Asimismo, en la sentencia emitida en los Expedientes acumulados 00050-2004-AI/TC, 00051-2004-AI/TC, 00004-2005-PI/TC, 00007-2005-PI/TC, 00009-2005-PI/TC, se declaró constitucional el artículo 32 del Decreto Ley 20530, por estimar que las condiciones exigidas al viudo eran razonables y que, por no tanto, no eran discriminatorias. Teniéndose en cuenta que no se trata de la misma norma legal, no existe cosa juzgada; por otro lado, en la presente sentencia el Tribunal Constitucional se aparta de ese pronunciamiento.

Declaración de estado de cosas inconstitucional

38. De otro lado, el Tribunal Constitucional estima necesario agregar que el mismo texto "que haya estado a cargo de ésta" del artículo 53 del Decreto Ley 19990, ha sido repetido en el nuevo texto de dicho artículo, aprobado por el artículo 2 de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

Ley 30907, publicada el 11 de enero de 2019, reiterando con ello el mismo vicio contra el derecho a la igualdad en la ley identificado en el presente caso. Resalta además que en la sentencia emitida en el Expediente 06572-2006-PA/TC, publicada el 2 de julio de 2012 en el portal web institucional, este Tribunal interpretó el artículo 53 del Decreto Ley 19990, de modo tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez, siempre que la unión de hecho se acredite por medio de documentación idónea para ello. En virtud de ello, aun cuando el nuevo texto del artículo 53 del Decreto Ley 19990, aprobado por la Ley 30907, incorpora como beneficiario de la pensión de viudez al integrante de la unión de hecho, es claro que se mantiene el mismo vicio contenido en el requisito que establece "haber estado a cargo de la cónyuge supérstite".

39. Asimismo, este vicio no solamente se da en el régimen previsional del Decreto Ley 19990, sino también en otros regímenes previsionales, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Table with 9 columns: SISTEMA CIVIL (subdivided into Decreto Ley 19990, Pension de cesantía, Renta Vitalicia, etc.) and SISTEMA MILITAR-POLICIAL (subdivided into Decreto Ley 19846, Decreto Legislativo 1133). Rows are categorized by gender: Mujeres and Hombres, with specific conditions for each.

40. En efecto, del referido cuadro se advierte que en los regímenes del Decreto Ley 20530, así como del régimen militar policial regulado por el Decreto Ley 19846, en el caso de los viudos, además del matrimonio, se les exige carecer de rentas y no contar con seguro social y carecer de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión y no pertenecer al Régimen de Seguridad Social; requisitos que generan desigualdad con relación a las pensiones de las viudas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

41. Al respecto, conviene mencionar que el Tribunal Constitucional ha venido utilizando la técnica del estado de cosas inconstitucional para brindar tutela a los derechos fundamentales cuando el caso evidencie efectos lesivos respecto de un grupo importante de personas o sector poblacional, con la finalidad de fijar una respuesta inmediata a dicha problemática a fin de que las instituciones públicas que se encuentren vinculadas con dicha situación, se involucren de manera efectiva con su solución.
42. Habiéndose identificado en el presente caso una diferenciación legislativa injustificada por razón de sexo respecto a los requisitos y condiciones para obtener pensión de viudez, y que esta ha sido repetida en la modificatoria vigente del artículo 53 del Decreto Ley 19990, además de haberse verificado diferentes regímenes previsionales en los que existen similares vicios por razón de sexo, el Tribunal Constitucional estima que corresponde declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a dicho tratamiento legislativo, por lo que corresponde que el Poder Legislativo adopte las medidas necesarias para corregir dicho estado en el plazo de 1 (un) año; esto es, restablecer la igualdad entre viudos y viudas, de modo tal que los viudos de las aseguradas tengan el derecho a la pensión de viudez en las mismas condiciones que las viudas. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la ley y a la pensión del actor.
2. Declarar **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; en consecuencia, se declara la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP-DPR-GD-DL 19990, ordenándose a la Oficina de Normalización Previsional que expida nueva resolución otorgando pensión de viudez del régimen del Decreto Ley 19990 al recurrente, con el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales.
3. **DECLARAR** un estado de cosas inconstitucional en relación al tratamiento legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos para obtener pensión de viudez, correspondiendo que el Poder Legislativo adopte, en el marco de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

disposiciones constitucionales y presupuestarias, las medidas adecuadas para corregir dicho estado en el plazo de un año. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

4. **DISPONER** la notificación de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, al Poder Legislativo para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

05 AGO 2020



JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Primera
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto, pero estimo pertinente dejar sentado las siguientes consideraciones:

Sobre la disposición cuestionada

1. Del análisis del artículo 53 del Decreto Ley 19990, se advierte que el supuesto de hecho es bastante claro: se trata del fallecimiento de un trabajador o trabajadora afiliados al régimen de la seguridad social que han efectuado las correspondientes aportaciones y del derecho de su cónyuge o conviviente a obtener pensión de viudez. No obstante, el legislador ha dispensado un tratamiento legislativo significativamente dispar entre el derecho a la pensión de viudez de las viudas y de los viudos. Y es que el derecho a pensión del viudo es mucho más limitado, pues se establecen cuatro desventajosas condiciones en su contra, como se apreciará claramente en el siguiente cuadro:

PENSIÓN DE VIUDEZ		
Decreto Ley 19990 (Artículos 53)		
CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN	MUJERES	VARONES
Condición de salud	Sana	Inválido (sano, solo si es mayor de 60 años de edad)
Edad mínima para obtener la pensión de viudez	No hay edad mínima.	60 años (si no es inválido)
Edad máxima del cónyuge a la fecha de celebración del matrimonio o de la unión de hecho	60 años	50 años
Dependencia económica del causante	NO	SÍ

2. Como se aprecia, el tratamiento legislativo que se dispensa al varón en estos casos es mucho más desventajoso que el de la mujer, puesto que ella: 1) puede obtener pensión de viudez siendo sana a cualquier edad; en cambio el varón siendo sano solo puede tener pensión de viudez a partir de los 60 años de edad; 2) puede derivar pensión de viudez incluso habiendo contraído matrimonio o establecido 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

una diferencia de 10 años a favor de la mujer; y 3) puede obtener pensión de viudez aunque no haya dependido económicamente de su causante; y, por el contrario, el varón sano no puede obtener pensión de viudez si no ha dependido económicamente de su causante.

3. Es así que puede constatarse que aquí el único elemento diferenciador de cada una de las situaciones jurídicas mencionadas es el sexo de la persona, viuda/conviviente o viudo/conviviente, distinción que, evidentemente, no resulta justificada.
4. Y es que, a pesar de estar los viudos en igual situación fáctica que la de las viudas (fallecimiento de su cónyuge o conviviente), el derecho a la pensión les será reconocido o denegado en función de: a) si están sanos o inválidos hasta los 60 años de edad b) si dependieron o no económicamente de sus causantes, c) si, pese a haber dependido económicamente de su cónyuge, son menores o mayores de 60 años de edad; y d) si se casan o establecen una unión de hecho con una persona de entre 50 y 59 años de edad o no.
5. En ese orden de ideas, resulta manifiesto que el tratamiento que se ha dispensado al varón no resulta justificado y, por tanto, es inconstitucional, puesto que no existen razones objetivas para el trato diferenciado en perjuicio de este.
6. Ahora bien, considero que, más allá de lo hasta aquí mencionado, este tipo de controversias sirven para visibilizar, una vez más, como el día de hoy aún persisten disposiciones que atentan directamente contra la igualdad de género. Y es que si convenimos en que aquí se ha producido un trato diferenciado no justificado en perjuicio del varón, debemos señalar que ello se ha dado precisamente en función de los roles tradicionales de género que tanto perjuicio causan, al afianzar prejuicios y estigmas que impiden el desarrollo, en igualdad de condiciones, de varones y mujeres en nuestra sociedad.
7. Aquí concretamente se trata de una visión que, bajo la supuesta idea de autosuficiencia y fuerza del varón, en contraste con la supuesta dependencia y debilidad de la mujer, el primero solo puede acceder a una pensión de viudez solo si cumple los requisitos señalados en el cuadro ya consignado en el presente fundamento de voto. Ello resulta a todas luces inaceptable, y sirve también para poner de manifiesto como los roles tradicionales de género no solo son dañinos para la mujer (que, sin duda, es la principal perjudicada con dichos roles) sino también con el varón, lo cual debe generar la convicción de una lucha constante y sistemática por hacer retroceder el lamentable flagelo de la desigualdad.
8. De otra parte, pero no menor relevante, es dejar sentado que la situación aquí señalada no solamente se da en el régimen previsional del Decreto Ley 19990, sino



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

también en otros regímenes previsionales, como se aprecia en el cuadro adjunto en el fundamento jurídico 39 de la ponencia. Ello no hace sino fortalecer la idea de que resulta necesario declarar un estado de cosas inconstitucional en relación al trato legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos obtener pensión de viudez.

Sobre el término “contenido esencial”

9. De otro lado, en la sentencia se utiliza la noción de “contenido esencial” para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que “merece protección a través del proceso de amparo”, a diferencia de otros ámbitos que, si bien forman parte del derecho, no están incluidos su “contenido esencial” y, por ende, no merecerían tutela a través del proceso de amparo, por tratarse de contenidos tienen origen más bien en la ley (los llamados contenido “no esencial” o “adicional”).
10. Al respecto, conviene además tener presente que en la jurisprudencia de este Tribunal se encuentra que la expresión “contenido esencial” se ha usado de distinto modo. En especial, ha sido entendida como límite infranqueable, determinado *ab initio*, para el legislador de los derechos fundamentales; como un contenido iusfundamental que solo puede hallarse tras realizar un examen de proporcionalidad; o como aquel contenido iusfundamental protegido directamente por la Constitución que permite la procedencia del amparo, entre otros usos.
11. En lo que concierne al uso que se le da en esta sentencia, dicha comprensión ha requerido que este órgano colegiado establezca “listas” de contenidos iusfundamentales, a través de las cuales el Tribunal instituye cuáles ámbitos del derecho considera como parte del contenido esencial y cuáles quedan fuera. Esta operación, qué duda cabe, es sumamente discrecional, y por ello, corre el riesgo de devenir en arbitraria, máxime si nos encontramos ante derechos de configuración legal como el derecho a la pensión.
12. Además de ello, su consecuencia es que se presentan casos en lo que algunos contenidos, los cuales realmente forman parte del derecho, y por ende merecerían protección a través del amparo, han quedado excluidos de esta posibilidad de tutela urgente pues no fueron incluidos en la decisión del Tribunal Constitucional. Esto ha pasado, por ejemplo, con respecto de algunas personas de edad avanzada, a quienes este Tribunal ha tutelado su derecho a acceder a una pensión, pese a no encontrarse dentro de los supuestos considerados como “contenido esencial” del derecho a la pensión. Por el contrario, sigue excluyendo de tutela aquellos casos en los que se demanda acceder a pensiones mayores de 415 nuevos soles, a pesar de que el “mínimo vital” que en su momento justificó establecer la mencionada cifra, ha variado notoriamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

13. Al respecto, y como hemos explicado en otras oportunidades, consideramos que esta noción de “contenido esencial” suele generar confusión y no aporta mucho más que la noción de “contenido de los derechos”, a secas. Téngase presente que, finalmente, la expresión utilizada por el Código Procesal Constitucional es la de “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos.
14. En este sentido, considero que casos como el presente podrían analizarse a partir del *análisis sobre la relevancia constitucional del caso*, fórmula establecida en la STC 02988-2013-AA, tomando en consideración reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Allí se recordó que tanto el artículo 5, inciso 1, como el artículo 38 del Código Procesal Constitucional prescriben la improcedencia de la demanda si esta no está dirigida a la defensa de ámbitos protegidos por derechos constitucionales. Con más detalle, se indicó que su determinación requiere, básicamente¹:

(1) Verificar que existe una *norma de Derecho Constitucional* pertinente para el caso (es decir, una interpretación válida de disposiciones que reconocen derechos constitucionales). Esto exige encontrar, primero, una disposición (enunciado normativo) que reconozca el derecho fundamental invocado, que puede ubicarse tanto en la Constitución, como en los tratados de derechos humanos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o en la jurisprudencia supranacional vinculante para el Estado peruano. Seguidamente, será necesario establecer las normas (interpretaciones, significados) que se desprendan válidamente de las disposiciones que reconocen derechos, de tal forma que pueda reconocerse qué protege realmente el derecho invocado.

Ahora bien, esto de ninguna forma descarta la posibilidad de que se tutelen derechos constitucionales no reconocidos de modo expreso (derechos implícitos o no enumerados); sin embargo, en tal caso será necesario vincular interpretativamente el derecho invocado en la demanda con lo dispuesto en la cláusula constitucional que reconoce los derechos fundamentales no enumerados (artículo 3 de la Constitución²).

¹ Con matices, cfr. STC Exp. N.º 00665-2007-PA/TC, f. j. 5.a y b, STC Exp. N.º 06218-2007-HC/TC, f. j. 10.

² Constitución Política del Perú

“Artículo 3.- 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.”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

Asimismo, de lo anterior no se desprende que los derechos constitucionales de desarrollo legal queden desprotegidos; al respecto, debe tenerse en cuenta que, en general, los derechos constitucionales siempre son desarrollados, concretados o actualizados por los jueces y el poder político (legislativo y administrativo), sin que ello contradiga o disminuya su naturaleza iusfundamental. Solo en caso que la legislación de desarrollo rebalse el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho, que se trate de derechos de origen legal, o si el contenido del derecho merece protección en otra vía (lo que corresponderá ser analizado a partir de otra causal de improcedencia) se declarará improcedente la demanda³.

(2) Constatar que el demandante se beneficie de la posición jurídica amparada por la norma iusfundamental encontrada. Es decir, luego de analizado el ámbito protegido del derecho, debe determinarse si lo alegado en la demanda (en la pretensión, en los hechos descritos) son subsumibles en el ámbito normativo del derecho, describiéndose a estos efectos quién es el titular del derecho (sujeto activo), el obligado (sujeto pasivo) y la concreta obligación iusfundamental. En otras palabras, es necesario acreditar la titularidad del derecho, más aun, la existencia de una “relación jurídica de derecho fundamental”⁴.

(3) Finalmente, debe verificarse que la afectación o restricción cuestionada incida en forma negativa, directa, concreta y sin justificación razonable en el ámbito protegido por el derecho invocado, cuando menos de modo preliminar o *prima facie*, es decir, sin necesidad de ingresar a analizar el contenido de la pretensión invocada. En efecto, a través de esta causal de improcedencia no se trata de demostrar la existencia de una intervención justificada o ilegítima (lo que solo se conocerá con certeza al finalizar el proceso constitucional), sino de descartar que estemos ante un caso de “afectación aparente”, en la medida que la lesión o amenaza, si bien perturba de alguna forma intereses del actor, finalmente no incide en algún contenido constitucionalmente relevante.

15. Además de ello, debe tenerse en cuenta que en algunos casos excepcionales este análisis de relevancia iusfundamental puede ser insuficiente; por ejemplo: cuando la Constitución prevé excepciones al ejercicio del referido derecho; cuando la interpretación que se hace de la disposición que reconoce el derecho es irrazonable o absurda; cuando la demanda reivindica un contenido manifiestamente ilícito y tal ilicitud no es puesta en duda; cuando la titularidad del derecho requiere, de modo necesario, condiciones adicionales de aplicación; cuando se busca tutelar un ámbito aparentemente protegido, pero que el Tribunal Constitucional ha excluido

³ Cfr. STC Exp. N° 03227-2007-PA/TC, f. j. 3; RTC Exp. N° 9096-2006-PA/TC, f. j. 2.

⁴ Cfr., *mutatis mutandis*, RTC Exp. N° 01581-2010-PHD/TC, f. j. 6, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, f. j. 25-27.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00617-2017-PA/TC

LAMBAYEQUE

MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

expresamente en su jurisprudencia de observancia obligatoria, entre situaciones que casuísticamente puedan presentarse. En este supuesto, atendiendo al caso concreto, será necesario tener en cuenta consideraciones adicionales al examen de tres pasos señalado *supra*, para determinar si lo alegado hace referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y con ello resolver la procedencia de la demanda.

16. Considero que a partir de este análisis puede determinarse, de manera ordenada y con coherencia conceptual, si la vulneración o la amenaza alegada en una demanda incide realmente en el contenido protegido por el derecho fundamental invocado y, en ese sentido, si *prima facie* merece tutela a través de un proceso constitucional; prescindiéndose, pues, de nociones equívocas como la de “contenido esencial”.
17. Esto, desde luego, sin perjuicio de que casos auténticamente referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que se invocan finalmente puedan ser declarados improcedentes, en atención a las otras causales de improcedencia contenidas también en el Código Procesal Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:
05 AGO 2020

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Primera
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL