



El Peruano

FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO

Miércoles 26 de abril de 2017

JURISPRUDENCIA

Año XXVI / N° 1039

7719

TRIBUNAL FISCAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 760 - 2016
LA LIBERTAD

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Sumilla: La acusación fiscal puede ser objeto de control formal: a) Que esté debidamente motivada y, b) Que sea completa en los elementos taxativamente exigidos en el artículo 349 CPP.

En el supuesto, excepcional, de control sustancial del requerimiento acusatorio, el imputado es competente para pedir el sobreseimiento del proceso, cuando los supuestos del art. 344.2 sean evidentes. Limite al que está sujeto el Juez de Investigación Preparatoria.

El delito de inducción al voto es un delito contra el derecho al sufragio, de pura actividad, de peligro concreto y solo puede cometerse, una vez que existan candidatos elegibles. Por principio de subsidiaridad y fragmentariedad debe circunscribirse a las conductas más graves y que no puedan ser controladas eficientemente por el derecho electoral. La imputación sostiene que la conducta inductora de entrega de víveres se habría mantenido hasta un día antes de realizado el sufragio electoral para Alcalde, basado en testimonio, videos, entre otros.

Desde que se incorpora a la legislación nacional la excepción de improcedencia de acción no procede por argumentos de irresponsabilidad.

Sentencia de casación

Lima, veinte de marzo del dos mil diecisiete.

Vistos; en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado César Acuña Peralta contra la resolución de vista, de fojas cuatrocientos treinta y ocho, del veinte de abril del dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el extremo que resolvió: i) Revocar la resolución N° 17, de fecha diecisiete de setiembre del año dos mil quince, en el extremo que declara Fundado el sobreseimiento planteado por la defensa del acusado César Acuña Peralta, en relación al delito de Falsedad Genérica, en agravio del Jurado Nacional de Elecciones, y Reformándolo declararon Infundado el sobreseimiento y dispusieron la continuación del proceso según en el estado que se encuentre; y, ii) Confirmaron la referida resolución en el extremo que declara Infundada la excepción de improcedencia de acción, en relación al delito de Inducción al Voto, seguido contra los acusados César Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero, en agravio del Jurado Nacional de Elecciones.

Interviene como ponente el Señor Juez Supremo **Aldo Figueroa Navarro**.

Fundamentos de Hecho

I. ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

Primero.- La Señora Fiscal Provincial Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, mediante requerimiento, de fojas doscientos once, formuló acusación contra César Acuña Peralta como coautor del delito contra el Derecho de Sufragio en la modalidad de Inducción al Voto y como autor del delito contra la Fe Pública en la modalidad de Falsedad Genérica, ambos en agravio del Estado – Jurado Nacional de Elecciones, solicitando se le imponga, por la comisión de ambos delitos, cinco años de pena privativa de libertad y cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada. Así mismo, se formuló acusación contra Tania Soledad Baca Romero como coautora del delito contra el Derecho de Sufragio en la modalidad de Inducción al Voto, en agravio del Estado-Jurado Nacional de Elecciones y como tal solicita se le imponga dos años de pena privativa de libertad y tres mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada.

Segundo.- Realizado el control de acusación – fojas doscientos ochenta y siete –, al pronunciarse respecto de los medios de defensa técnicos ofrecidos por la defensa legal de César Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero, el Noveno Juzgado de Investigación Preparatoria resuelve mediante resolución, de fecha diecisiete de setiembre de dos mil quince – fojas doscientos ochenta y nueve – declarar Fundado el sobreseimiento planteado en relación al delito de falsedad genérica; Improcedente el *Ne Bis In Idem*, Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción e Infundado el Sobreseimiento en relación al delito de Inducción al Voto. Estableciendo que consentida o ejecutoriada la resolución en este extremo, se continuara con el trámite del proceso.

Tercero.- El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Jurado Nacional de Elecciones interpone recurso de apelación en el extremo del sobreseimiento del delito de falsedad genérica – fojas trescientos siete –. Así mismo, el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Trujillo, en calidad de Procurador delegado en la defensa del Jurado Nacional de Elecciones, interpone recurso de apelación en el extremo del Sobreseimiento del delito de Falsedad Genérica y en el extremo que se dispuso no emitir Auto de Enjuiciamiento hasta que la resolución se encuentre firme o ejecutoriada – fojas trescientos treinta y siete –. Por su parte, la Fiscal Provincial del Despacho de Investigación de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo interpone recurso de apelación, en el extremo que declaró Fundado el Sobreseimiento del delito de Falsedad Genérica – fojas trescientos cuarenta y ocho –. La defensa legal de César Acuña Peralta interpone recurso de apelación en el extremo de la resolución que declaró Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción – fojas trescientos cuarenta y ocho –. En tanto que la defensa legal de Tania Soledad Baca Romero interpone recurso de apelación

contra el extremo de la resolución que declara Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción e Improcedente el *Ne Bis In Idem* – fojas trescientos cincuenta y cuatro –. Mediante auto, de fecha dos de octubre de dos mil quince, el Noveno Juzgado de Investigación Preparatoria dispone conceder los respectivos recursos de apelación, con efecto suspensivo sin calidad de diferida; reservar la emisión del Auto de Enjuiciamiento hasta que sea devuelto por la instancia superior y elevar los autos a la Sala de Apelación respectiva.

II. Itinerario del Proceso en segunda instancia

Cuarto.- El Superior Tribunal, culminando la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto de fojas trescientos sesenta y nueve, del veintiséis de octubre del dos mil quince, y realizada la audiencia de apelación, conforme al acta de audiencia de apelación de auto, a fojas cuatrocientos treinta y uno, cumple con emitir la resolución de fecha veinte de abril del dos mil dieciséis –fojas cuatrocientos treinta y ocho–.

Quinto.- La resolución de vista resolvió, por mayoría, revocar el auto de primera instancia de fecha diecisiete de setiembre del dos mil quince en el extremo que declaró fundado el Sobreseimiento respecto del delito de Falsedad Genérica, reformándolo declararon Infundado el Sobreseimiento y dispusieron la continuación del proceso según en el estado que se encuentre; y, confirmaron la referida resolución en el extremo que declara improcedente el *Ne Bis In Idem*, Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción e Infundado el Sobreseimiento en relación al delito de Inducción al Voto.

Sexto.- Notificada la resolución emitida por el Superior Tribunal, la defensa legal de César Acuña Peralta interpone recurso de casación –fojas quinientos cuatro– proponiendo desarrollo de doctrina jurisprudencial, a efectos que se declare Fundado su recurso y en tal virtud se disponga Confirmar el auto de primera instancia, de fecha diecisiete de setiembre del dos mil quince, en el extremo que declaró Fundado el Sobreseimiento respecto del delito contra la Fe Pública – Falsedad Genérica; y, se revoque el auto antes indicado en el extremo que declaró Improcedente la excepción de improcedencia de acción en relación a la imputación formulada por el delito contra el Derecho de Sufragio – Inducción al Voto y reformándolo declare Fundada dicha excepción. El referido recurso fue concedido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad mediante auto de fecha once de julio del dos mil dieciséis.

III. Trámite del recurso de casación

Sétimo.- Elevado el expediente a esta Suprema Sala, mediante auto de calificación, de fecha siete de octubre de dos mil dieciséis, se declaró bien concedido el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, vinculada a la causal de errónea interpretación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, respecto de la aplicación artículo 344, inciso 2, del Código Procesal Penal, sobre la naturaleza jurídica de los elementos de convicción que justifiquen un auto de enjuiciamiento y del artículo 356 del Código Penal sobre la temporalidad del delito de Inducción al Voto.

Octavo.- Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación – notificación a fojas 92 a 94 del cuadernillo formado en esta Suprema instancia –, señalada fecha para la audiencia de casación el día ocho de marzo del dos mil diecisiete. Instalada la audiencia de casación con la presencia de la representante del Ministerio Público, Fiscal Adjunta Suprema Titular de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal y la defensa legal del recurrente y culminada la misma, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es la de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública – con las partes que asistan – en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal, tendrá lugar para el veintinueve de marzo del dos mil diecisiete.

IV. Agravios del recurso de Casación

Noveno.- La defensa del encausado Acuña Peralta fundamenta su recurso de casación a fojas quinientos cuatro, argumentando lo siguiente: i) El *Ad Quem*, en contra del contenido esencial del Derecho a la presunción de inocencia, – en su aspecto referido a la necesidad de prueba suficiente para formular requerimiento acusatorio –, ha declarado, infringiendo el Derecho a la legalidad procesal (por indebida interpretación de los artículos 344.2 y 352.4 del Código Procesal Penal), haber merito para pasar a juicio oral por el delito de Falsedad Genérica, solo sobre la base de simples conjeturas y, absolutamente, al margen de elementos de convicción propiamente dichos, en los términos exigidos por la ley para efectos de establecer si el Ministerio Público puede solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. ii) El órgano *Ad Quem* en contra de la garantía del principio de legalidad – en su expresión procesal referida al Derecho a no ser procesado por un hecho que no constituye delito – y en contra del Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales –, ha declarado Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción, respecto del delito de Inducción al Voto (artículo 356 del Código Penal), sin haber realizado un proceso de subsunción entre la conducta descrita en el requerimiento acusatorio y todos los elementos del tipo penal del delito imputado.

V. Delimitación del objeto del proceso

Décimo.- El requerimiento acusatorio de fojas doscientos once sostiene, respecto del investigado César Acuña Peralta, lo siguiente:

La Fiscalía presenta como *hechos anteriores*: i) En el año 2010 ostentaba el cargo de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Trujillo; ii) En el mismo año se programaron las elecciones Municipales y Regionales a nivel nacional; iii) El investigado postuló como candidato para la reelección por el partido Alianza por el Progreso; y iv) El partido Alianza por el Progreso tiene como siglas APP y sus colores de representación son azul con blanco".

Igualmente, precisa como *hechos concomitantes*: "Los hechos atribuidos a los acusados sobre ventaja electoral ilegal, se inicia con las afirmaciones realizadas por el investigado César Acuña Peralta, en una reunión realizada con fecha 18 de marzo de 2010, con un grupo de personas pertenecientes al Partido Político Alianza Para el Progreso (APP) y de la Municipalidad Provincial de Trujillo. Reunión en la que presentó y detalló su ilícita estrategia política, para enfrentar el proceso electoral municipal del año 2010; acción ilícita que consistía en comprar votos de los ciudadanos más pobres de la ciudad de Trujillo para lograr su reelección como alcalde. Señala que, en su condición de Presidente y fundador del Partido Político APP, tenía decidido participar en los comicios electorales municipales del año 2010 para la elección de Alcaldes Distritales de Trujillo, con tal propósito debería inscribirse la lista conteniendo los candidatos, la misma que ya la tenía confeccionada, sin embargo, debió simular la realización de elecciones internas en la agrupación políticas a la cual pertenece, para de esa manera cumplir con la ley".

En cuanto a los *hechos posteriores* refiere: "(...) Lo que se concretizó con la entrega de dichos víveres por el periodo de seis meses, tal como se advierte de la información brindada por las personas de Faustina Bautista Peralta, Cristina Margarita Arqueros Izquierdo, Martha Miriam Horna Enriquez, Santa Elena Acosta Muñoz, Emerita Gamarra Aguilar, y Nancy Marlene Diaz Ponce quienes refieren haber sido beneficiadas con la entrega de bienes condicionándolos a la firma de documentos en apoyo de APP y que les decían que debían votar por APP (...) Posteriormente, se desarrollaron las elecciones municipales y regionales del año 2010 y se reeligió al acusado César Acuña Peralta, logrando el objetivo inicial fijado en la reunión realizada con fecha 18 de marzo de 2010".

Fundamentos de Derecho

VI. Fundamentos del Tribunal Supremo: temas a dilucidar

A. Primer motivo casacional: Sobreseimiento e (in) suficientes elementos de convicción

Décimo primero.- Verificar si existe una errónea interpretación de los artículos 344, inciso 2, literal d); 349, inciso 1, literal c); y, 352, inciso 4, del Código Procesal Penal. Al respecto, conforme ha sido establecido en la Ejecutoria Suprema – fojas ochenta y cinco del cuadernillo formado ante esta Suprema Instancia – los motivos de casación admitidos para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de los que como resultado del análisis del presente caso se dilucidan, son: i) Desarrollar doctrina jurisprudencial respecto de la naturaleza jurídica de la suficiencia de los elementos de convicción que se presentan en la acusación fiscal a fin de determinar cuándo nos encontramos frente a dicho supuesto.

Grados de convicción en el proceso penal

Décimo segundo.- La exigencia de la prueba suficiente, como parte integrante del derecho a la presunción de inocencia, está consagrado por el artículo 2, inciso 24 de la Constitución Política del Perú. Así mismo, el inciso 1, del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribe, como una regla de juicio, que la presunción de inocencia *“requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal deberá resolverse a favor del imputado”*. Sin embargo, la prueba suficiente es el punto culminante de la actividad probatoria, y solo puede generarse en el juicio, y expresa una convicción en los jueces de la responsabilidad del acusado.

Décimo tercero.- Ahora bien, durante el desarrollo del proceso penal, desde que se realizan diligencias preliminares, se formaliza la investigación preparatoria, se formula un pedido de prisión preventiva y se formula una acusación fiscal, se producen diversos grados de convicción, en el fiscal, de la existencia de un hecho punible y de la vinculación probable del imputado, como autor o partícipe. El grado de convicción que es objeto de examen, en la presente sentencia casatoria, es el que se debe verificar en la etapa intermedia, y que debe evidenciarse con una de las dos únicas opciones posibles: el pedido de sobreseimiento o la formulación de una acusación fiscal. En otros términos, durante el desarrollo del proceso, en cada una de sus etapas, se requieren distintos y ascendentes estándares de convicción, i) El inicio del proceso, para el inicio de diligencias preliminares, basta con el aviso inicial, conocido también como noticia criminal, el cual va a generar el primer grado de convicción requerido: La sospecha. ii) El avance a la formalización y continuación de la investigación preparatoria requiere como elemento adicional el descubrimiento de indicios reveladores, los cuales conllevan a un nivel de convicción superior: La posibilidad. iii) La acusación requiere un nivel de convicción completo, para el fiscal, respecto de la responsabilidad penal del autor o partícipe y de sus circunstancias personales (Certeza Fiscal).

Elementos de convicción: Marco normativo

Décimo cuarto.- Ahora bien, con relación a estas dos posibilidades, se establece en el artículo 344, bajo la sumilla *“Decisión del Ministerio Público”*, lo siguiente: *“1. Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. 2. El sobreseimiento procede cuando: [...] d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado”*.

Por otro lado, se establece en el artículo 349.1, literal c), bajo la sumilla *“contenido”* [de la acusación], lo siguiente: *“1. La acusación fiscal será debidamente motivada y contendrá: [...] c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio [...]”*.

Así mismo, se establece en el artículo 352.4, bajo el rótulo *“Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar”*, lo siguiente: *“4. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista la posibilidad de incorporar al juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347. La resolución desestimatoria no es impugnable”*.

Interpretación sistemática y lógica de los elementos de convicción

Décimo quinto.- En el Código Procesal Penal se mencionan los llamados elementos de convicción, pero no se le da un contenido concreto, se le vincula con su suficiencia, pero no se le dota de un contenido material. Una primera aproximación conceptual a su contenido sería la siguiente: Por la etapa en los que son utilizados, luego de realizados los actos de investigación, durante la investigación preparatoria, los elementos de convicción son los fundamentos o las razones suficientes que tiene el fiscal para tener la certeza o convencimiento que se puede imputar un hecho punible al imputado, como autor o partícipe y, por ende, formularle una acusación e ir a juicio.

Para una mayor delimitación de sus alcances pueden plantearse los siguientes criterios; a) Los elementos de convicción son los que sirven de base para la formulación de una acusación fiscal; b) No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la prueba, obtenible solo en juicio, pues solo genera certeza en el fiscal que es quien sostiene sus acusación; c) Por juicio a contrario del artículo 344.2; d) Los elementos de convicción deben ser suficientes, para acusar, pues en situación inversa solo daría lugar al sobreseimiento; e) Quienes determinan, por regla general, la suficiencia de los elementos de convicción, son los fiscales, pues son ellos los titulares de la acción penal; f) Solo cuando la insuficiencia de elementos de convicción sea evidente o cuando no exista la posibilidad razonable de incorporar al juicio, elementos de prueba -que en realidad son de convicción- puede instar el sobreseimiento, la defensa, o el juez decretarlo de oficio.

Control de la acusación y en particular de sus elementos de convicción

Décimo sexto.- Una de los avances del nuevo sistema procesal penal, es el hecho que la acusación formulada por el fiscal, para ir a juicio, está sujeta a un control por las partes, en una audiencia preliminar. En el nuevo sistema entonces, se establece una valla que los fiscales, como titulares de la acción penal deben superar. La cuestión que debe esclarecerse es, cuál es el alcance de dicho control, y qué grado de injerencia tienen las partes para controlarla.

En este sentido, se establece que la acusación será debidamente motivada. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. Con el nuevo sistema procesal penal ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o contradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio.

Pero, además, la acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos fácticos y jurídicos que son mencionados de manera taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

Décimo séptimo.- Ahora bien, fijadas estas dos exigencias, con relación a la acusación (motivación e integridad), ¿cuál es el control que puede ejercerse respecto de ella? La respuesta está en función, otra vez, del estadio en que se formula y el rol de quien, como titular exclusivo, la realiza.

Décimo octavo.- En este contexto, inicialmente, las partes y en particular la defensa solo tienen la posibilidad de hacer un control formal de la acusación; dar cuenta por ejemplo de omisiones relevantes en la acusación; indefinición en el título de imputación; insuficiencia o contradicción en la identificación de los acusados; insuficiente individualización de los acusados con relación a los hechos objeto del proceso o confusión en los tipos penales invocados. Se trata por tanto de errores o insuficiencias en la debida motivación de la acusación.

Décimo noveno.- Se evidencia la necesidad de interpretar el artículo 352, inciso 4, del Código Procesal penal para definir el grado de convicción necesario para considerar la suficiencia de elementos de convicción y el alcance del control jurisdiccional del requerimiento acusatorio durante la etapa intermedia, todo ello desde la perspectiva de las funciones del Ministerio Público y del Juez de Investigación Preparatoria.

Vigésimo.- Respecto al control sustancial, con relación a los elementos de convicción presentados en la acusación debe considerarse que el que puede ejercerse, tiene que circunscribirse exclusivamente a los casos en el que el juicio de suficiencia, que les está permitido hacer a las partes, tenga por resultado la evidente certeza de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la imposibilidad altamente probable que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba. Pero entiéndase que estos son casos límites, notorios, aprehensibles por cualquiera: inexistencia del objeto del proceso; imposibilidad que el imputado haya estado presente en el lugar del hecho; el hecho investigado ha devenido en atípico; o hay eximentes de responsabilidad evidentes; no hay mayor controversia que la acción penal se ha extinguido (prescripción evidente o muerte del imputado). Y en el caso que es motivo casacional que resulte, a todas luces, evidente que no hay elementos de convicción o que estos no estén apoyados en medios probatorios que puedan generar información relacionada con el objeto del proceso (testigos, videos o actas). Finalmente, no pudiéndose sobreseer, en la etapa intermedia, un proceso penal cuando haya elementos de convicción que generen duda, en la comisión del delito o en la responsabilidad penal del imputado, que exige el esclarecimiento en el juicio oral.

Vigésimo primero.- Es decir, tanto la decisión del Ministerio Público como la solicitud que puede realizar el acusado o su defensa de sobreseer la acción penal se encuentra regulada por la misma norma adjetiva. Sin embargo el presupuesto de aplicación entre uno y otro sujeto procesal descansa en un fundamento diferente pues por mandato constitucional el Ministerio Público es el único encargado de desempeñar la acción penal, mientras que, en contraparte, el procesado y su defensa pueden únicamente cuestionarla ante el Juez de Investigación Preparatoria, en ese sentido, considerando quien únicamente tiene, en esta etapa del proceso, fundamentalmente, como función el control judicial y de garantías¹.

B. Segundo motivo casacional: Estructura típica del delito de inducción al voto

Principio democrático y dignidad de la persona

Vigésimo segundo.- El segundo motivo casacional tiene relación con la interpretación del tipo penal de inducción al voto, en particular, respecto del elemento temporal que aparece en el delito en cuestión, de cara a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; esto es, salvaguarda del principio de afectación al bien jurídico protegido, contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

La libre elección de los representantes es la máxima expresión de libertad del ciudadano y uno de los pilares del sistema democrático. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional:

“La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su

participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45º de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º, inciso 17 y 30º a 35º (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2º, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2º, inciso 5), de reunión (artículo 2º, inciso 12) y de asociación (artículo 2º, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte”.

23. Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35º de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución.”²

Alcances típicos del delito de inducción al voto

Vigésimo tercero.- Ahora bien, para la consolidación del principio democrático, mediante la participación igualitaria y libre de los ciudadanos, el Estado ha estimado fundamental recurrir al derecho penal, como máximo y más severo instrumento de control social. Así, se ha previsto en el Código Penal, Título XVII, una serie de delitos contra la Voluntad Popular y en un Capítulo Único, Delitos contra el Derecho al Sufragio. Uno de los tipos penales es el referido a la inducción al voto, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 356.- Inducción a no votar o a hacerlo en sentido determinado

El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

Vigésimo cuarto.- El tipo penal mencionado presenta las siguientes características típicas:

a. El *sujeto activo* es designado mediante la locución pronominal “El que” por lo que puede ser cualquiera, Se

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César E., Acerca de la Función Del Juez De La Investigación Preparatoria, p. 25. Tomado de: <http://www.incippi.org.pe/archivos/publicaciones/funciondeljuez.pdf>

² Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 02 de febrero del 2006. EXP. N.º 0030-2005-PI/TC. Fundamentos Jurídicos 22-23.

trata de un delito común y de organización. No se requiere por tanto ninguna cualidad particular.

b. El *sujeto pasivo* es la sociedad que, en el ámbito electoral, está representada por toda la comunidad política de ciudadanos. Estos tienen la expectativa que la elección de sus autoridades, nacionales, regionales, municipales o sus representantes dentro de las organizaciones políticas, sean la directa, transparente, igual y libre expresión de la voluntad popular;

c. La *acción típica* está constituida por los verbos conjugados "trata de inducir". Inducir, en el sentido común del lenguaje es instigar o incitar. El tratar de inducir es procurar incitar al elector hacia un resultado. Al respecto caben dos aclaraciones. El sentido común del término instigación no puede confundirse con su sentido jurídico. La instigación que pretende generar el sujeto activo es con relación a la voluntad de elector de no votar o de hacerlo, en el sentido deseado por el inductor. Ello nada tiene que ver con la instigación, en sentido penal, que hace nacer la voluntad en el instigado, de cometer un delito. En el mismo sentido se ha pronunciado anteriormente esta Corte Suprema señalando que "No rigen las reglas de la instigación como forma de participación delictiva (artículo 24 del Código Penal) el verbo *inducir* debe considerarse como un verbo rector, pues esta descrito en la Parte Especial del Código Penal como una forma de autoría, que no se rige por el principio de accesoriedad³. Si el elector es inducido -instigado- su conducta es impune, pues el no votar solo merece una multa administrativa y el votar en un determinado sentido u otro, es una conducta neutra.

d. La *finalidad del inductor* es la de buscar que el elector, como destinatario del acto inductor, no vote o vote en el sentido que desea el sujeto activo. Pero estos fines alternativos son en realidad elementos subjetivos distintos al dolo; se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Es irrelevante para fines típicos que el elector haya efectivamente sido inducido a no votar o a hacerlo en determinado sentido. El delito en cuestión es de pura actividad. Se agota con la entrega de los medios calificados, señalados expresamente en el tipo penal.

e. Los *medios* que puede utilizar el sujeto activo pueden ser: i) La entrega de dádivas; esto es, donativos o bienes que se dan gratuitamente; ii) El otorgamiento de ventajas; vale decir, cualquier utilidad o beneficio que se reciba de carácter inmaterial (empleos, tratos preferentes, becas) y, c) La promesa o el ofrecimiento de recibir beneficios, bienes o cualquier utilidad.

f. El sujeto sobre el que recae físicamente la acción debe necesariamente ser un elector.

g. El tipo subjetivo es exclusivamente doloso. El agente debe tener conocimiento que pretende desviar la voluntad de un elector, mediante la entrega de dádivas, ventajas o promesas, con la finalidad de inducirlo a no votar o a hacerlo en determinado sentido.

Bien jurídico e imputación objetiva

Vigésimo quinto.- Ahora bien, a efecto de precisar los alcances típicos del presente delito, es menester desarrollar puntualmente tres aspectos interrelacionados. i) La cuestión del bien jurídico protegido; ii) Los criterios de imputación objetiva; iii) El concepto de elector, como objeto del delito. Estos tres elementos están imbricados dado que debe considerarse que el bien jurídico protegido debe ser afectado de algún modo, a través de conductas cuya entidad y fin han de traducirse en un aumento del riesgo a dicho bien jurídico relevante, y ello con injerencia sobre las personas a quienes se quiere influenciar con la conducta inductora.

Vigésimo sexto.- El bien jurídico protegido se expresa en dos niveles. Como criterio axiológico general se tiene que el delito de inducción al (no)voto atenta contra la voluntad popular; como expresión de la soberanía del pueblo en la elección de sus representantes en los diversos estamentos de una sociedad democrático representativa. La voluntad popular se forma con la conjunción de la libre elección de los ciudadanos. Pero al mismo tiempo, un segundo nivel de protección, se relaciona con el derecho que tiene todo ciudadano a

sufragar -objeto jurídico específico de protección-, sin presión, coacción o inducción alguna.

Vigésimo sétimo.- Precisados los alcances del bien jurídico, la cuestión que surge a continuación es ¿cuál es el ámbito de afectación que debe exigirse para que se entienda que estamos ante un riesgo intolerable y, por ende prohibido, al bien jurídico? Para su delimitación se han aportado dos criterios extremos con relación al comienzo de afectación del bien jurídico. Una primera posición que sostiene que en realidad el delito en cuestión solo puede cometerse, el día convocado para la elección misma; esto es, solo podría afectarse al bien jurídico tutelado, durante el proceso de votación, y durante las horas en que es posible sufragar. Una segunda posición, que considera que la condición de ciudadano y, por ende, de elector es permanente, por lo que se puede inducir al voto en cualquier momento.

Vigésimo octavo.- Ambas posturas son extremas y, por tanto, no delimitan racionalmente el ámbito de intervención del derecho penal. La primera postura interpretativa reduce a la nada o torna en inoperativo el tipo penal. Supone que el delito se pueda cometer solo mediante la repartición de medios inductores, *ad portas* del local de votación, el día en que está prohibido todo tipo de propaganda electoral, y cuando estadísticamente se sabe que el elector ya ha decidido su voto. En realidad, los actos evidentes y destinados a viciar la voluntad del elector tienen expresiones típicas más graves, como las previstas en el delito de impedimento, por violencia o amenaza, del derecho al sufragio (art. 355) o los atentados al derecho al sufragio (art. 359). Por el contrario, el delito cuyos alcances estamos analizando es de características más sutiles y más extendido en su ámbito temporal de realización.

Vigésimo noveno.- Pero tampoco puede ser un delito que sea realizable en cualquier momento de la vida social. Primero, porque tal postura convertiría al derecho penal es un instrumento omnicomprensivo en la defensa de los bienes jurídicos. Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio de fragmentariedad y subsidiaridad. No se ocuparía en efecto de las conductas más graves, y la gravedad tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

Trigésimo.- Descartadas ambas opciones interpretativas ha de buscarse un referente más adecuado a los fines y límites del control penal y a las concretas posibilidades que este delito se produzca en la realidad. Estimamos que el criterio objetivo más adecuado, en este ámbito, es el proceso electoral, tal como está regulado en nuestro país. El proceso electoral peruano puede ser diferenciado en las siguientes etapas: a) Convocatoria a elecciones; b) Inscripción de candidatos; c) Sufragio; d) Escrutinio; y, e) Resultado de las elecciones. En el marco del proceso electoral el ciudadano activa su condición de elector y es capaz de ejercer su Derecho al sufragio.

Si vemos secuencialmente el proceso electoral y lo vinculamos con las características típicas del delito en estudio, podríamos descartar que la convocatoria a elecciones, fija un momento aun muy lejano para que prospere una conducta inductora. En este periodo no se tiene aún idea de quiénes participarán en la misma. En realidad, la etapa en la que ya podría tener sentido la conducta típica, es la de inscripción de candidatos y se extiende hasta el sufragio. El Derecho a la libre determinación del voto comienza a configurarse, de un modo fácticamente posible, desde el momento en que se tiene una relación certera de los posibles candidatos

³ Ejecutoria Suprema Casación N° 348-2015-Huanuco-Sala Penal Transitoria. Fundamento Jurídico Cuarto, apartado b).

a elegir, esto es, desde el momento en que estos se inscriben, pudiendo verse afectada hasta el momento en que se lleva a cabo el sufragio, el cual es la culminación del proceso de determinación del voto.

Trigésimo primero.- Es dentro de este contexto que adquiere sentido el concepto de elector. Esta categoría no pertenece al ámbito penal sino que es de origen y concepción del Derecho Electoral. La Ley Orgánica de Elecciones al referirse al elector lo hace únicamente en términos de la persona que asiste a votar, sin embargo ello no implica que dicha concepción sea transferible sin más al Derecho Penal. Esta noción restrictiva de elector es concebible en la medida que durante el proceso electoral los principales intervinientes son las pertinentes entidades del Estado –Organismo Nacional de Procesos Electorales, Jurado Nacional de Elecciones y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – y los candidatos, por lo que la Ley Orgánica de Elecciones regula su participación durante el proceso electoral; empero, el elector únicamente participa durante el escrutinio por lo que la Ley Orgánica de Elecciones lo concibe en dicho ámbito.

Trigésimo segundo.- El concepto de elector, desde una perspectiva social, está vinculado al concepto de ciudadano. La adquisición de la mayoría de edad conlleva consigo Deberes y Derechos, entre ellos está la adquisición de la ciudadanía, esta última no solo puede ser adquirida con el nacimiento en un ámbito territorial sino también puede ser solicitada y otorgada por el Estado. Por ello, desde una perspectiva constitucional toda persona no es un ciudadano, pero el adquirir la categoría de ciudadano conlleva consigo el Derecho al voto. Así también, el hecho de ser ciudadano no habilita a desempeñar este derecho indistintamente, sino que este solo puede ser desempeñado en un ámbito territorial específico. En ese sentido el concepto de elector se encuentra vinculado al concepto de ciudadano antes que al concepto de sufragio. Empero el concepto de elector contenido en el tipo penal nos permite ubicar su interpretación en el marco del proceso electoral, lo cual es una primera delimitación del momento en que es factible vulnerar o poner en peligro el bien jurídico del tipo penal.

Bien jurídico y derecho electoral sancionatorio

Trigésimo tercero.- Delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: *"Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral"*.

Trigésimo cuarto.- Si bien ambas normas guardan similitud, el ámbito de protección es distinto. La sanción administrativa se encuentra en la Ley de organizaciones políticas, específicamente como parte del Título VI, respecto del Financiamiento de Partidos Políticos. En ese sentido, dicha norma administrativa se encuentra orientada a regular la interacción de los partidos políticos en el marco de un proceso electoral con el objetivo de que, indistintamente de la capacidad económica que independientemente ostente cada partido, esta no se tradujera en una competencia no igualitaria en razón de la capacidad de gasto que tiene, lo cual a su vez distorsionaría los objetivos democráticos del proceso electoral. Puntualmente, dicha norma administrativa tiene la finalidad de salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad. Situación distinta es el caso del tipo penal de inducción al voto. Si bien se tutela el Derecho al sufragio, esta protección significa

que se desea salvaguardar la capacidad del elector de determinar libremente su voto. Mientras que la sanción administrativa está orientada a proteger el proceso electoral –específicamente la igualdad de condiciones en la justa electoral– el tipo penal está orientado a proteger el derecho del elector. Ergo, si bien ambas vertientes forman, en sentido amplio, parte del derecho al sufragio, son, en sentido estricto, bienes jurídicos particularmente diferentes.

Grado de afectación del bien jurídico

Trigésimo quinto.- El delito de inducción al voto es un delito de peligro. Bastaría para su configuración el peligro de que se limite el derecho al sufragio de las personas sobre las que se ejerce la conducta inductora o que solo suponga una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción⁴. Ahora bien, corresponde determinar si se trataría de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, mientras que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce la afectación, la conducta sea irrelevante desde el punto de vista penal.

En el tipo penal, motivo de análisis, considerando que el bien jurídico tutelado es de carácter general, cualquier nivel de interacción podría, de modo abstracto, afectarlo, lo cual en virtud del principio de lesividad no es admisible. En ese sentido, se requiere que la conducta desempeñada por el autor no solo ponga en peligro el bien jurídico sino que, en el caso individual, la propuesta de ventaja, dádiva o promesa tenga la entidad suficiente de modo que sea idónea para inducir la determinación del voto en un sentido estipulado.

VII. Análisis del caso concreto

Trigésimo sexto.- El presente caso tiene relación con dos medios de defensa del imputado. Sobre el delito de falsedad genérica se ha solicitado el sobreseimiento de la acusación fiscal y sobre el delito de inducción al voto se ha interpuesto una excepción de improcedencia de acción.

Trigésimo séptimo.- Respecto del sobreseimiento del delito de falsedad genérica, en su recurso de casación el recurrente cuestiona la existencia de suficiencia probatoria, y asevera que: i) Únicamente existen meras suposiciones; y ii) Contra cualquier medio probatorio propuesto persistirá como contraindicio la conformidad administrativa formulada por los órganos estatales destinados al control del proceso democrático partidario.

De la revisión de la acusación fiscal se advierte que se encuentran debidamente precisados los elementos de convicción que, a criterio del representante del Ministerio Público, la sustentan – copia del video de la reunión realizada el dieciocho de marzo del dos mil diez, las documentales denominadas "actas de escrutinio" y documentales relacionadas al proceso electoral –; los elementos de convicción aportados reúnen también las dos características necesarias (suficiencia aparente y motivación), que habilitaría a la acusación para que sea sustentada en juicio. Cuestión distinta y que no corresponde evaluar es si dichos elementos podrán convertirse en actos de prueba; cuestión que se dilucidará en la etapa correspondiente.

Trigésimo octavo.- El recurrente en la sustentación de su recurso de casación cuestiona también el criterio de la Sala Superior, argumentando que contra cualquier

⁴ Roxin, Claus. Derecho Penal- Parte General, Tomo I; Civitas; Madrid, 1997; p. 336.

elemento de convicción planteado por el requerimiento acusatorio persistiría, como un contraindicio, la conformidad administrativa formulada por los órganos estatales destinados al control del proceso democrático partidario. Su alegación no es admisible pues lo contrario conllevaría a que el Juez de Investigación Preparatoria tuviera que realizar un análisis respecto de los indicios que pudieran extraerse de los medios probatorios; a su vez establecer indicios que se opusieran a ellos para, finalmente, otorgar un valor probatorio preponderante a alguno de los conjuntos de indicios, sean convergentes o divergentes; posible situación que, en definitiva, se constituiría en un proceso de valoración probatoria durante la etapa intermedia del proceso penal que, a la luz de lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, se constituye en una vulneración del principio acusatorio y una extralimitación de las funciones de control de un Juez de Investigación Preparatoria.

Trigésimo noveno.- Este criterio también forma parte del análisis de la Sala Superior, la que en el fundamento jurídico veinticuatro de la resolución recurrida precisa que asumir los argumentos de la defensa legal del recurrente, implicaría evitar que los elementos objetivos propuestos en el requerimiento acusatorio sean sometidos al contradictorio, por lo que se realizaría un análisis sesgado, que no es propio de la etapa intermedia, concluyendo que no se encuentran ante la certeza absoluta de que no obren indicios racionales de delictuosidad del hecho imputado.

Más aún cuando de la revisión de los cuestionamientos realizados por la defensa legal del recurrente no se advierte que discuta la postulación o admisión de medios de prueba, tampoco discute su pertinencia, conducencia o utilidad. Así como no extiende argumento alguno en torno a una situación de evidente insuficiencia de elementos de convicción y tampoco se advierte ello de la revisión del requerimiento acusatorio.

Cuadragésimo.- Respecto del delito de inducción al voto, el recurrente propone, para fundamentar la excepción de improcedencia de acción, que los hechos que se imputan no son subsumibles en el tipo penal, pues según sostiene: i) De los hechos propuestos como fundamento fáctico se advierte que ninguno de ellos se suscitó el día de las elecciones por lo que no son susceptibles de poner en peligro el bien jurídico; y, ii) Al imputado no se le atribuye una conducta inductiva, sino más bien se refiere a la determinación a través de directivas.

Cuadragésimo primero.- La excepción de improcedencia de acción como medio de defensa técnico se encuentra regulado en el artículo 6, numeral 1, inciso b), del Código Procesal Penal, y es admisible en dos supuestos: i) cuando el hecho no constituye delito; y, ii) cuando el hecho no es justificable penalmente. Los cuestionamientos realizados por el recurrente se consignan dentro del primer supuesto pues a su criterio los hechos imputados no son subsumibles en el tipo penal imputado. Por ello, la procedencia de la excepción de improcedencia de acción se restringe a determinar si los hechos imputados, desde una perspectiva únicamente formal, pueden ser, objetivamente, subsumidos en el tipo penal que se imputa. Por tanto, en este medio de defensa queda fuera de su ámbito de cuestionamiento determinar si existe o no medios probatorios que sustenten los hechos imputados, pues esta circunstancia será verificada exclusivamente por el Juez de juicio, y forma parte del juicio de responsabilidad.

Cuadragésimo segundo.- Conforme el desarrollo interpretativo realizado respecto del tipo penal de inducción al voto, se ha delimitado que el bien jurídico de este delito puede verse afectado desde el momento de la inscripción de candidatos hasta el momento del sufragio. Al considerar los hechos que se imputan al recurrente – conforme se precisó en el fundamento jurídico décimo de la presente sentencia– si bien la determinación inicial se dio el dieciocho de marzo del dos mil diez –es decir, antes de la inscripción de candidatos– también de acuerdo a la imputación abstracta del Ministerio Público, se precisa que se ejecutó hasta un día antes del sufragio, por lo que la conducta imputada estaría dentro del ámbito temporal del tipo penal. Así mismo, se estableció que la conducta típica de “inducción” debe ser comprendida como verbo

rector y no como una categoría de participación delictiva –como pretende el recurrente– por lo que es susceptible de producirse directa o indirectamente. En ese sentido, la imputación fáctica propuesta por el Ministerio Público se adecúa, *in abstracto*, dentro del tipo penal en mención.

Cuadragésimo tercero.- Cabe precisar que la casación citada⁵ en el considerando vigésimo cuarto de la presente Ejecutoria interpuesta por el Fiscal Adjunto Superior de Huánuco, fue declarado Infundado considerando los siguientes hechos en su fundamento jurídico quinto:

“En el caso de autos, lo que el acusado Guile Alipazaga, expreso en unas declaraciones públicas en los marcos de una reunión proselitista y en el curso de un proceso electoral en giro, vulnerando, eso sí, la neutralidad electoral a que están obligados los funcionarios públicos por elección o por nombramiento importo un apoyo explícito a un candidato a congresista resaltando que si se vota por él las obras seguirían. No se trata de una promesa concreta a un elector o grupo de electores determinados sino de un ofrecimiento vago o genérico de las supuestas bondades y mejoras que importaría el voto favorable a un candidato, expuesto en una conferencia de prensa realizada en ese acto político y en presencia del candidato en cuestión. No se indica que obras se realizarían y a que sectores se beneficiarían. La conducta del imputado es desde luego censurable desde el Derecho electoral pero no es típica, El Derecho penal no puede intervenir en este caso.”

Como se aprecia, difiere sustancialmente con la imputación que el Ministerio Público hace en el presente proceso.

VIII. De las costas

Cuadragésimo cuarto.- El apartado dos del artículo 504 del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme lo preceptuado por el apartado 2 del artículo 497 del Código acotado, y no existen motivos para su exoneración.

DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

I. **INFUNDADO** el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa técnica del acusado César Acuña Peralta sobre errónea interpretación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación respecto de la naturaleza jurídica de los elementos de convicción y su suficiencia en la acusación fiscal; y, el análisis típico del delito de inducción al voto; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista número veintiséis del veinte de abril del dos mil dieciséis –fojas cuatrocientos treinta y ocho– que: i) Revocó la resolución N° 17, de fecha diecisiete de setiembre del año dos mil quince, en el extremo que declara fundado el sobreseimiento planteado por la defensa del acusado César Acuña Peralta, en relación al delito de Falsedad Genérica, en agravio del Jurado Nacional de Elecciones, reformándolo declararon infundado el sobreseimiento y dispusieron la continuación del proceso según el estado en que se encuentre; ii) Confirmaron la referida resolución en el extremo que declara improcedente el *Ne Bis In Idem*, Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción, Infundado el Sobreseimiento en relación al delito de Inducción al Voto, seguido contra los acusados César Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero en agravio del Jurado Nacional de Elecciones.

II. **IMPUSIERON** el pago de las costas por la tramitación del recurso de casación interpuesto por el

⁵ Ejecutoria Suprema Casación N° 348-2015-Huánuco-Sala Penal Transitoria. Fundamento Jurídico Cuarto, apartado b).

acusado César Acuña Peralta, las que serán exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el artículo 506 del Código Procesal Penal.

III. **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial el fundamento jurídico de la presente sentencia casatoria, del décimo quinto al trigésimo quinto fundamento relacionados con naturaleza jurídica de los elementos de convicción y su suficiencia en la acusación fiscal; y, el análisis típico del delito de inducción al voto.

IV. **DISPUSIERON** que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el Diario Oficial “El Peruano”, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

V. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, se continúe conforme la etapa procesal correspondiente, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Hágase saber. Interviene la Señora Jueza Suprema Chávez Mella por periodo vacacional del Señor Juez Supremo Villa Stein.

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CHÁVEZ MELLA

J-1511388-1

OFICINA DE NORMALIZACION
PREVISIONAL

Tribunal Administrativo Previsional

RESOLUCIÓN N° 0000000987-2017-ONP/TAP

EXPEDIENTE : 01800004216
PROCEDENCIA : ICA
ADMINISTRADO : HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA
BENEFICIARIA : MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO
APELACIÓN : DECRETO LEY N° 20530
ASUNTO : PENSIÓN DE VIUDEZ CON DECLARACION DE UNIÓN DE HECHO

SUMILLA : “Se declara fundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 0000001007-2016-ONP/DPR.GD/DL 20530, de fecha 30 de marzo de 2016, otorgando la pensión de viudez a partir del 15 de setiembre 2011, al haberse acreditado el vínculo de conviviente con la declaración judicial de unión de hecho”. Asimismo, se aprueba un precedente administrativo de observancia obligatoria de conformidad con el numeral 1 del artículo VI del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el artículo 8° del Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional aprobado por Decreto Supremo N° 385-2015-EF y el literal f) del artículo 20b del Reglamento de Organización y Funciones del Tribunal Administrativo Previsional aprobado por Decreto

Supremo N° 258-2014-EF, mediante el cual se establece que los artículos 28° y 33° del Decreto Ley N° 20530 debe interpretarse en los siguientes términos: “Tiene derecho a pensión de viudez, en los términos de los artículos 28° y 33° del Decreto Ley N° 20530, el integrante sobreviviente de la unión de hecho que demuestre el vínculo de conviviente con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial, debidamente inscrita en el registro personal”.

Lima, 10 de abril de 2017

I. ANTECEDENTES

El 2 de febrero de 1996, mediante Resolución Directoral N° 021-96-HADI/OPER expedida por el Hospital de Apoyo Departamental de Ica, se cesó a don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA, como Técnico Especialista en Laboratorio, Nivel V, otorgándole la pensión de cesantía por los 28 años y 9 meses de servicios prestados al Estado a partir del 1 de febrero de 1996.

Según copia certificada del acta de defunción, a folios 3, don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA falleció el 15 de setiembre de 2011.

Mediante solicitud presentada al Hospital Regional de Ica con fecha 18 de marzo de 2016, doña **MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO** solicitó la pensión de viudez, para lo cual presentó los siguientes documentos: declaración jurada, acta de defunción de don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA, partida de nacimiento, copia de sentencia sobre declaración de unión de hecho, copia certificada de la resolución de pensión de cesantía que percibía el causante, y copia de la resolución de pensión de cesantía que percibe por derecho propio. Dicha documentación fue remitida por el Hospital Regional de Ica a la Oficina de Normalización Previsional el 23 de marzo de 2016.

La Oficina de Normalización Previsional, mediante Resolución N° 0000001007-2016-ONP/DPR.GD/DL 20530, del 30 de marzo de 2016, denegó la pensión de sobreviviente-viudez a la administrada, por no haber contraído matrimonio civil con el causante.

Con fecha 15 de junio de 2016, la administrada interpuso recurso de apelación, alegando que mediante sentencia judicial se declaró la unión de hecho con quien en vida fuera don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA, por los 11 años que mantuvo una relación convivencial, por lo que dicho mandato sustituye a la partida de matrimonio, requiriendo se le otorgue la pensión de viudez. Dicha documentación fue remitida por el Hospital Regional de Ica a la Oficina de Normalización Previsional el 7 de julio de 2016.

II. ASPECTOS CENTRALES DE LA MATERIA DE IMPUGNACIÓN

Mediante escrito presentado el 15 de junio de 2016, doña **MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO** interpuso el recurso de apelación contra la Resolución N° 0000001007-2016-ONP/DPR.GD/DL 20530, de fecha 30 de marzo de 2016, alegando que:

a) Corresponde que se le otorgue una pensión de viudez al haberse reconocido la unión de hecho con don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA mediante Resolución N° 33 de fecha 4 de diciembre de 2014, emitida por el Tercer Juzgado Especializado de Familia de Ica y la Resolución N° 40 de fecha 27 de mayo de 2015, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que aprobó la sentencia de primera instancia.

b) No sería necesaria la presentación del acta de matrimonio, en vista que cuenta con una sentencia judicial.

III. COMPETENCIA

Mediante el Decreto Ley N° 25967 modificado por la Ley N° 26323, se crea la Oficina de Normalización Previsional, reestructurada integralmente a través de la Ley N° 28532, reglamentada a través del Decreto Supremo N° 118-2006-EF, siendo definida como un Organismo Público Técnico Especializado del Sector de Economía y Finanzas, que tiene a su cargo la administración del Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, así como del Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales del Decreto Ley N° 18846, la Ley que regula el Régimen Especial de Seguridad Social para los Trabajadores y Pensionistas Pesqueros Ley N° 30003; y otros regímenes previsionales a cargo del Estado, que le sean encargados conforme a Ley.

De acuerdo a la Octogésima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30114, se crea el Tribunal Administrativo Previsional en la estructura administrativa de la Oficina de Normalización Previsional, y mediante el Decreto Supremo N° 258-2014-EF, se dispone la modificación del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Oficina de Normalización Previsional aprobado mediante Resolución Ministerial N° 174-2013-EF/10, incorporándose en el Capítulo III-A del Título II, los artículos 20a, 20b, 20c, 20d y 20e que define las competencias y funciones del Tribunal Administrativo Previsional.

Según lo establecido por el Decreto Supremo N° 385-2015-EF, se aprueba el Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional como órgano resolutorio de funcionamiento permanente con competencia de alcance nacional, encargado de resolver en última instancia administrativa las controversias que versen sobre los derechos y obligaciones previsionales a cargo del Estado de los Decretos Ley N° 18846, N° 19990, N° 20530 y la Ley N° 30003, así como otros regímenes previsionales a cargo del Estado que sean administrados por la Oficina de Normalización Previsional.

De conformidad a lo establecido por el artículo 9° del Decreto Supremo N° 385-2015-EF, se establece que mediante el recurso de apelación se impugnan los actos administrativos de la entidad que resolvió sobre derechos y obligaciones previsionales, y que hayan puesto fin a la primera instancia administrativa, siempre que se sustente en diferente interpretación de las pruebas o se trate de cuestiones de puro derecho.

IV. DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

El artículo 218° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹ señala que: *“El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico”*.

En el mismo sentido, el artículo 9° del Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional, aprobado con Decreto Supremo N° 385-2015-EF indica que: *“Mediante el recurso de apelación se impugnan los actos administrativos de la Entidad que resolvió sobre derechos y obligaciones previsionales, y que hayan puesto fin a la primera instancia administrativa; siempre que se sustente en diferente interpretación de las pruebas o se trate de cuestiones de puro derecho”*.

Al respecto, el recurso interpuesto por doña **MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO** cumple con los requisitos establecidos por ley², por lo que, el acto emitido por la primera instancia será revisado por esta instancia superior, la cual evaluará las pruebas actuadas o la interpretación jurídica del derecho previsional materia de impugnación.

V. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL DERECHO A LA PENSIÓN

Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas a resolver, este Tribunal considera importante resaltar que la noción sobre seguridad social, abarca el conjunto de normas jurídicas rectoras de las actividades realizadas en la sociedad, en función del otorgamiento de las prestaciones de seguridad social.

La Constitución Política del Perú, el artículo 10°, ampara este derecho en los términos siguientes: “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 la calidad de vida”.

Para los efectos previsionales la pensión es un pago mensual y vitalicio de una suma de dinero al beneficiario siempre que reúna con los requisitos para recibirla, es decir, se paga luego del cese de su vida laboral, a condición de reunir el número de años bajo este régimen necesario para alcanzar el derecho³.

Según el artículo 11° de la Norma Fundamental⁴, el Estado garantiza el libre acceso a la pensión, asimismo, el principio de integralidad de la seguridad social establece que las prestaciones en dinero o en especie deberían cubrir la totalidad de los infortunios humanos de manera suficiente, oportuna y completa, para ser consideradas eficaces.

El derecho previsional público otorga una prestación económica a través del pago de una pensión de manera mensual, que es otorgada a los administrados o sus beneficiarios luego de cumplir con los requisitos establecidos por ley. Pudiendo ser de derecho propio (jubilación, cesantía e invalidez) y derivado (viudez, orfandad y ascendientes).

Mediante sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1417-2005-PA/TC, sobre la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el fundamento jurídico 36 señala: “El análisis sistemático de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la pensión (artículo 11°) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad”.

¹ Perú. Decreto Supremo N° 006-2017-JUS: 17-03-2017: Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 20 de marzo de 2017, vigente a partir del 21 de marzo de 2017.

² Perú. Decreto Supremo n. 385-2015-EF : 23-12-2015: Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 23 de diciembre de 2015.

“Artículo 10.- Requisitos de admisibilidad del recurso de apelación
El recurso de apelación debe ser dirigido al Tribunal Administrativo Previsional, y deberá cumplir con los siguientes requisitos:

(...)

2. Identificación del impugnante, sea el titular del derecho y/o beneficiario, debiendo consignar su nombre y apellidos completos, domicilio y número de documento nacional de identidad o carné de extranjería. En caso de actuación mediante representante, se acompañará el poder respectivo;

3. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se solicita;

4. Las pruebas instrumentales que el impugnante estime pertinentes, enumeradas correlativamente;

5. La firma del impugnante sea titular y/o beneficiario; o del apoderado. No se requiere que el recurso esté autorizado por abogado;

6. Copia simple del escrito y sus recaudos, salvo que el acto impugnado haya sido emitido por la Oficina de Normalización Previsional”.

³ Cfr. Rendón Vasquez, Jorge. Derecho de la Seguridad Social. 4ta ed. Lima: 2008. pp. 426.

⁴ Perú. Constitución: 29-12-1993 : Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, vigente a partir del 31 de diciembre de 1993. Artículo 11°.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. (...)

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 37 de la citada sentencia, desarrollo criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia pensionaria, los que han sido declarados como precedentes vinculantes, señalando los siguientes:

“a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. (...)”.

b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. (...)”.

El Decreto Ley N° 20530 fue expedido con el objeto, de un lado, de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío –Ley de Goces-, y, de otro, de asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y de cautelar el patrimonio fiscal. Este régimen pensionario reconoce a los trabajadores del Estado el derecho a percibir una pensión en función a los años de servicios, sin exigir edad mínima. Se puede gozar del derecho al alcanzar al menos quince (15) años en el caso de hombres o doce y medio (12 ½) para las mujeres, de servicios reales y remunerados.

VI. CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La cuestión controvertida a resolver en el presente caso es la siguiente:

Determinar si a la administrada le corresponde percibir pensión de viudez, de conformidad con el Decreto Ley N° 20530, al haberse acreditado el vínculo de conviviente con la declaración de unión de hecho.

VII. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Cuestiones preliminares

La primera instancia considera que la administrada no puede acceder a la pensión de sobreviviente-viudez, por no haber contraído matrimonio civil con el causante, coligiéndose de su decisión que el vínculo conyugal solo puede demostrarse mediante el acta o partida de matrimonio, tomando como sustento jurídico el artículo 28° del Decreto Ley N° 20530.

Teniendo en cuenta el pronunciamiento de primera instancia y lo alegado por la administrada en su recurso de apelación, este Colegiado evaluará la cuestión controvertida, vale decir si procede otorgar la pensión de viudez con la declaración de unión de hecho, en base a los lineamientos jurídicos del derecho administrativo y sus fuentes, que incluye naturalmente la Constitución Política del Perú.

Previamente, conviene señalar que este Tribunal Administrativo Previsional en la Resolución N° 1095-2016-ONP/TAP⁵, ha evaluado los requisitos esenciales para acceder a la pensión de viudez en el Sistema Nacional de Pensiones, sosteniendo que la exégesis del artículo 53° del Decreto Ley N° 19990 se debe dar a la luz de los valores, principios materiales de la Constitución Política del Perú y los pronunciamientos del Supremo Interpretador de la Constitución. En atención a ello, se adoptó como precedente administrativo de observancia obligatoria la regla que permite al integrante sobreviviente de la unión de hecho acceder a la pensión de viudez siempre que demuestre el vínculo de conviviente con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial, debidamente inscrita en el registro personal.

A partir de lo indicado, una aproximación inicial al tema podría suponer la aplicación del precedente administrativo arriba mencionado a las controversias derivadas del

Decreto Ley N° 20530; sin embargo, este Tribunal considera pertinente verificar si la regla establecida para el acceso a la pensión de viudez en el Sistema Nacional de Pensiones puede ser utilizada para resolver el mismo debate en el régimen previsional del Estado del Decreto Ley N° 20530, ello en atención a las características y particularidades que éste posee respecto a la regulación prevista en el Decreto Ley N° 19990.

Así, se tiene que considerar que el Decreto Ley N° 20530 ha sido concebido como un régimen pensionario único y exclusivo para los trabajadores del Estado. Con la dación de la Ley N° 28389 que realizó la reforma constitucional a diversos artículos de la Constitución Política del Perú y con la entrada en vigencia de Ley N° 28449, se establecieron nuevas reglas del régimen de pensiones en comento para acceder a una pensión “cerrando el régimen no admitiendo nuevas incorporaciones ni reincorporaciones”.

Por tal motivo, este Tribunal considera que es fundamental realizar un análisis de la normativa que ha regulado el acceso a la pensión de viudez en el Decreto Ley N° 20530, a fin de dilucidar si a partir del tratamiento legal es factible otorgar la pensión de viudez con la declaración de unión de hecho.

En cuanto a los alcances del Decreto Ley N° 20530

El acceso del derecho pensionario para los trabajadores de la administración pública tiene su origen en normas como la Real Cédula de 1803, la Ley General de Goces de 1850 y el Montepío (Decreto Supremo del 4 de noviembre de 1851). Por otro lado, el Decreto Supremo del 11 de julio de 1962 unificó los regímenes de pensiones del sector público y privado –cerrándose el régimen de la Ley de Goces de 1850-, dejándola vigente sólo para servidores nombrados hasta el 11 de julio de 1962. Los trabajadores que ingresaron a la administración pública luego de esa fecha pasarían a cotizar a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado y desde el año 1973 al Sistema Nacional de Pensiones creado por el Decreto Ley N° 19990.

En el año 1974, con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 20530⁶ como un régimen pensionario exclusivo para los trabajadores de la administración pública, se buscó ordenar el mismo y restringir el acceso de nuevos trabajadores.

Es pertinente mencionar que el régimen previsional no se cerró definitivamente esto debido a una serie de normas que se expidieron con posterioridad, y permitieron que se amplíe el acceso a un mayor número de personas y a la vez incorporó a diversas dependencias estatales, es decir después de las normas iniciales que contuvo el régimen se han efectuado cambios en el transcurso del tiempo que permitieron la incorporación de los trabajadores de la Fuerza Aérea del Perú, Banco de la Nación, Petroperú, Ministerio Público, entre otras entidades, que se encontraban bajo el ámbito laboral de la actividad privada como en otros regímenes.

Cabe mencionar, que los efectos jurídicos de las normas posteriores a la creación del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 –algunas se encuentran derogadas- se enfocaron a la **incorporación al régimen** realizando modificaciones en el cómputo de años de servicios, manteniéndose las prestaciones que brinda por derecho propio como cesantía e invalidez y por derecho derivado como viudez, orfandad y ascendiente.

En ese sentido, se puede decir que la evolución del régimen ha tenido como base primordial el acceso al régimen materializado en la incorporación, secundado por los requisitos para el goce de la pensión y el monto

⁵ Perú. Tribunal Administrativo Previsional. Resolución n° 1095-2016-ONP/TAP. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 8 de noviembre de 2016.

⁶ Perú. Decreto Ley n. 20530: 26-02-1974 : Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 27 de febrero de 1974, vigente a partir del 28 de febrero de 1974.

de la prestación, no habiéndose efectuado la revisión de los requisitos esenciales para acceder a una pensión de viudez, no obstante, con la dación de la Ley N° 28449⁷, publicada el 30 de diciembre de 2014, se incluye el instituto jurídico de la unión de hecho para extinguir el derecho de la pensión de viudez.

La evolución normativa a la cual se ha hecho mención se puede apreciar en el cuadro que se detalla a continuación, a partir del cual se advierte con claridad la forma en que se propuso la incorporación de los trabajadores del Estado al régimen del Decreto Ley N° 20530.

FALTA CUADRO NO ESTA

El acceso a la seguridad social en el Perú para los miembros de una unión de hecho con el Decreto Ley N° 20530

El "Régimen de pensiones y compensaciones por servicios civiles prestados al estado no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990" es el nombre del Decreto Ley N° 20530, el cual se promulgó estando vigente la Constitución Política del Perú de 1933⁸.

La Constitución Política del Perú de 1979⁹ recoge a nivel constitucional el instituto jurídico de la unión de hecho; el Sistema Privado de Pensiones contempla la figura de la pensión de convivencia para el otorgamiento del derecho derivado, también, el derecho sustantivo contenido en el Código Civil desde el año 1984¹⁰ establece la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, ampliada luego con la Ley N° 30007.

Cabe señalar que, este Órgano Colegiado en la Resolución N° 1095-2016-ONP/TAP, ha señalado que las normas posteriores a la Constitución Política del Perú del año 1979, tales como el Decreto Ley N° 25897¹¹, Ley N° 26790¹², Ley N° 30003¹³ y Ley N° 29451¹⁴, han recogido el instituto de la unión de hecho.

Los lineamientos normativos contenidos en los regímenes previsionales que se crearon con posterioridad a la Norma Fundamental incluyeron la figura jurídica de la unión de hecho dentro de sus disposiciones para otorgar la prestación de viudez. Teniendo en cuenta ello es posible afirmar que existe un tratamiento desigual al conviviente del régimen del Decreto Ley N° 20530, toda vez que según la evolución constitucional en *latu sensu* tendría que haberse considerado como beneficiario de la prestación de derecho derivado al conviviente que demuestre el vínculo conyugal con la declaración de unión de hecho, tal como se puede apreciar en el cuadro que se detalla a continuación:

FALTA CUADRO

La Ley N° 28389¹⁵, estableció cambios sustanciales relacionados al acceso a la pensión, como la modificación del artículo 11° de la Constitución Política del Perú para permitir la administración unitaria de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, la modificación del artículo 103° para establecer expresamente que el principio jurídico aplicable para analizar la retroactividad de las leyes es la de los hechos cumplidos y la sustitución de la Primera Disposición Final para modificar el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530. Asimismo, la Ley N° 28449¹⁶ estableció las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Es pertinente señalar, que en el año 2004 se interpuso una demanda de inconstitucionalidad de las normas precitadas, siendo que mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), publicada el 12 de junio de 2005, se declararon infundadas las demandas acumuladas en el extremo que cuestionaron la constitucionalidad de la Ley N° 28389 y fundadas en parte en cuanto impugnaron la constitucionalidad contra la Ley N° 28449.

De lo dilucidado, la reforma constitucional cerró definitivamente el régimen del Decreto Ley N° 20530 e introdujo de manera inmediata diversas modificaciones como la eliminación de la nivelación entre remuneraciones y pensiones, aplicación de criterios para establecer

pensiones máximas, nuevas normas sobre pensiones de sobrevivientes, entre otras, así como racionalizar el gasto público del régimen pensionario. Bajo dicho contexto, dado su propio planteamiento, la reforma, que incluyó lo establecido por la Ley N° 28449, no realizó un análisis de los requisitos esenciales para el acceso a la pensión de viudez.

Por tal motivo, este Tribunal considera viable ingresar a evaluar en sede administrativa el acceso a una pensión de viudez del régimen del Decreto Ley N° 20530 con la declaración de unión de hecho.

En cuanto a la pensión de viudez en el Decreto Ley N° 20530 y las fuentes del procedimiento administrativo

Este Órgano Colegiado considera necesario a efectos de resolver las controversias tener como base fundamental los lineamientos jurídicos que se contemplan en el procedimiento administrativo. Ahora bien, dentro de las fuentes se recoge lo expresamente señalado en el numeral 2.10 del artículo V del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁷, así como, los principios generales del derecho administrativo, como son, entre otros, el principio de legalidad y el principio de razonabilidad regulados expresamente en los numerales 1.1 y 1.4 del artículo IV¹⁸ del Título Preliminar de la citada ley.

⁷ Perú. Ley n. 28449 : 23-12-2004: Ley que establece las nuevas reglas del Régimen de Pensiones del Decreto Ley n. 20530. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 30 de diciembre de 2004, vigente a partir del 31 de diciembre de 2004.

"Artículo 55°.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

a) Haber contraído matrimonio o haber establecido uniones de hecho los titulares de pensión de viudez y orfandad;

(...)"

⁸ Perú. Constitución: 29-03-1933: Constitución Política del Perú. vigente a partir del 9 de abril de 1933.

⁹ Perú. Constitución: 12-7-1979: Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, publicada el 13 de julio de 1979, vigente a partir del 28 de julio de 1980.

¹⁰ Perú. Decreto Legislativo n. 295: 24-07-1984 : Código Civil. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 25 de julio de 1984, vigente a partir del 14 de noviembre de 1984.

¹¹ Perú, Decreto Ley n. 25897 : 28-11-1992: Crean el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones AFP. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 6 de diciembre de 1992, vigente a partir del 7 de diciembre de 1992.

¹² Perú, Ley n. 26790: 15-05-1997 : Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 17 de mayo de 1997, vigente a partir del 18 de mayo de 1997.

¹³ Perú. Ley n. 30003 : 21-03-2013: Ley que regula el Régimen Especial de Seguridad Social para los Trabajadores y Pensionistas Pesqueros. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 22 de marzo de 2013, vigente a partir del 23 de marzo de 2013.

¹⁴ Perú. Ley n. 29451 : 19-11-2009: Ley que modifica el Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones de la seguridad social, y establece el régimen especial de jubilación para la sociedad conyugal y las uniones de hecho. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 20 de noviembre de 2009, vigente a partir del 21 de noviembre de 2009.

¹⁵ Perú. Ley n. 28389 : 16-11-2004: Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 17 de noviembre de 2004, vigente a partir del 18 de noviembre de 2004.

¹⁶ Perú. Ley n. 28449 : 23-12-2004: Ley que establece las nuevas reglas del Régimen de Pensiones del Decreto Ley n. 20530. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 30 de diciembre de 2004, vigente a partir del 31 de diciembre de 2004.

¹⁷ Perú. Decreto Supremo n. 006-2017-JUS: 17-03-2017: Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 20 de marzo de 2017, vigente a partir del 21 de marzo de 2017.

¹⁸ Perú. Decreto Supremo n. 006-2017-JUS: 17-03-2017: Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 20 de marzo de 2017, vigente a partir del 21 de marzo de 2017.

Dentro del derecho administrativo se considera como pilar fundamental el principio de legalidad, la cual señala que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”; asimismo, el principio de razonabilidad señala que “Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”¹⁹. (Subrayado agregado).

Asimismo, el numeral 2° del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dentro de los principios del procedimiento administrativo declara que: “Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo”.

Dentro de las fuentes que se recogen en el procedimiento administrativo para resolver conforme a ley, se presentan dos tipos: fuentes directas y fuentes indirectas. Las fuentes directas o inmediatas son la Constitución, las leyes institucionales y la costumbre. Son fuentes indirectas o mediatas la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado. Asimismo, la fuente constitucional está integrada en principio por la propia Constitución, seguido de la interpretación constitucional que realiza el Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete, que puede estar contenida, en primera línea, en el precedente vinculante o en la jurisprudencia²⁰.

Como se ha señalado el Tribunal Constitucional en su rol de intérprete de la Constitución Política del Perú enmarca su actividad dentro del respeto a los principios, valores y disposiciones constitucionales, lo que le concede legitimación como última instancia en la interpretación de la Constitución. De este modo sus decisiones son acordes con la primera fuente del derecho, es decir por mandato de la propia Constitución Política del Perú.

En ese orden de ideas, debe señalarse que el Supremo Intérprete se ha pronunciado sobre la pensión de viudez realizando un análisis en los fundamentos jurídicos 30, 31 y 35 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC²¹, indicando que:

“30. De esta manera, al haberse consagrado la protección de la familia como mandato constitucional, y siendo que la unión de hecho es un tipo de estructura familiar, queda por precisar las concretizaciones de esta protección y si es que en el presente caso, la norma que regula el reconocimiento de la pensión de viudez se adecua a la Carta Fundamental.

31. La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificada sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción -o al menos haciéndola más difícil- en el mercado laboral.

35. (...) a una misma situación se le da trato diferenciado, o puesto de otra forma, se hace una diferenciación entre iguales. La situación para este caso concreto es equivalente; la contingencia que implica la muerte del conviviente. Claramente, se está ante una vulneración del derecho-principio de igualdad. Esta diferenciación normativa no descansa sobre argumento objetivo y razonable que pueda justificar la diferencia de trato. La calidad y naturaleza, así como los mecanismos del SPP (forma y determinación de los aportes y del monto

pensionario), en nada justifican que este reconocimiento sea legítimo y a nivel del SNP no lo sea”. (Subrayado agregado)

Por su parte, la Ley N° 28449, “Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530” en el artículo 2° sobre el ámbito y alcances de su aplicación, señala: “El régimen del Decreto Ley N° 20530 es un régimen cerrado que no admite nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Sólo se consideran incorporados al Régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530:

“1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.

2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.

3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.

4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N° 20530”. (Subrayado agregado).

De lo señalado queda claro, en primer lugar, que la Constitución Política del Perú prevalece sobre toda norma legal y que la facultad de interpretación recae exclusivamente en el Tribunal Constitucional. Y en segundo orden, debe indicarse que el máximo intérprete ha considerado que ante una misma situación no debe haber un trato diferenciado que limite el acceso de pensión, y además que resulta insostenible argumentar que existiendo situaciones jurídicas similares no exista un trato igualitario cuando se examine el derecho a la pensión de viudez.

Si bien se ha indicado que la reforma constitucional del régimen del Decreto Ley N° 20530, cerró definitivamente el régimen no admitiendo nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, los principios establecidos en la Ley N° 28449 permiten el acceso de los **sobrevivientes de los pensionistas de cesantía e invalidez y de los sobrevivientes de los titulares que generaron el derecho a la pensión**, es decir el derecho a gozar de las pensiones sobrevivientes que se generen dentro de las que se encuentra la pensión de viudez.

Así, es factible establecer el derecho de los sobrevivientes al goce a la pensión de viudez, orfandad o ascendiente, que deriven del derecho del pensionista de cesantía e invalidez, es decir la misma reforma constitucional al Decreto Ley N° 20530 brinda protección a los sobrevivientes a gozar de una pensión de viudez. En tal sentido, no puede entenderse que el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes constituya una nueva incorporación al régimen pensionario sino el acceso, previo cumplimiento de los requisitos, a un derecho reconocido legalmente.

¹⁹ Perú. Decreto Supremo n. 006-2017-JUS: 17-03-2017: Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 20 de marzo de 2017, vigente a partir del 21 de marzo de 2017.

²⁰ Cfr. Pérez Casaverde, Efraín. Manual de Derecho Constitucional. 1ra ed. Lima: 2013. pp. 149.

²¹ Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 06572-2006-PA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2007, publicada el 14 de marzo de 2008. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>

Es menester señalar que este Tribunal en la Resolución N° 1095-2016-ONP/TAP, se ha pronunciado sobre la **aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de control difuso de los órganos colegiados**, indicando en dicha ocasión que "(...) no constituye practicar control difuso de la norma previsional debido a que no se busca su inaplicación por inconstitucional; por el contrario, se procura la aplicación armónica de la norma garantizando el acceso a la pensión en el marco de las disposiciones constitucionales vigentes que reconocen a la unión de hecho como un modo de establecer una unidad familiar, en defensa del derecho de la persona, fin supremo del Estado y como es evidente, de las Entidades que conforman la administración pública".

En ese sentido, partiendo de la correcta aplicación de las fuentes del procedimiento administrativo como es el respeto a los principios de legalidad y razonabilidad e interpretando la Constitución Política del Perú en base a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se concluye que **los actos administrativos emitidos por este Tribunal Administrativo Previsional recogen como una de sus fuentes la aplicación de la norma fundamental garantizando el acceso a la pensión en el marco de las disposiciones constitucionales**, sin conllevar a la aplicación del control difuso que es una facultad exclusiva de los órganos jurisdiccionales.

La interpretación jurídica en el reconocimiento de la pensión de viudez del Decreto Ley N° 20530

En cuanto a la interpretación jurídica de la normas legales, debemos de mencionar que la conceptualización del método sistemático por comparación con otras normas²² indica lo siguiente "(...) el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el "qué quiere decir" la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que se encuentra claramente expresados por ella", es decir se toma un artículo bajo interpretación y se le compara con otro u otros que aclara su significado.

Ahora bien, el artículo 51° de la Constitución Política de Perú señala que: *"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado."*

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre **la pensión de viudez en el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530**, en los fundamentos jurídicos 6 y 7 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 9708-2006-PA/TC²³, señalando que:

"6. Tanto la norma del artículo 5° de la Constitución como el artículo 326 del Código Civil, el reconocimiento de Unión de Hecho da a lugar la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comportan como cónyuges asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio y en el caso presente, el que fuera Mario Cama Miranda era la persona quien tenía a su cargo el mantenimiento del hogar y al fallecimiento de él, las declaraciones jurisdiccionales de Unión de Hecho y única heredera se ha establecido que doña Luz Sofía Baca Soto ha adquirido todos los derechos que como cónyuge le corresponde y la declaración de la unión de hecho sustituye a la partida de matrimonio: en tal razón le corresponde la pensión de viudez, además de considerar que las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión. (Subrayado es agregado).

7. Por lo tanto, conforme con lo expuesto en los fundamentos precedentes, doña Luz Sofía Baca Soto, tiene derecho de percibir pensión de viudez al haberse reconocido la unión de hecho con don Mario Cama Miranda; por lo que la demanda debe ser estimada."

Cabe señalar, que las pensiones de sobrevivientes que se otorgan de conformidad con el artículo 28° del Decreto Ley N° 20530²⁴, son: viudez, orfandad y de ascendientes. Por su parte, el artículo 33° del citado decreto ley indica

"No genera pensión de viudez, el trabajador que fallece antes de 12 meses de celebrado su matrimonio (...)".

Asimismo, el artículo 55° del decreto ley en comento, dentro de los lineamientos generadores de la norma solamente hacía referencia a la figura jurídica del matrimonio como una causal para extinguir la pensión de viudez; no obstante, la norma que sustituyó el artículo recoge el instituto de la unión de hecho como una causal para extinguir el derecho a la pensión de viudez. En efecto, el artículo 55° del Decreto Ley N° 20530 en su redacción original señaló que *"Se extingue el derecho a pensión, según, el caso por matrimonio de los titulares de la pensión de sobrevivientes. Se exceptúa de esta disposición a los padres del causante que contraen matrimonio entre ellos; (...)".* Actualmente, el mencionado artículo 55°²⁵ indica que *"Se extingue automáticamente el derecho a pensión por: a) Haber contraído matrimonio o haber establecido uniones de hecho los titulares de pensión de viudez y orfandad".* (Subrayado agregado).

Ahora bien, se puede apreciar que el artículo 28° del Decreto Ley N° 20530 no establece requisitos para acceder a una pensión de viudez, desprendiéndose de la lectura del artículo 33° del citado decreto ley que debe contraerse matrimonio doce meses antes que se produzca la muerte del trabajador para que la contingencia genere una pensión de viudez. Por su parte, el artículo 55° del decreto ley en comento recoge el instituto de la unión de hecho como una causal de extinción de la pensión de viudez.

Lo anotado, permite señalar que si bien la forma de acceso a la pensión de viudez mediante el matrimonio no ha sido establecida expresamente por el Decreto Ley N° 20530, y que es factible llegar a sostener que contar con vínculo matrimonial es un requisito para su otorgamiento debiendo demostrarse con el acta de matrimonio, ello a partir de la causal que exige un tiempo mínimo de celebración del matrimonio, también es cierto que es posible interpretar, desde el año 2004 con la Ley N° 28449, que es posible acceder a dicha pensión con la acreditación del vínculo convivencial, dado que se previó como causal de extinción de la pensión de viudez haber establecido una unión de hecho.

En efecto, para este Tribunal Administrativo Previsional la interpretación del Decreto Ley N° 20530 no debe realizarse de manera literal y aislada, y sostener que los artículos 28° y 33° exigen contar solamente con vínculo matrimonial para el otorgamiento de una pensión de viudez, sin tener en consideración que mediante el artículo 55° del Decreto Ley N° 20530 y a partir del método sistemático se incorpora la unión de hecho como un supuesto de extinción de la pensión de viudez (cuando antes solo se extinguía por contraer matrimonio); con lo cual, si la convivencia en términos latos puede ser una causal de extinción de la pensión de viudez, resulta razonable considerar la unión de hecho como un supuesto para acceder a la pensión de sobreviviente-viudez del régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530.

Por ello, a partir del artículo 51° de la Constitución Política del Perú y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se complementa y esclarece la interpretación de la norma pensionaria, concluyéndose en

²² Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. 10ma ed. Lima: 2012. pp. 242.

²³ Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 9708-2006-PA/TC, de fecha 11 de enero de 2007. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09708-2006-AA.html>

²⁴ Perú. Decreto Ley n. 20530: 26-02-1974 : Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 27 de febrero de 1974, vigente a partir del 28 de febrero de 1974.

²⁵ Perú. Ley n. 28449 : 23-12-2004: Ley que establece las nuevas reglas del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 30 de diciembre de 2004, sustituyó el artículo 55° del Decreto Ley n° 20530, vigente a partir del 31 de diciembre de 2004.

que podrá acceder a la pensión de viudez el integrante de una unión de hecho que demuestre el vínculo de conviviente con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial, debidamente inscrita en el registro personal.

En ese sentido, este Tribunal entiende que el instituto de la unión de hecho se equipara al matrimonio para efectos de acceder a la pensión de viudez, por lo que, el conviviente también puede ser considerado como beneficiario del causante y obtener el acceso al derecho pensionario.

Respecto de la posibilidad presupuestal del pago de las pensiones de viudez provenientes de la unión de hecho

Este Tribunal Administrativo Previsional en la Resolución N° 1095-2016-ONP/TAP²⁶, se ha pronunciado sobre el presupuesto para el pago de las obligaciones contenidas en las resoluciones que emite, señalando que sus pronunciamientos son expedidos tomando en cuenta la norma sobre el cálculo actuarial y la exclusividad de los créditos presupuestarios, lo que finalmente se plasma en el principio de sostenibilidad financiera del Estado.

Al respecto, cuando el **financiamiento del pago de planillas de las pensiones del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 proviene de los recursos del Tesoro Público**, la Oficina de Normalización Previsional deberá efectuar el cálculo actuarial incluyéndose todas las obligaciones previsionales, así como el cálculo de probables contingencias, tal como lo establece el Decreto Supremo N° 026-2003-EF²⁷, dentro del cual define el contenido del cálculo actuarial, conforme a lo siguiente:

“Artículo 1.- Obligación del cálculo actuarial

La Oficina de Normalización Previsional - ONP deberá efectuar el cálculo actuarial del régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990 y el cálculo actuarial del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 cuyo financiamiento proviene de los recursos del Tesoro Público, para el reconocimiento y registro de las reservas pensionarias, las reservas no pensionarias y las reservas para contingencias.

“Artículo 4.- Definiciones

Para efectos de lo establecido en el presente Decreto Supremo, entiéndase por:

Cálculo Actuarial: Estudio efectuado generalmente por un Actuario utilizando una metodología de cálculo actuarial, basada en algoritmos matemáticos de probabilidades, con el objeto de determinar a una fecha específica la Reserva Pensionaria que permita afrontar las obligaciones previsionales de los pensionistas hasta su extinción.

(...)

Reserva Pensionaria: Parte de la Reserva Actuarial referida al valor de las prestaciones económicas pensionarias a una fecha determinada de un régimen previsional específico. Corresponde al flujo estimado de pago de pensiones a los pensionistas registrados a esa fecha, incluyendo las pensiones por derecho derivado del titular de la pensión.

(...) (Subrayado agregado)

Asimismo, en las entidades que el financiamiento del pago de planillas de las pensiones del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, **no provenga de los recursos del Tesoro Público**²⁸, deberán efectuar el cálculo de las reservas actuariales que incluye todas las obligaciones previsionales, así como el cálculo de probables contingencias, cuya verificación del cálculo actuarial está a cargo de la Oficina de Normalización Previsional, tal como lo señala en el Decreto Supremo N° 043-2003-EF²⁹, la cual señala:

“Artículo 1.- Cálculo Actuarial, reconocimiento y registro de reservas pensionarias

Las entidades, instituciones autónomas y empresas del Estado que cuenten con pensionistas y trabajadores el Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530 cuyo financiamiento sea atendido con recursos que no provienen del Tesoro Público, se regirán por las normas contenidas en el Decreto Supremo N° 026-2003-EF y, en lo que resulten aplicables, por la Resolución de Contaduría N° 159-2003-EF/93.01 y demás disposiciones emitidas por la Contaduría Pública de la Nación, para efectos del registro y control de las obligaciones previsionales.

En todo caso y no obstante lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 026-2003-EF, las entidades, instituciones autónomas y empresas del Estado comprendidas en la presente norma, deberán efectuar el cálculo actuarial que incluya el total de sus obligaciones previsionales, así como el cálculo de probables contingencias, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 106-2002-EF. Dicho cálculo actuarial deberá ser verificado por la Oficina de Normalización Previsional – ONP”. (...) (Subrayado agregado)

Cabe señalar, el Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto³⁰, en el artículo 26° sobre **Exclusividad de los Créditos Presupuestarios**, establece lo siguiente:

“Artículo 26.- Exclusividad de los Créditos Presupuestarios

26.1 El crédito presupuestario se destina, exclusivamente, a la finalidad para la que haya sido autorizado en los presupuestos, o la que resulte de las modificaciones presupuestarias aprobadas conforme a la Ley General. Entiéndase por crédito presupuestario a la dotación consignada en el Presupuesto del Sector Público, así como en sus modificaciones, con el objeto de que las entidades puedan ejecutar gasto público.

26.2 Las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos y de administración, los contratos y/o convenios así como cualquier actuación de las Entidades, que afecten gasto público deben supeditarse, de forma estricta, a los créditos presupuestarios autorizados, quedando prohibido que dichos actos condicionen su aplicación a créditos presupuestarios mayores o adicionales a los establecidos en los Presupuestos, bajo sanción de nulidad y responsabilidad del Titular de la Entidad y de la persona que autoriza el acto” (Subrayado agregado)

En ese orden de ideas y como ya se ha sostenido, para la ejecución de las obligaciones contenidas en los actos administrativos que emite este Órgano Colegiado debe tenerse en cuenta la proyección del pago de cada derecho reconocido en materia previsional. Tal actividad se

²⁶ Perú. Tribunal Administrativo Previsional. Resolución n° 1095-2016-ONP/TAP. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 8 de noviembre de 2016.

²⁷ Perú. Decreto Supremo n. 026-2003-EF: 27-02-2003: Dictan disposiciones para el registro y control de las obligaciones previsionales a cargo del Estado. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 28 de febrero de 2003, vigente a partir del 1 de marzo de 2003.

²⁸ Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales. Boletín de Transparencia Fiscal N° 46 - Mayo de 2005. Informe Especial: Tablas de Mortalidad para los Sistemas de Pensiones del Perú. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/btf/Informe_Especial_BT46.pdf

²⁹ Perú. Decreto Supremo n. 043-2003-EF: 27-03-2003: Dictan disposiciones para el registro de obligaciones previsionales del Régimen Pensionario del D.L. N° 20530, cuyo financiamiento no proviene de recursos del Tesoro Público. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 28 de marzo de 2003, vigente a partir del 29 de marzo de 2003.

³⁰ Perú. Decreto Supremo n. 304-2012-EF : 29-12-2012: Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 30 de diciembre de 2012, vigente a partir del 2 de enero de 2013.

encuentra en el **cálculo actuarial**, el cual está constituido por el pago de la pensión durante un tiempo a futuro, es decir desde el momento que el administrado adquiere el derecho a percibir la pensión hasta el fallecimiento del titular, incluyendo a los potenciales beneficiarios del derecho derivado (viudez, orfandad y ascendiente) hasta que se extinga el último de estos beneficiarios.

Disposiciones actuales que inciden en el otorgamiento de la pensión de viudez en el Decreto Ley N° 20530

Al evaluar la interpretación jurídica de los artículos 28°, 33° y 55° del Decreto Ley N° 20530 se ha dejado sentado que esta se debe dar a la luz de la Constitución Política del Perú de 1993, de ahí que, tal como se ha expuesto en el acápite correspondiente, es posible sostener que el conviviente también puede ser considerado como beneficiario del causante y obtener el derecho a la pensión de viudez.

A partir de la mencionada interpretación corresponde a este Tribunal puntualizar las disposiciones del Decreto Ley N° 20530 que permiten y regulan el acceso la pensión de viudez.

Cabe señalar que, el artículo 28° Decreto Ley N° 20530 establece que “Las pensiones de sobrevivientes que se otorga son las siguientes:

- a) De viudez;
- b) De orfandad; y,
- c) De ascendientes”.

Asimismo, el artículo 33° del Decreto Ley N° 20530 establece que “*No genera pensión de viudez, el trabajador que fallece antes de 12 meses de celebrado su matrimonio, salvo en los casos siguientes:*

- a) *Que el fallecimiento se haya producido por accidente;*
- b) *Que el trabajador y su cónyuge tengan o hayan tenido hijos comunes;*
- c) *Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento; o,*
- d) *Que el cónyuge sea minusválido”.*

Adicionalmente, el artículo 55° del decreto ley precitado, señala que “*Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:*

- a) *Haber contraído matrimonio o haber establecido uniones de hecho los titulares de pensión de viudez y orfandad. (...).”.*

Es pertinente mencionar que el tratamiento jurídico para la acreditación de la unión de hecho está contemplado en el artículo 3° de la Ley N° 30007, señala:

“Para los efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Nacional en Asuntos No Contenciosos³¹, o reconocidas en la vía judicial³².

Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del **causante** no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior”.

De otro lado, el artículo 2030° del Código Civil, modificado por el artículo 7° de la Ley N° 30007, respecto de los actos y resoluciones registrables, señala:

“Se inscriben en este registro:
(...)”

10.- Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas en vía judicial”

En cuanto al registro personal que integra del Sistema Nacional de los Registros Públicos, debe señalarse que tiene la delicada misión de publicitar la existencia y extinción de dichas uniones, con una publicidad a nivel nacional a fin de dotar de la seguridad jurídica a las personas que

contraten con los integrantes de dicha institución familiar³³.

Asimismo, con respecto al pago de las pensiones devengadas se deberá tener en cuenta lo el artículo 56° del Decreto Ley N° 20530 que señala:

“El derecho a pensión o compensación es imprescriptible.

Prescriben las pensiones devengadas, vencido el término de tres años sin haberse reclamado su pago, excepto;

- a) *Para los menores de edad o incapaces; y*

b) *En los casos de imposibilidad de ejercer dicho reclamo, salvo que el pensionista se encuentre prófugo de la justicia”.*

Finalmente, las actuales disposiciones que inciden para el otorgamiento de la pensión de viudez del Decreto Ley N° 20530, permiten que los beneficiarios que demuestren la relación convivencial con **la declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o por vía notarial debidamente inscrita en el registro personal accedan a la pensión de viudez, lo que permitirá demostrar su plena vigencia, así como su oponibilidad y exclusividad frente a terceros.**

Del análisis del caso concreto

Para el acceso a la pensión de viudez, el titular del derecho -causante- debe haber percibido pensión de cesantía y/o invalidez, o haber generado el derecho a pensión, tal como se aprecia del contenido del artículo 26° del Decreto Ley N° 20530, la cual señala lo siguiente:

“Artículo 26.- El trabajador que fallece accidentalmente como consecuencia del desempeño de sus funciones, o del cumplimiento de órdenes recibidas, genera pensión de sobrevivientes, cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados, la que será igual al íntegro de las remuneraciones pensionables que percibía al fallecer.

³¹ Perú. Ley n. 29560: 15-07-2010: Ley que amplía la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, y la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 16 de julio de 2010, vigente a partir del 17 de julio de 2010.

“Artículo 46.- Requisito de la solicitud.- La solicitud debe incluir lo siguiente:

1. *Nombres y firmas de ambos solicitantes.*
2. *Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos (2) años de manera continua.*
3. *Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.*
4. *Certificado domiciliario de los solicitantes.*
5. *Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.*
6. *Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más.*
7. *Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.*

(...)

Artículo 48.- Protocolización de los actuados.- Transcurridos quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes. Artículo 49.- Inscripción de la declaración de unión de hecho.- Cumplido el trámite indicado en el artículo 48, el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes.”

³² Perú. Decreto Legislativo n. 295: 24-07-1984 : Código Civil. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 25 de julio de 1984, vigente a partir del 14 de noviembre de 1984.

“Unión de hecho

Artículo 326.- (...)”

³³ Superintendencia Nacional de los Registros Públicos : “FUERO REGISTRAL” [en línea]. Julio de 2014, N°.11.<<https://www.sunarp.gob.pe/SCR/DOCS/REVISTA-FUERO-REGISTRAL/FUERO-REGISTRAL-072014.pdf>>.

Asimismo, como ya se ha señalado, el artículo 28° del Decreto Ley N° 20530, concede pensión de viudez a los sobrevivientes, siempre que el titular del derecho -causante- haya percibido o generado derecho de pensión.

Cabe señalar que, mediante Resolución Directoral N° 021-96-HADI/OPER expedida por el Hospital de Apoyo Departamental de Ica, se otorgó a don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA pensión de cesantía a partir del 1 de febrero de 1996.

A folios 2 del expediente administrativo, obra la copia del documento nacional de identidad de don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA donde se evidencia que nació el 10 de noviembre de 1946, y de folios 3 obra la copia certificada del acta de defunción donde indica que falleció el 15 de setiembre de 2011.

A folios 16 a 17, obra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fecha 27 de mayo de 2015, la cual aprueba la sentencia emitida por el Tercer Juzgado Especializado de Familia de Ica de fecha 4 de diciembre de 2014, la cual reconoce formalmente la declaración judicial de unión de hecho a doña MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO y quien en vida fuera don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA.

A folios 119, obra la constancia de inscripción en el Registro Personal, de la partida N° 11099026, con asiento 1, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP de la zona registral N° XI – Sede Ica, consigna el reconocimiento de unión de hecho de doña MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO y quien en vida fuera don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA.

De lo señalado, se advierte que don HUGO ANDRÉS ASSERETO ALIAGA percibió pensión de cesantía y se ha demostrado la existencia de la relación convivencial con doña MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO, por lo que, corresponde otorgar la pensión de viudez.

En cuanto al pago de los devengados de la pensión, se debe tener en cuenta que el 18 de marzo de 2016, doña MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO solicitó ante el Hospital Regional de Ica el reconocimiento de la pensión de viudez, motivo por el cual el abono de las pensiones devengadas debe efectuarse desde los tres años anteriores a la presentación de su solicitud.

De la necesidad de expedir un precedente administrativo de observancia obligatoria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8°³⁴ y la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 385-2015-EF, Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional, concordante con el numeral 1 del artículo VI del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal Administrativo Previsional tiene la facultad de expedir y publicar precedentes administrativos de observancia obligatoria en materias de su competencia.

En tal sentido, atendiendo que al resolver la presente controversia este Tribunal Administrativo Previsional ha interpretado de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación relativa al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, se deberá reconocer el acceso de la pensión de viudez a los beneficiarios que demuestren el vínculo de convivientes con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial, debidamente inscrita en el registro personal; por ende, se considera relevante que el criterio interpretativo contenido en la presente resolución sea declarado precedente administrativo de observancia obligatoria, permitiendo que las controversias derivadas de los procedimientos administrativos que se pronuncien sobre derechos a pensión de viudez sean resueltos conforme a aquel y siendo su aplicación obligatoria por parte de las entidades.

Por consiguiente, el Tribunal Administrativo Previsional concluye que el recurso administrativo interpuesto por doña MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO, contra la Resolución N° 0000001007-2016-ONP/DPR.GD/DL 20530, de fecha 30 de marzo de 2016, debe ser declarado fundado.

Estando a lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”, el Decreto Ley N° 20530 “Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990”, la Ley N° 27617

“Ley que dispone la Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990 y modifica el Decreto Ley N° 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones”, la Ley N° 28449 “Ley que establece las nuevas reglas del Régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530”, el Decreto Supremo N° 258-2014-EF “Modificación del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización Previsional aprobado mediante Resolución Ministerial N° 174-2013-EF/10”, la Octogésima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30114 “Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014” el artículo 26° del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Decreto Supremo N° 304-2012-EF y el Decreto Supremo N° 385-2015-EF que aprueba el “Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional”.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por doña **MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO** contra la Resolución N° 0000001007-2016-ONP/DPR.GD/DL 20530, de fecha 30 de marzo de 2016, otorgando la pensión de viudez a partir del 15 de setiembre de 2011 y teniendo en cuenta para el pago de los devengados el artículo 56° del Decreto Ley N° 20530, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo 2°.- Declarar que de acuerdo con el artículo 8° y la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 385-2015-EF, Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional, concordante con el numeral 1 del artículo VI del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la presente resolución constituye precedente administrativo de observancia obligatoria respecto a los artículos 28° y 33° del Decreto Ley N° 20530, en los siguientes términos:

“Tiene derecho a pensión de viudez, en los términos de los artículos 28° y 33° del Decreto Ley N° 20530, el integrante sobreviviente de la unión de hecho que demuestre el vínculo de conviviente con la sentencia de declaración de unión de hecho emitida por el órgano jurisdiccional o vía notarial, debidamente inscrita en el registro personal”.

Artículo 3°.- Notificar la presente resolución a doña **MARÍA LUISA VALDIVIA TOLEDO**, para su conocimiento y fines pertinentes.

Artículo 4°.- Notificar la presente resolución al **HOSPITAL REGIONAL DE ICA**, para los fines pertinentes.

Artículo 5°.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional de la Oficina de Normalización Previsional (www.onp.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI
Presidente

HUGO ANDRES LEON MANCO
Vocal

ROBERTO ROLANDO BURNEO BERMEJO
Vocal

³⁴ Perú. Decreto Supremo n. 385-2015-EF : 23-12-2015: Reglamento del Tribunal Administrativo Previsional. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 23 de diciembre de 2015.

“Artículo 8.- Precedentes administrativos de observancia obligatoria

8.1 Mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal Administrativo Previsional interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la normativa previsional de su competencia y aprueba criterios recurrentes de calificación, los cuales constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para los órganos que administren la materia previsional. Dichos acuerdos son publicados en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).”