

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ  
FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Acceso a una subvención para las parejas del mismo sexo  
en función a la actividad de fomento de la Administración  
Pública

Trabajo Académico para optar el Título de Segunda  
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

***Maria Elena Sotelo Bermudez***

Asesora:

***Janeyri Elizabeth Boyer Carrera***

Lima, 2021



### **Agradecimiento**

Agradezco las enseñanzas brindadas en esta casa de estudios durante este año académico y en especial al apoyo, dedicación y orientaciones de la Dra. Boyer en cuanto al enfoque de esta investigación.

## Resumen

En el presente trabajo se exponen los argumentos jurídicos que sirven de base para permitir la introducción paulatina de directrices para el otorgamiento de subvenciones de viudez a las parejas del mismo sexo, en virtud a la promoción de la actividad de fomento, como marco de una ayuda hacia personas en estado de necesidad que cumplan con ciertos requisitos que hagan posible su regulación. Dichas personas podrían ser consideradas beneficiarias dada la naturaleza igualitaria que deben tener los administrados. Para solucionar dicha problemática planteamos como objetivo principal otorgar subvenciones a las parejas del mismo sexo por el fallecimiento del conviviente en el marco de la actividad de fomento del Estado.

Esta investigación encuentra su justificación porque actualmente a las parejas del mismo sexo les es denegado el acceso a beneficios de índole económico y social, como heredar o tener acceso a un seguro social, sin considerarse el núcleo duro del derecho a la pensión en su vertiente de acceso y no ser privado de ella bajo medidas de discriminación, más aún cuando existe la protección de los derechos humanos de todas las personas, en concordancia con los Tratados Internacionales de los que el Perú es miembro, resultando factible que a través de medidas benéficas se pueda priorizar su atención por parte del Estado, a fin de satisfacer una necesidad de interés general.

La autora en el devenir de la investigación plantea una sucinta introducción, seguida del marco jurídico extranjero donde se regula el acceso a pensiones de viudez/viudedad a personas del mismo sexo, bajo los parámetros de una normativa establecida, en comparación a nuestro marco nacional que únicamente contiene peticiones administrativas a parejas heterosexuales, que en algunos casos resulta procedente y en otros no, en virtud a los cumplimientos de la normativa.

Con este estudio se sostiene la posibilidad de otorgar una subvención a las parejas del mismo sexo que pierden a su conviviente, dado que bajo la inexistencia de marco normativo no pueden gozar de una pensión, pero como dicha situación involucra a una parte de la sociedad se convierte en un problema de interés público que debe ser atendida por el Estado, con el otorgamiento de ayudas –denomínese beneficios -en el marco del respeto al principio de legalidad.

Luego de realizado el análisis, desarrollaremos nuestra hipótesis con el abordaje de la legislación comparada de algunos países y en el marco que se le otorga a la promoción de la actividad de fomento en nuestro país. En España, por ejemplo, se promueve una cultura de expansión de pensamiento e inclusión por parte de las autoridades estatales de la citada actividad, a fin de no restringir de modo alguno los derechos de una persona, a partir de su orientación sexual.

Finalmente, presentamos nuestras conclusiones, siendo una de las principales que, ante la doctrina comparada existente en favor del otorgamiento de pensiones a parejas del mismo sexo y el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación, el Estado peruano podría enfocar dicha problemática como un rol que solamente ejercería la Administración Pública en aras de su papel como protector de la ciudadanía, logrando que el fomento a través de la entrega dineraria (subvención) pueda ser el mecanismo que coadyuve a enfrentar el estado de necesidad en el que se puedan encontrar dichas personas y por otro lado, se logra la satisfacción de un interés particular (del beneficiado) y de un colectivo (el universo de parejas del mismo sexo en dicha situación), logrando un impacto positivo y resultados favorables para regular esta situación que a la fecha carece de normativa.

***Palabras clave:*** *subvención - derechos humanos –discriminación – actividad- fomento- igualdad-Estado*



## Abstract

This paper presents the legal arguments that serve as a basis to allow the gradual introduction of guidelines for the granting of widowhood subsidies to same-sex couples, by virtue of the promotion of the promotion activity, as a framework of aid towards people in need who meet the certain requirements that make their regulation possible. Said persons could be considered beneficiaries given the egalitarian nature that the administrators must have. To solve this problem, we propose as the main objective to grant subsidies to same-sex couples due to the death of the partner in the framework of the State's promotion activity.

This research finds its justification because currently same-sex couples are denied access to benefits of an economic and social nature, such as inheriting or having access to social security, without considering the hard core of the right to a pension in its aspect of access and not be deprived of it under discrimination measures, even more so when there is protection of the human rights of all people, in accordance with the International Treaties of which Peru is a member, making it possible that through beneficial measures can prioritize its attention by the State, in order to satisfy a need in the general interest.

The author in the evolution of the investigation presents a succinct introduction, followed by the foreign legal framework where access to widowhood / widowhood pensions for people of the same sex is regulated, under the parameters of an established regulation, compared to our national framework that It only contains administrative requests to heterosexual couples, which in some cases is appropriate and in others not, by virtue of compliance with the regulations.

This study supports the possibility of granting a subsidy to same-sex couples who lose their partner, given that in the absence of a regulatory framework they cannot enjoy a pension, but as said situation involves a part of society, It becomes a problem of public interest that must be addressed by the State, with the granting of aid - called benefits - within the framework of respect for the principle of legality.

After carrying out the analysis, we will develop our hypothesis with the approach of the comparative legislation of some countries and within the framework that is granted to the promotion of development activity in our country. In Spain, for example, a culture of expansion of thought and inclusion is promoted by the state authorities of the

aforementioned activity, in order not to restrict in any way the rights of a person, based on their sexual orientation.

Finally, we present our conclusions, one of the main ones being that, given the existing comparative doctrine in favor of granting pensions to same-sex couples and the recognition of the principle of equality and non-discrimination, the Peruvian State could approach said problem as a role that the Public Administration would only exercise for the sake of its role as protector of the citizenship, achieving that the promotion through the monetary delivery (subsidy) can be the mechanism that helps to face the state of need in which said people may find themselves and on the other hand, the satisfaction of a particular interest (of the beneficiary) and of a group (the universe of same-sex couples in said situation) is achieved, achieving a positive impact and favorable results to regulate this situation that to date lacks of regulations.

**Keywords:** *subsidy - human rights - discrimination - activity - promotion - equality - State*



## Índice de contenido

Carátula .....	1
Agradecimiento.....	2
Resumen .....	3
Abstract .....	5
Índice de contenido .....	7
I. Introducción .....	8
II. Marco Conceptual .....	11
II.1. Reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo de acuerdo a la legislación comparada.....	11
II.2. Jurisprudencia a nivel internacional en el marco de los Derechos Humanos.....	17
II.3. Situación de las parejas del mismo sexo en América Latina .....	20
II.4. Situación de las parejas del mismo sexo en el Perú .....	21
II.5. Origen, concepto y modalidades de la actividad de fomento .....	26
II.6. Principios, importancia y características de la actividad de fomento.....	31
II.7. ¿Pensión o subvención para las parejas del mismo sexo en el Perú?.....	34
II.8. Reconocimiento de derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo en el Perú.....	38
III. Planteamiento del problema .....	39
III.1. ¿Problema, ausencia o desinterés del Estado? .....	39
III.2. Propuesta de atención ante la ausencia de regulación normativa para las parejas del mismo sexo en el Perú.....	39
IV. Abordaje de la hipótesis .....	41
IV.1. Hipótesis.....	41
IV.2. Justificación.....	41
IV.3. Marco de las pensiones a parejas del mismo sexo a nivel Latinoamericano .....	43
IV.4. Desarrollo de la hipótesis .....	47
IV. 5. Esquema de desarrollo de la hipótesis .....	48
IV.6. Distintas miradas de la actividad de fomento y posición adoptada .....	49
V. Conclusiones .....	52
VI. Referencias bibliográficas .....	53

## **I. Introducción**

El sistema previsional deviene del concepto de seguridad social, expresamente contemplado en la Constitución de 1993 en los artículos 10 y 11, esta estructura conlleva a velar por aquellas personas que en su época laboral aportaron a un fondo sea común o individual para obtener un acceso a la pensión cuando se enfrenten a tiempos donde no podrán trabajar (vejez), lo que en términos simples significa retribuir el esfuerzo otorgado para cuando más se necesite.

Una persona que desea tramitar su derecho pensionario tiene que pasar por distintos trámites entre solicitudes y recursos, estableciéndose un promedio de 8 a 12 meses (en vía administrativa), ¿es justo que las personas reclamen un derecho que por sí ya se encuentra ganado por el solo hecho de haber aportado y cumplir los años que la ley exige?

Y si el mismo ejemplo, lo llevamos a la vía judicial podemos esperar entre 4 a 5 años adicionales para el reconocimiento de este derecho, sea por la elevada carga procesal, las acciones dilatorias de las entidades demandadas, entre otros aspectos.

Partiendo de estos ejemplos, cuando un administrado (a) que tiene una pareja del mismo sexo sufre la pérdida de este último, se debería aperturar una situación similar a la antes descrita, sin embargo, dada la no regulación de esta problemática en nuestro país no existe la posibilidad que perciban una pensión, convirtiéndose en un vacío legal que merece un tratamiento especial por parte del Estado, como principal protector de la ciudadanía, dada la existencia de jurisprudencia y doctrina comparada que manifiesta que nos encontramos frente a un sistema donde no prima la igualdad y se justifica la discriminación por razones de orientación sexual.

Este artículo busca convertirse en un referente para que las autoridades contemplen la posibilidad de autorizar el otorgamiento de subvenciones a las parejas del mismo sexo en el marco de promocionar la actividad de fomento estatal; y con ello en algún futuro cercano reformar el sistema de pensiones en general, porque no es únicamente el tema de pensión de vejez el que debería adecuarse a la época actual, en especial se debe

promover un Estado inclusivo que fomente políticas públicas asertivas para los diferentes colectivos sociales existentes.

En nuestra región, el 67% de países no tiene una ley que prohíba la discriminación contra las personas LGBTI, el 64% carece de legislación sobre identidad de género y solo el 24% de los países de América Latina y el Caribe reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo, inclusive Colombia y Brasil, a la fecha registran asesinatos de personas LGBTI cada año, a pesar de existir en su normativa el reconocimiento de identidad de género, igualdad matrimonial y no discriminación<sup>1</sup>. (Guerrero, 2020).

Dicho esto, no podemos dejar de mencionar que nuestra Carta Magna establece la igualdad ante la ley, sin importar cuestiones como la raza, sexo, religión, etc., en ninguna de sus variantes; fundamentándose en el respeto por la dignidad del hombre, como el fin supremo de la sociedad y el Estado; no obstante, al pasar el tiempo se han emitido normas que se contraponen a la propia Constitución sin tomar en consideración su estatus de norma suprema. Por ello, resulta importante que el Estado como ente garante del respeto de las normas constitucionales, e incluso el Tribunal Constitucional, maximicen esfuerzos en velar por el respeto a la igualdad de derechos frente a una misma situación.

Partimos de un ejemplo cotidiano, Paula acaba de perder a su cónyuge, quién murió de forma natural y percibía una pensión por parte de la Oficina de Normalización Previsional (en adelante ONP). Ella no tiene un trabajo seguro y le recomiendan acudir a la ONP a tramitar una pensión de sobrevivientes - pensión de viudez-, pasado un determinado tiempo ella recibe este beneficio, sin más trámite que acreditar ser cónyuge sobreviviente, a través de la presentación del acta de defunción de su causante.

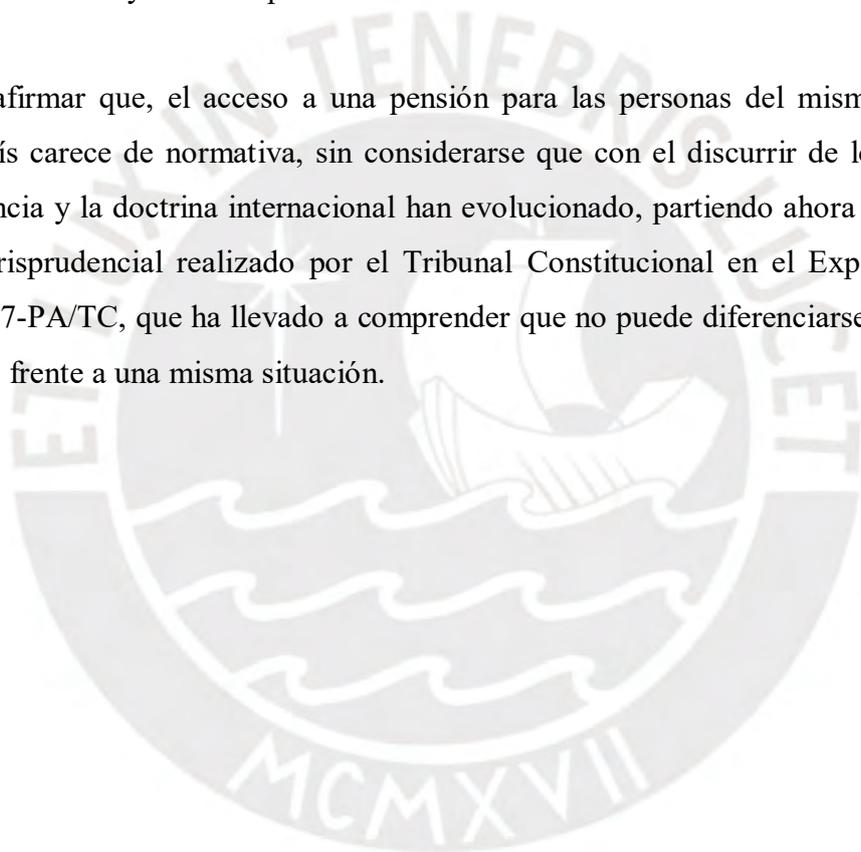
Si el mismo ejemplo lo trasladamos a Sandro (pareja de Carlos); su petición en vía administrativa sería denegada de plano ante la falta de regulación jurídica. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2017) *“al menos 1,7 millones de peruanos/as/es se consideran no heterosexuales, lo que significa que el 8% serían parte de la comunidad LGTBF”*.

---

<sup>1</sup> Hasta hace 30 años la Organización Mundial de la Salud (OMS) consideraba que la homosexualidad era una enfermedad mental, lo cual hace notar que la historia de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante LGBTI) está plagada de momentos de exclusión, rechazo y discriminación.

Hacemos esta referencia cuantitativa a fin de establecer que esta población en nuestro país merece atención. Hasta hace 30 años la Organización Mundial de la Salud (OMS) consideraba que la homosexualidad era una enfermedad mental, lo cual hace notar que la historia de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante LGBTI) está plagada de momentos de exclusión, rechazo y discriminación. s sean resguardados, debido a que a la fecha existe una carencia en cuanto a un ordenamiento jurídico sobre el tratamiento de este colectivo, debiendo aplicarse una actualización en términos de reforma de criterios que se vean materializados en ayuda por parte del Estado y atención primaria de sus necesidades.

Podemos afirmar que, el acceso a una pensión para las personas del mismo sexo en nuestro país carece de normativa, sin considerarse que con el discurrir de los años, la jurisprudencia y la doctrina internacional han evolucionado, partiendo ahora mismo del análisis jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00617-2017-PA/TC, que ha llevado a comprender que no puede diferenciarse a varones de mujeres frente a una misma situación.



## II. Marco conceptual

### II.1. Reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo de acuerdo a la legislación comparada

Partiendo del derecho a la no discriminación y la igualdad contemplados a nivel constitucional y supranacional que rigen en materia de derechos humanos, podemos mencionar que las uniones de parejas del mismo sexo han dejado de ser un tema prohibido para convertirse en una preocupación de necesidad pública, debido a que muchos países han regulado su tratamiento, las obligaciones y derechos que emergen de esta sociedad, entendiendo que el concepto de familia ha evolucionado.

Arlettaz (2015, p.56) precisa que “*la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea registra la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual en el artículo 21º*”, de igual forma nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC ejemplifica que no debe existir ningún tipo de discriminación, arguyendo el término “*de ninguna índole*”, a fin de procurar que los distintos grupos colectivos no se vean afectados y se permita identificar supuestos novedosos, que no fueron incluidos primigeniamente, ello significa que se debe evitar cualquier tipo de discriminación en contra de cualquier persona, y en el caso particular por la orientación sexual que manifiestan las parejas del mismo sexo, quienes no deberían sentirse minimizados ni restringírseles accesos a derechos comunes a los demás, en aplicación del principio de igualdad.

Los países europeos son los que han dado la vuelta al mundo con la integración de las parejas del mismo sexo a todos los ámbitos de la sociedad, pues son muchos los países que a la fecha tienen un sistema jurídico que regula tal situación, a diferencia de los países latinoamericanos que han tardado mayor tiempo en ir adecuando sus normas.

Talavera (2007, p. 15) arguye que en la Unión Europea el reconocimiento jurídico de la unión afectiva de parejas del mismo sexo se encuentra dividido en cuatro grupos de países; estos son: 1. países sin regulación (en este grupo se encuentra Sudán, Somalia, Mauritania, Lituania, Polonia, Rumania y Rusia); 2. países que han aprobado leyes de parejas de hecho (Italia, Irlanda, Grecia, Austria y Luxemburgo); 3. países que han aprobado leyes de uniones civiles homosexuales (Dinamarca, Noruega, Islandia y Suecia)y, 4. países que han aperturado el matrimonio a personas del mismo sexo (Holanda, Bélgica y España).

Cabe precisar que, a la fecha son 31 países donde está legalizado el matrimonio homosexual.



Fuente: Pew Research Center (junio 2021)

### 1) Países sin regulación

Los países que carecen de regulación respecto a la unión de hecho o matrimonio entre personas del mismo sexo son los que se encuentran en los países árabes (oriente medio), porque inclusive se penaliza dicha situación con pena de muerte.

## 2) Países que han aprobado leyes de parejas de hecho

Talavera (2007, pp. 16-18) afirma que en este punto habría que mencionar tres grupos. Un primer grupo son donde existen leyes de cohabitación, aquellas normas que establecen los derechos económicos producto de la convivencia de dos personas del mismo sexo, aquí tenemos a Dinamarca, Suecia y Noruega.

Un segundo grupo son las leyes de parejas de mínimo, aquí se encuentran las leyes que norman las relaciones estables de parejas desde el sentido de la afectividad, sin cuestionar el matrimonio como institución, ejemplo de ello se tiene a Hungría, Francia, Portugal y las 13 leyes autonómicas de parejas aprobadas en España.

En el tercer grupo se encuentran aquellos países que deben inscribirse en un registro, aquí se realiza un acto constitutivo de derechos que produce efectos jurídicos como una categoría de matrimonio flexible.

En este punto ejemplificaremos algunos países que permiten las uniones de hecho:

PAÍS	GENERALIDADES
Italia	Shibata (2019) afirma que desde el 2016 se permiten las uniones civiles “ <i>Formazioni Sociali Specifiche</i> ”.
Irlanda	Guimón (2015) manifiesta que Irlanda es un país que aprobó por votación popular (referéndum) el matrimonio entre personas del mismo sexo, sumándose a los 19 países de todo el mundo en todo su territorio.  Dichas uniones son reconocidas por el artículo 41° de su Constitución, concediéndoles protección constitucional, equiparado al matrimonio convencional.
Grecia	RTVE (2015) señala que el Parlamento griego aprobó en el 2015 las uniones civiles de parejas del mismo sexo, a fin que gocen de derechos similares a los del matrimonio.
Austria	La Corte Constitucional de Austria ordenó en el 2017 la autorización del matrimonio a parejas homosexuales, según Presse (2017); toda vez que, una situación en sentido contrario contra el principio a la no discriminación.
Luxemburgo	RTVE (2014) afirma que la Cámara de Diputados de Luxemburgo

	aprobó el 18 de junio de 2014 la ley que permite a las parejas del mismo sexo casarse y adoptar hijos.
--	--

Fuente: Elaboración construida a través de los autores mencionados en el referido cuadro

### 3) Países que han aprobado leyes de uniones civiles homosexuales

Este grupo lo conforman los países que de alguna manera han reconocido las uniones civiles a personas del mismo sexo a través del tiempo, equiparando muchos de los derechos del matrimonio, convirtiéndose en una alternativa para evitar la discriminación y todo tipo de menoscabo de derechos.

En el siguiente cuadro podemos apreciar algunos países que permiten registrar la unión homosexual:

PAÍS	GENERALIDADES	LEYES
Dinamarca	-En 1948, se creó la Asociación Nacional para Gays y Lesbianas (LGBT Denmark), consolidándose como la primera en el mundo y en 1989 se convirtió en el primer país del mundo en reconocer la unión entre personas del mismo sexo.	-La Ley de Parejas Registradas de 1989. -Ley de Matrimonio Neutral (2012).
Noruega	-Cuarto país en Europa en legitimar el matrimonio entre personas del mismo sexo.	- Ley sobre Registro de Parejas de 1997. - Ley de Matrimonio Homosexual(2009).
Islandia	-En 1996 Islandia aprobó la Ley de Registro de Uniones de Parejas que se equiparaba a las responsabilidades asumidas con el matrimonio	-Con la aprobación de la citada ley se incluyen derechos sucesorios, patrimoniales, seguros de vida para parejas del mismo sexo.
Suecia	-Su precedente es la Ley de Cohabitación Registrada de 1994	-Legalización mediante reforma de la Ley Civil de

	(reformada en 2003) que establece la inscripción de parejas homosexuales con un régimen jurídico equivalente al del matrimonio.	Matrimonio (1987). - Ley de Matrimonio entre personas del mismo sexo (2009).
--	---	---

Fuente: Medina, G. (2001)

#### 4) Países que han aperturado el matrimonio a personas del mismo sexo

A nivel internacional el matrimonio igualitario ha comenzado a avanzar, pero este es un avance bastante reciente, hasta finales del siglo XX no había un solo país en el mundo que tuviera legislación que protegiera el matrimonio igualitario para parejas del mismo sexo.

A partir del 2001 con Holanda se inicia un movimiento que empieza a contagiar a otros países en el mundo, especialmente en Europa, dicho movimiento llega a América Latina más o menos en los años 2007-2008, donde países vecinos como Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia empiezan a regular a través de su legislación la aprobación del matrimonio igualitario. Asimismo, en paralelo hay algunos países que tienen fórmulas como las que propuso el congresista Carlos Bruce, la denominada unión civil, con diferentes denominaciones: Registro de parejas, la convivencia registrada en Holanda, que generan un régimen de protección para las parejas del mismo sexo. Este régimen de amparo es netamente patrimonial y hereditario, que tiene distintos alcances, patrimonial, de asistencia mutua, temas de salud, pero también hay un tema de status en el registro civil. Por ejemplo, esta idea de tener un compañero de vida y que el documento de identidad registre a esa persona como tal.

En el siguiente cuadro podemos apreciar algunos países que permiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo:

PAÍS	GENERALIDADES	LEYES
Holanda	<p>-Ley de 16 de febrero de 1993, Contrato de Vida en Común para parejas de igual o diferente sexo.</p> <p>- Ley de 1 de enero de 1998, de Uniones Civiles posibilita la inscripción en el Registro Civil de parejas, de igual o diferente sexo, que deciden formalizar su unión.</p>	-Ley de Acceso al Matrimonio (2000).
Bélgica	-Ley de cohabitación legal de 1999.	-El 13 de febrero de 2003, se aprueba la Ley de Matrimonio entre personas del mismo sexo.
España	<p>- Martinell en España en 1996, profirió: “<i>La unión de hecho es la unidad con vivencial alternativa al matrimonio</i>”, dentro de estas uniones se puede distinguir las heterosexuales y las homosexuales.</p> <p>-11 de junio de 1994, (Caso Don José Fernández Pulido), el Tribunal Constitucional Español resolvió un recurso de amparo en contra una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid relativo al derecho de pensión de conviviente homosexual.</p>	<p>-Ley de Cataluña.</p> <p>-Ley de Aragón.</p> <p>-Ley de Navarra.</p>

Fuente: Medina, G. (2001)

## II.2. Jurisprudencia a nivel internacional en el marco de los Derechos Humanos

### ➤ Caso 12.841, Ángel Alberto Duque vs. Colombia

En el 2001 el señor Ángel Alberto Duque llevaba conviviendo con su pareja Jhon Oscar Jiménez Gutiérrez por más de 10 años llamado, quién falleció el 15 de septiembre de 2001. Es así que, el señor Duque se plantea que al haber convivido tantos años con dicha persona podía adquirir la pensión vitalicia de este.

En marzo de 2002, el señor Duque solicitó ante la entidad encargada del reconocimiento de pensiones en Colombia que se le reconociera la pensión de viudez al haber sido compañero permanente de su pareja, sin embargo, en la vía administrativa se señaló que no existía ninguna norma dentro del Derecho Colombiano que registrara derechos de pensión a personas que hubieran mantenido una relación con parejas del mismo sexo.

Es así, que dicha persona opta por la vía judicial, a pesar que esa situación era un imposible jurídico, presentó una acción de tutela en el ámbito constitucional que llegó a la misma conclusión que no existía un reconocimiento de pensión de viudez a compañeros del mismo sexo.

Posterior a dicho rechazó, acude a la justicia supranacional, que después de cinco años la Comisión IDH acepta la demanda, luego esta pasa a la Corte IDH y el 26 de febrero de 2016 la Corte se pronunció a favor del señor Duque sosteniendo que existió la vulneración continua en este caso, pues la solicitud de pensión del año 2002 llevaba más de una década sin ser atendida y había terminado por agotar todas las instancias, llegando a última instancia supranacional en el años 2016, es así que todo ese tiempo su derecho a obtener asistencia a través de una pensión estuvo siendo afectando, poniéndose en riesgo su vida y su existencia.

También se discute que el principal derecho afectado es la igualdad ante la ley, ya que es una situación donde se evidencia un trato discriminatorio, es decir la disminución de derechos en base a la orientación sexual distinta, se establece que cualquier persona podrá acceder a la pensión más allá de la orientación sexual o cualquier otra cuestión

que pueda colocarlo en una situación de inferioridad, distinción o discriminación, siempre y cuando cumpla con los requisitos que establece la ley previsional.

Esta sentencia genera un efecto onda, ya que la Corte IDH es un referente para todos los países del sistema de la OEA, pero también se puede aplicar para cualquier país donde algún juez o legislador pueda tomarlo como un antecedente, siendo ello un gran triunfo para la comunidad LGTBI, ya que la democracia no significa el poder de las mayorías, porque de serlo las mayorías aplastarían a las minorías religiosas, étnicas, de género, sexuales. La democracia solamente existe cuando hay una garantía real de las minorías, por eso este tipo de sentencias resultan acertadas porque no diferencian entre los grupos poblacionales y protegen a todos.

#### ➤ **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile**

Como una decisión histórica ha sido calificado el fallo de la Corte IDH, donde se condenó al Estado chileno por violar el derecho a la igualdad, al habersele denegado a la juez Karen Atala Riffo el derecho de cuidar de sus hijas por su orientación sexual.

Haciendo un antecedente de la sentencia, primero tenemos una familia conformada por Karen Atala Riffo, su esposo y sus tres menores hijas, un día Atala Riffo y su esposo deciden divorciarse y dado un acuerdo común en el que llegaron los padres las menores se quedaron a cuidado de la madre.

Después, la madre comenzó a tener una relación con una pareja del mismo sexo, lo que despertó el desacuerdo del ex esposo de la señora Atala, llamado Ricardo López quien demandó un proceso de custodia ante los tribunales chilenos mencionando que la orientación sexual de la madre produciría un daño a las menores y que ella interpondría sus intereses personales y no ejercería su rol como madre, incluso dichas menores podrían llegar a sufrir discriminación ya que Chile era un país muy tradicional.

Primero lo conoce el juzgado de Villarrica en Chile, tenemos que, en mayo de 2003, se le otorga la tuición provisional al padre, considerando que la señora Atala se había declarado homosexual y tenía su pareja sentimental.

Posteriormente, en octubre de 2003, el mismo juzgado emite su resolución otorgándole la tuición a la madre, considerando que su preferencia sexual no le impedía ejercer sus

labores de madre. En el 2004 el padre de las menores apela dicha resolución ante el Tribunal de Apelaciones donde se confirma la sentencia.

El padre no contento con esa resolución se va al recurso de queja y llega a la Corte Suprema del Estado de Chile, donde se emite resolución, valorando las pruebas como las testimoniales de las personas que realizaban el servicio doméstico, quienes veían que las niñas tenían cierto daño por la relación afectiva de la madre con su nueva pareja, es así que la Corte resuelve que para no causar un daño psicológico a las niñas se tenía que dar la tuición provisional al padre, en vista del interés superior del niño.

En noviembre de 2004, la madre ante la Comisión IDH denunció al Estado de Chile por violar sus derechos, dicha solicitud fue aceptada en el 2008. En el 2009 se emite sentencia, señalándose que los derechos humanos que se vieron trastocados fueron el derecho a la discriminación social, considerando que se habían vulnerado el artículo 1.1 de la Convención, referido a la protección de los derechos de todos los Estados Miembros hacia todas las personas; así como el artículo 8.1, referido a las garantías judiciales, ya que todas las personas tienen derecho a ser oídas y que el ente encargado de resolver el conflicto sea imparcial, y finalmente el artículo 24° de la Convención, por el cual todos son iguales ante la ley.

Otro derecho que se consideró violentado fue el interés superior de las menores, consagrado en el artículo 19° de la Convención Americana, donde se menciona que los menores deben ser protegido por la familia, la sociedad y el Estado, y finalmente se violentó el derecho a la vida privada y familiar, los cuales se encuentran en los artículos 11. 2 y 17° de la Convención, respectivamente,

Las consecuencias o implicancias de dicho caso para la legislación chilena o para los futuros casos, es que a nivel de América Latina nunca más una madre o un padre podrá ser privado sobre el cuidado y la atención personal de sus hijos por el solo hecho de su condición u orientación sexual o de género, esa es la doctrina que a partir de ahora existe. Y particularmente los tribunales de familia deben velar porque cualquier decisión tenga en cuenta que es lo mejor para los niños, no basta aducir sino acreditar que existe un menoscabo al interés superior del menor, pues la Corte Suprema de Chile dijo que utilizaba el principio de interés superior de las niñas, pero no lo acreditó, poniendo por adelante su propio prejuicio.

Mucho se ha hablado de derechos humanos, y es así que con el tiempo estos han ido traspasando las interpretaciones legales, por lo que este tipo de resoluciones en América Latina marca un hito, ya que en lugares donde existen democracias estables no se deben perseguir a las personas por su orientación sexual ni se les debe disminuir sus derechos. Es por ello, que los casos que están llegando a la Corte IDH son distintos, dada la preocupación de la democracia, ya que esas demandas no han sido satisfechas en el ámbito doméstico, por ello acuden a la vía internacional.

Aquí presentamos de manera gráfica un extracto de la relevancia de dichos casos a nivel de jurisprudencia comparada:

### **II.3. Situación de las parejas del mismo sexo en América Latina**

Cabrales (2015, pp. 140-144) señala que América Latina al tener una tradición conservadora se opone al desarrollo de legislación sobre el matrimonio y/ o convivencia entre personas del mismo sexo, así como la regulación de los derechos patrimoniales, como el acceso a un seguro de vida o pensión.

Nuestro país no es ajeno a esta situación pues en el 2013, el Congresista Carlos Bruce presentó ante el Congreso de la República un proyecto<sup>2</sup> de ley que proponía la unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo, otorgándoles ciertos derechos de índole patrimonial (incluido el acceso a una seguridad social).

Según Waaldijk (2011) *“en Latinoamérica la aprobación del matrimonio homosexual es una tendencia mundial”*, pues Argentina en el 2010 autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras que, Uruguay en el 2013 se convirtió en el segundo país de la región en reconocerlo.

Chile, Costa Rica y Perú han tramitado ciertos debates parlamentarios sobre la viabilidad del matrimonio homosexual y el derecho a adoptar, mientras que, en México D.F se debate si es necesaria una ley especial o la modificación del Código Civil (Cabrales, 2015, pp. 142).

---

<sup>2</sup> Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR,

En el Diario el País (2010) se señaló que *“Islandia se convierte en el noveno país en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, tras Holanda, España, Bélgica, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia y Portugal”*.

#### **II.4. Situación de las parejas del mismo sexo en el Perú**

Como punto de partida sobre la problemática señalada se citan trabajos de investigación que servirán de referente para nuestro estudio, tenemos a Irazábal (2015) en la investigación denominada *“El derecho a la pensión de viudez del conviviente supérstite en el Sistema Nacional de Pensiones”*, el objetivo de dicho trabajo estableció la constitucionalidad del artículo 53° del D.L. N° 19990 y sus alcances, desarrollando argumentos sobre el contenido constitucional del derecho fundamental a la pensión de viudez (p.10).

El tesista mencionado parte del análisis del artículo 53° del D.L N° 19990, señalando que resulta inconstitucional porque no se equipara al principio de igualdad establecido en la Carta Magna, debido a que la obtención del derecho a la pensión de viudez de los matrimonios no posee la misma calidad que los convivientes, debido a que la norma restringe el acceso inmediato a una pensión para tales personas, sin considerar que a nivel constitucional se le ha otorgado derechos similares a los convivientes.

Montesinos (2017) en su tesis *“Alcance de la pensión de viudez en la unión de hecho en los Juzgados de la Corte Superior de Justicia de Lima, año 2013-2017”*, identifica la vulnerabilidad que se dieron a los concubinos durante el no reconocimiento de la unión de hecho como forma de otorgar una pensión de viudez.

Según Alfaro (2004) en su tesis *“El Sistema Previsional Peruano y la necesidad de plantear una nueva reforma”*, su principal objetivo es abordar la problemática que afronta el Estado Peruano en el otorgamiento de los beneficios pensionarios,

Como bien lo señala el autor en el contenido de su tesis, el actual Sistema Nacional de Pensiones necesita una reformulación, por cuanto, los mecanismos de otorgamiento de pensiones no se traducen en la necesidad de la población.

Ahora bien, partimos de una primera interrogante. ¿Es posible el matrimonio igualitario en el Perú?

Algunos dicen que se deberían maximizar las propuestas, tal es así que a la fecha en nuestro país se han presentado sendos proyectos de ley sobre este tema, tenemos el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, planteado por el ex congresista Carlos Bruce que establecía la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo y la propuesta del congresista Julio Rosas, denominado Atención mutua, que buscaba solucionar los vacíos legales existentes para diversos ciudadanos cuyos derechos hasta la fecha no son reconocidos.

Ambos documentos han quedado archivados, por eso creemos que una propuesta nueva debe ser seriamente analizada y pensada en sentido amplio, mirando las alianzas políticas, pues al presentar un nuevo proyecto de ley este va llegar al parlamento, lo que implicaría que de alguna u otra manera se mire de manera inteligente como los líderes de los partidos políticos van a condicionar los votos de los parlamentarios.

Otra opción sería la vía de los tribunales de justicia internacionales, en este caso una pareja del mismo sexo en el Perú debería inmolarse y agotar la justicia interna, presentándose ante los Registros Civiles donde les sea negado el derecho a una convivencia reconocida, siguiendo toda la vía legal para que se aperture la posibilidad de ir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente a la Corte IDH, siendo ello un proceso largo que puede durar años.

De hecho el reconocimiento inicial para la comunidad LGTBI últimamente ha tenido que ver con la actuación de los tribunales internacionales, utilizándose el eje de no discriminar, específicamente por la orientación sexual, pues antiguamente este término no se encontraba acuñado en ninguna de las cartas fundamentales existentes; sin embargo, hace un par de años la Corte IDH ha señalado que la orientación sexual es una causal prohibida para discriminar, por lo tanto, se ha convertido en un instrumento legal significativo para mirar diversos casos a nivel peruano en el que se usan patrones discriminatorios, siendo una herramienta que habría que trabajar y explorar con los funcionarios públicos y los jueces que analizan casos a diario.

➤ **Casos de solicitudes de uniones de parejas del mismo sexo en nuestra legislación**

Una segunda interrogante sería ¿si nuestra legislación debe admitirla y / o aceptarla?

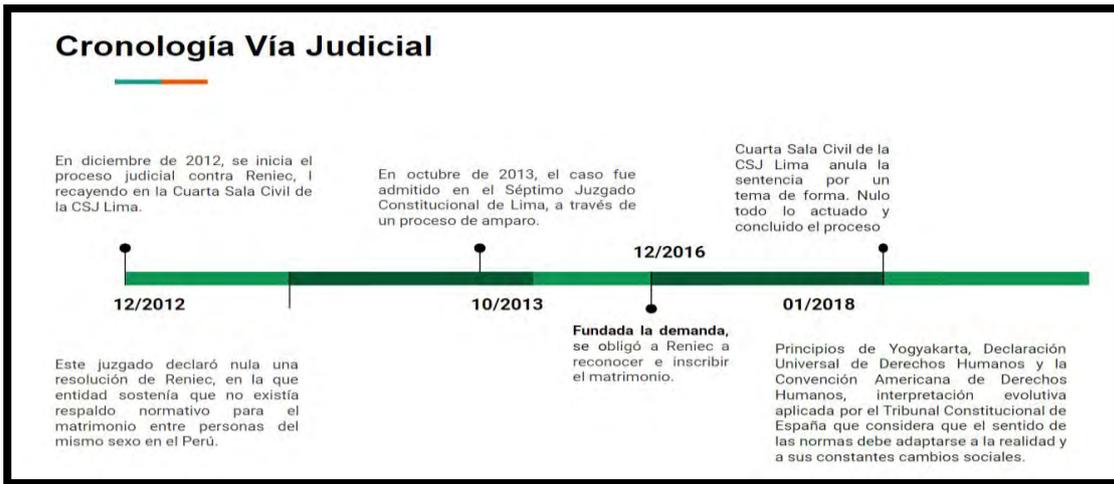
**I. Caso Oscar Ugarteche vs Reniec**

La solicitud de inscribir un matrimonio igualitario por parte del economista Oscar Ugarteche que se habría casado con su pareja Fidel Aroche Reyes en México es un caso emblemático en nuestro país. Reniec habría rechazado esta inscripción y ante dicho rechazo el señor Ugarteche decidió acudir a la vía judicial.

En ese contexto, un juzgado constitucional que es la primera instancia judicial admitió y dispuso que debía ser inscrito y reconocido dicho matrimonio; sin embargo, en instancia de apelación la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima anuló dicha sentencia. Finalmente, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 01739-2018-PA/TC) en noviembre de 2020 por mayoría rechazó la demanda de amparo.

A continuación, presentamos una cronología de los hechos antes detallados de manera gráfica:

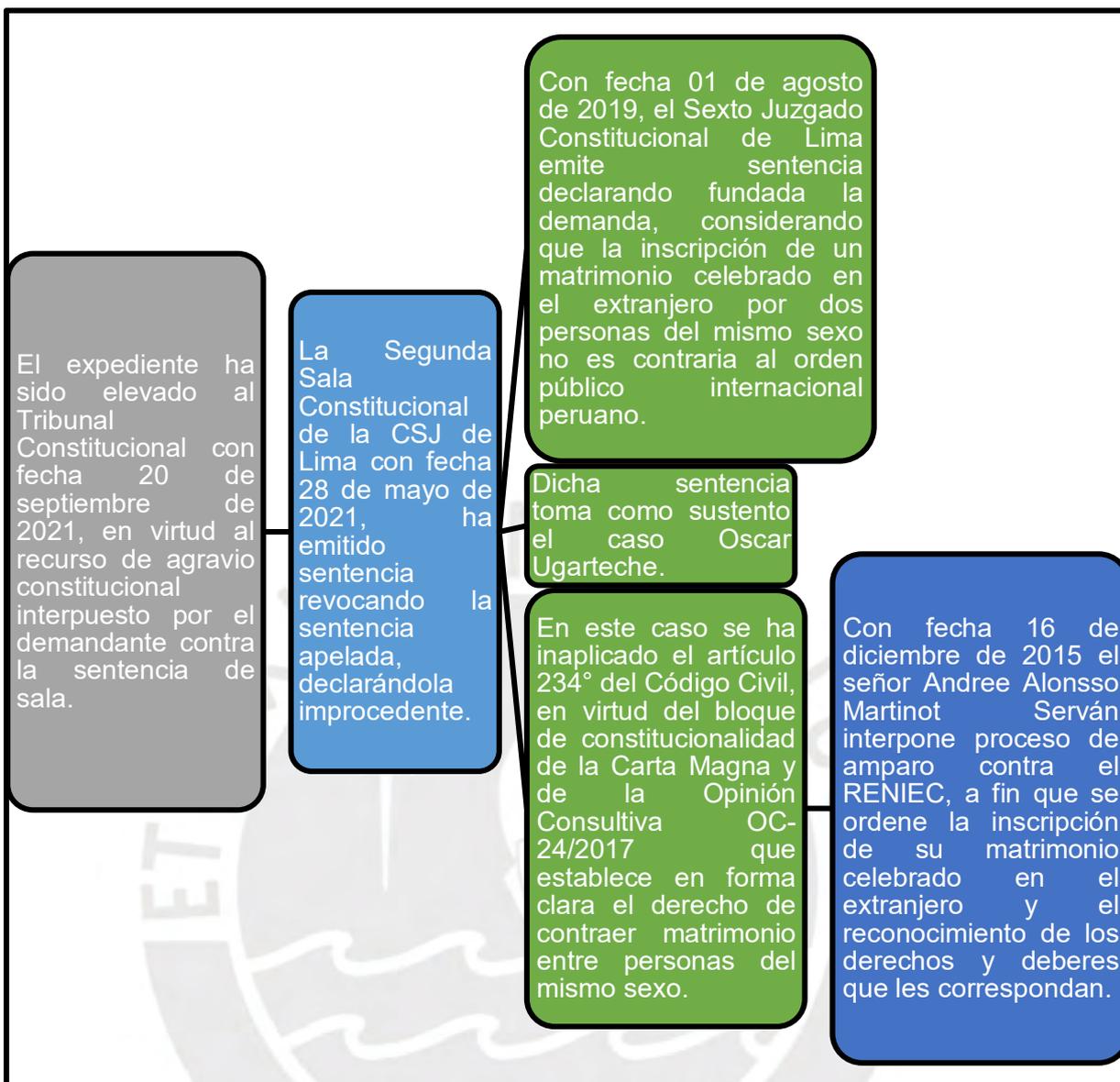




Fuente: Elaboración propia

## II. Caso Andree Martinot vs Reniec

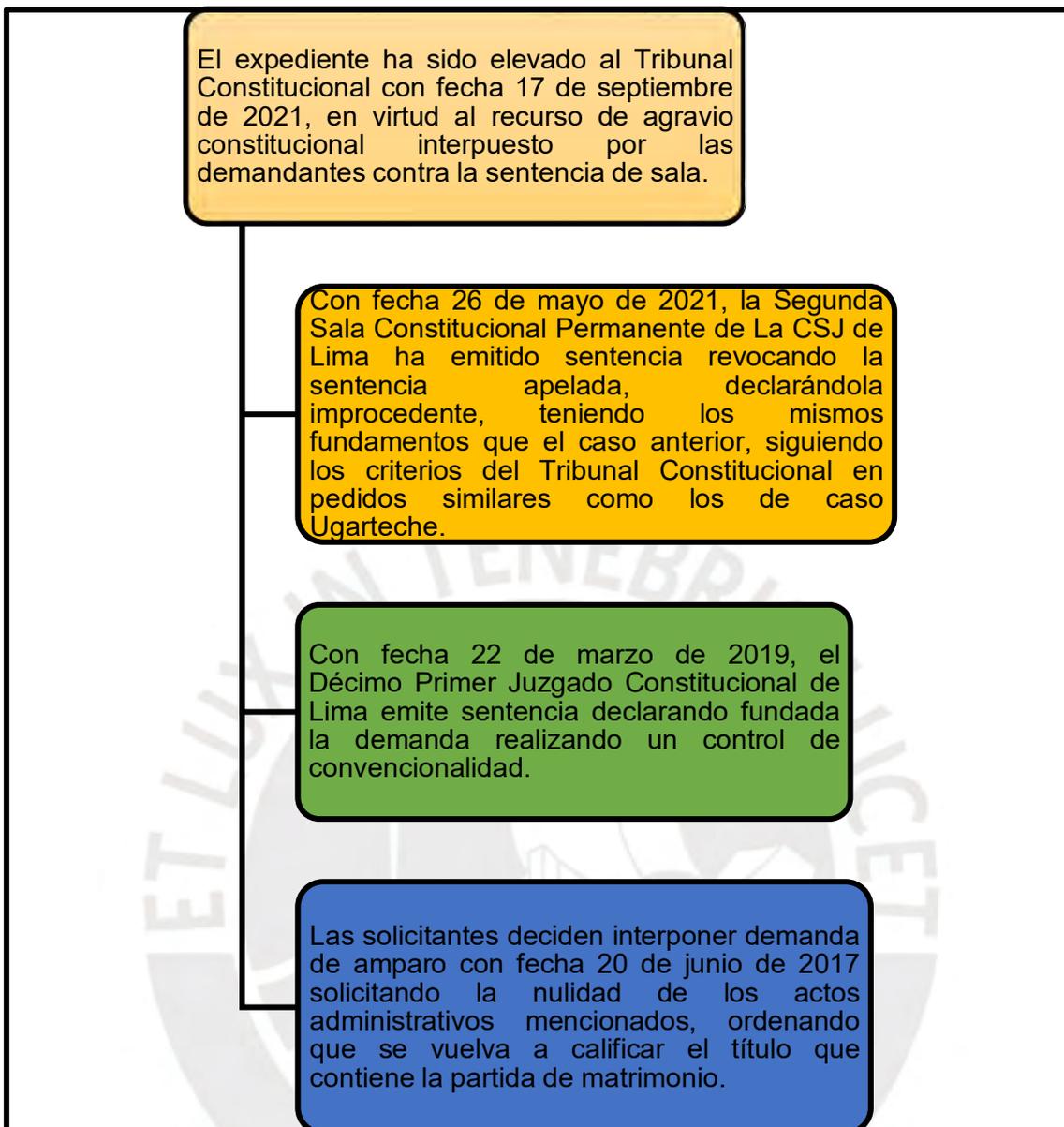
Otro caso emblemático lo tenemos en el caso de Andree Alonso Martinot Serván (Exp. 20900-2015-0-1801-JR-CI-02) quien luego de mantener una relación estable con su pareja Diego Alonso Urbina Fletcher, deciden contraer matrimonio en Estados Unidos de América el 01 de abril de 2015 y dada su residencia en la ciudad de Lima, optan por inscribir su matrimonio ante RENIEC, situación que es rechazada de manera contundente por este organismo.



Fuente: Exp. N° 20900-2015-0-1801-JR-CI-02

### III. Caso Susel Paredes Pique y otra vs Reniec

Susel Ana María Paredes Pique y Gracia María Francisca Aljovín de Losada contrajeron matrimonio civil en la ciudad de Miami, el 04 de agosto de 2016; es así que una vez recibida la partida de matrimonio se presentaron ante el Reniec solicitando su inscripción ante dicho Registro.



Fuente: Exp. N° 10776-2017-0-1801-JR-CO-11

## II.5. Origen, concepto y modalidades de la actividad de fomento

Este es un tema nuevo, bastante novedoso y resulta favorecedor para las empresas dentro del país, el fomento muchas veces lo percibimos como aquella actividad desarrollada entre privados, porque por un lado, tenemos una Administración Pública que tiene la obligación de satisfacer las necesidades públicas de la nación -necesidades públicas de los ciudadanos-, impulsada por un ente privado, y por otro lado tenemos una actividad, que implica una vinculación directa para que los privados contraten entre sí y para que se vean motivados de contratar con las administraciones.

En cuanto al origen de la actividad de fomento, Villar (1999) señala:

(...) que la generalización del sistema de subvenciones que se produjo durante la época de los Austria en España (siglo XVI) y añade que hasta el siglo XIX en el marco de esa concepción siguen las Administraciones realizando actuaciones que hoy conocemos como de fomento, al punto que en el año 1832 se crea en España el Ministerio de Fomento, cuyas funciones esenciales en los primeros tiempos estuvieron presididas por la búsqueda del bienestar de los ciudadanos y luego se orientaron a la construcción de obras públicas (ferrocarriles, obras hidráulicas, etc.), en las cuales muchas veces jugaba un papel relevante la subvención, estimulando la actividad de los particulares en la dirección querida por la Administración, especialmente en el ámbito económico.

Para situar concretamente la actividad de fomento, debemos citar que existe una trilogía de actividades del Estado, la actividad de ordenación o de policía (la cual hace referencia a una actividad de gravamen), la actividad prestacional (referida al servicio público) y la actividad de fomento (favorecedora de derechos de las personas).

En palabras de Guzmán (2020, p. 41), la actividad de policía es también llamada actividad de limitación de derechos, que implica la facultad de la Administración de limitar derechos, sean fundamentales o no, a fin de obtener la adecuación del comportamiento particular al interés general, que restringe la libertad o ciertos derechos de los particulares, pero sin sustituir la actuación de los mismos.

Por otro lado, tenemos la actividad prestacional:

(...) es aquella relacionada al servicio público, que viene a ser aquella prestación que debe ser necesariamente asegurada por la Administración por ser de interés general. Es decir, un servicio público es un concepto instrumental que se traduce a través de una ley, la misma que no debe afectar derechos fundamentales y debe ser el resultado de la necesidad de regular una determinada actividad, provenientes distorsiones en el mercado como las externalidades, monopolios naturales, elevados costos de transacción. (Guzmán, 2020, p. 42).

Podemos mencionar que, la actividad de fomento no implica una imposición, sino una ayuda para la realización de una actividad económica, es inherente al ejercicio de la actividad administrativa e implica el correcto y efectivo uso de políticas estatales de desarrollo social y de generación de oportunidades económicas, relacionadas con el progreso y favorecimiento del desarrollo humano.

A partir de lo dicho, y en palabras de Dextre (2021) apreciamos que la actividad de fomento tiene cuatro características esenciales: 1) no implica una limitación a los derechos de los administrados, 2) no puede ir dirigida a cualquier ámbito de la economía, pues solamente se pueden promover aquellas de gran interés público, 3) implica la adopción de medidas que reciben el nombre de medios o técnicas de fomento y 4) la aceptación de los incentivos por parte de los administrados es voluntaria.

Sobre este punto, traemos a colación la posición De La Cuetara (1983), quien manifiesta que:

(...) el fomento va a ser rechazado totalmente por resultar contrario al postulado del liberalismo económico que sirvió de fundamento a la Revolución Francesa y en definitiva al advenimiento del Estado de Derecho, razón por la cual el Derecho Administrativo que se importa de Francia para España no va a conocer ni a reconocer esta forma de actividad administrativa, y ello tal vez explique que en el mencionado país durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX continúe realizando actividades de esta clase, pero sin vincularlas a un régimen jurídico particular, como en cambio sí ocurría con las actividades de policía y de servicio público.

Por su parte, Santamaría (1999) sostiene que *“después del primer tercio del siglo XX comienzan a utilizarse en España medidas de promoción o fomento de manera sistemática y global como elementos básicos de las políticas globales de desarrollo de raíz keynesiana (...)”*

En la actualidad la actividad de fomento es desarrollada por casi todos los aparatos estatales de los países del Occidente, con el fin de atender necesidades de interés general o que dichas acciones redunden en beneficio de la propia comunidad.

A fin de analizar el concepto de la actividad de fomento presentamos a los siguientes autores:

Para Cuesta (1958) el fomento es *“la actividad administrativa encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas de los particulares o de otros entes públicos que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”*.

En palabras De Pozas (1961) *“la actividad de estímulo o persuasión, donde también es la actividad de los particulares la que satisface la necesidad. Es la conocida por la doctrina española con el nombre de fomento”*.

Por su parte, Garrido (1966) indica que es *“aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de orden público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen”*.

La Escuela de Administración Regional (2009) sostiene que *“es aquella actuación administrativa encaminada a promover y estimular las actividades de los particulares con relevancia en la satisfacción de necesidades generales, sin utilizar la coacción y sin crear para ello servicios públicos”*.

Debemos tratar en el Derecho Administrativo de ir rescatando esencias y principios constitucionales para tratar de crear una aplicación de la actividad de fomento, pues al encontramos atados a un régimen jurídico con determinados derechos y obligaciones, verificamos que cuando ingresa un nuevo régimen jurídico consolidado— como alguna de las tipologías de la actividad de fomento - se intenta encasillarlo en alguna de las categorías jurídicas existentes, debiendo prestar atención a su esencia – que es el bien común general.

Sostenemos que, el control del Estado ha ido avanzando, generando una suerte de prerrogativas y garantías. Antes era difícil avanzar sobre las prerrogativas del Estado, por cuanto estas implicaban una afectación de impuestos respecto de un sujeto, sin embargo, en la actualidad, lo que se propugna es buscar un beneficio para el administrado, y he aquí donde radica la importancia del fomento.

Para la Escuela de Administración Regional (2009, p. 19) sus elementos específicos son:

- i) SUJETOS: el sujeto activo es la Administración Pública (sea de carácter territorial, como no territorial) actuando dentro de su competencia. Los sujetos pasivos son los administrados;

- ii) OBJETO: se trataría de los fines de interés público dentro de la competencia del órgano, lo que se trata de estimular: actividad económica, educativa, sanitaria, entre otros;
- y,
- iii) CONTENIDO: es el reconocimiento público y honorífico a personas e instituciones, las ventajas económicas otorgadas.

Variadas son las técnicas de fomento, estas pueden ser incentivos, subvenciones, primas, entre otras, pero todas ellas tienen la finalidad que el Estado promueva determinadas actividades científicas, económicas, culturales, con la intención mediata o inmediata de procurar el bien para la comunidad.

Para la Escuela de Administración Regional (2009, p. 20):

(...) en función de los medios de fomento se puede establecer una clasificación entre las medidas honoríficas, económicas y jurídicas, que vienen a ser los estímulos que mueven a los particulares a actuar en una determinada dirección considerada como deseable para el interés general, ejemplificándose de la siguiente forma: medidas honoríficas, medidas económicas y estímulos jurídicos.

La clasificación de los medios de fomentos como las medidas honoríficas (pueden ser las condecoraciones a civiles o militares), también existen las medidas económicas (primas, subvenciones, desgravámenes fiscales y las medidas jurídicas (beneficiarios de expropiaciones forzosas y sus favorecidos).

Es necesario que estudiemos el fomento porque implica un nuevo cambio de paradigma que sirve para identificar nuevos roles, lo que significa hacer una redefinición de patrones y del control de la actividad de fomento, el Estado deja de ser lejano y ajeno a nosotros y se perfila como un Estado con una visión distinta de la cosa pública, con un sistema de participación, con divulgación de los sucesos del gobierno, con posibilidad de acceder a la información.

Este nuevo cambio de paradigma del Estado genera que los fondos públicos ya no sean vistos como el tesoro del patrimonio del gobierno, pues estos fondos nos pertenecen a todos. De esta manera lo que se debería establecer es generar más promoción de las actividades de fomento, a fin de tener una suerte de control de los fondos públicos, logrando que esa concesión o ese reparto en un determinado administrado sea bajo reglas claras, transparentes y públicas.

La finalidad de la actividad de fomento es promover o estimular la actividad pública o particular bajo los principios de interés y beneficios colectivos. Por ejemplo: construir un puente entre una ciudad u otra, sembrar árboles, estas pueden ser actividades particulares que favorecen a toda la sociedad, ya que las administraciones públicas pueden contar con determinadas limitaciones y no únicamente de presupuesto, pues pueden existir determinadas obras que sean más interesantes de incentivar o promocionar por parte de la empresa privada, por tal motivo no se debe cerrar la puerta para que puedan beneficiarse un poco también de estos elementos.

Se puede permitir o incentivar la actividad de fomento, como las actividades de terceros: particulares, otras entidades públicas ajenas al gobierno central, pero todas y cada una de las acciones siempre van a encontrarse motivadas bajo el interés general, ya que los privados pueden acceder a determinados recursos, a planteamientos que efectivamente sean más completos y generen un impacto sano, adecuado, beneficioso para todo un colectivo social.

## **II.6. Principios, importancia y características de la actividad de fomento**

Tenemos la igualdad de condiciones y de requisitos, la congruencia entre los medios empleados, la complementariedad, porque no se trata que la Administración Pública les otorgue a terceros el 100% de la actividad, solo se le puede otorgar al privado cierto porcentaje; para a partir de ello generar más consumo, crear más trabajo, incremento de la actividad económica, entre otros.

Entre los principios que tenemos en virtud a la actividad de fomento, encontramos los siguientes:

### **a) Principio de legalidad**

Para Peña (2020) esta clase de actividad administrativa pueden también estar regulada por instrumentos de rango legal, tales como los requisitos para el otorgamiento de la ayuda, el monto de la misma, el órgano competente o delegado, etc, pero igualmente sin que ello comporte una violación al indicado principio de reserva de ley, pueden estar

establecidos en instrumentos de rango sublegal. Lo importante de destacar es que en ambas hipótesis la actividad de la Administración aparece regida por el principio de legalidad.

También se manifiesta el principio de legalidad administrativa, como afirma Ariño (2001):

(...) en la regulación de la relación de sujeción especial que se configura entre la Administración que otorga la ayuda económica y el particular que la recibe, dado que éste asume cargas y obligaciones, especialmente la relativa a la realización de la actividad estimulada, en los términos convenidos y aquella adquiere poderes de control exclusivamente sobre el desarrollo de dicha actividad, y desde luego que esa situación tiene que ser disciplinada por normas de rango legal o sublegal, según el correspondiente ordenamiento.

#### **b) Principio de igualdad**

Santamaría (1999) sostiene que las ayudas económicas deben otorgarse conforme a un régimen presidido por los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia, al que deben someterse todos los interesados y al mismo tiempo que el otorgamiento debe llevarse a cabo mediante procedimientos licitatorios competitivos, basados en que los seleccionados deben ser aquellos que al realizar la actividad promocionada rindan beneficios o mayores beneficios al interés general.

Este principio juega un papel relevante a los fines de intentar garantizar que las actividades de fomento de la Administración no comporten discriminación de los particulares interesados en ser favorecidos con las medidas de fomento, e inclusive a los no interesados en el correspondiente procedimiento. Y es que precisamente la igualdad viene a convertirse en un talón de Aquiles de esta categoría de actividades administrativas por un motivo elemental: siempre serán muchos los que pretendan beneficiarse de las ayudas de la Administración e igualmente siempre serán reducidos los recursos a disposición del Estado con ese fin.

Es así que la Administración debe actuar absolutamente apegada al marco normativo para evitar incurrir en la violación de este principio, cuya importancia en la apreciación de este tipo de actos de la Administración ha sido destacada por la jurisprudencia.

### **c) Principio de libre competencia**

Peña (2010) manifiesta que la mayoría de las Constituciones privilegian la libertad de empresa cuyo ejercicio implica la libre competencia, que se ha convertido en los países europeos en el elemento básico del proceso de liberalización de sus economías, al punto que en todos ellos además del control ejercido por los órganos de justicia de la Unión Europea, han sido creadas Administraciones Independientes o Tribunales encargados de defender la competencia; de allí entonces que la actividad de fomento de la Administración no sólo debe cabalgar por senderos muy estrechos para no infringir el principio de igualdad, sino que dichos senderos se toman más angostos cuando de lo que se trata es de preservar el principio de la libre competencia, dado que está sujeta a un doble control jurisdiccional: el interno y el de la Unión Europea.

Ariño (2001) en la misma línea afirma que, las referidas medidas no pueden violar las reglas de la libre competencia, discriminando a los competidores no favorecidos por las ayudas. Pareciera que esta acotación está referida a la actuación general de la Administración cuando dicta medidas de fomento, en el sentido de que está impedida de colocar en situación de ventaja a los que disfrutaban de ayudas, sobre los que no tienen acceso a las mismas porque no las requieren. Sin embargo, en esta hipótesis más que infringirse el principio de igualdad constitucional, en realidad se infringe el principio de libre competencia, que también está constitucionalizado.

En virtud a la importancia de la actividad de fomento, Céspedes y Masso (2015) definen el fomento en Cuba:

Como la acción desarrollada por la Administración Pública a través de diversas vías, dirigida al apoyo e incentivo de las actividades ejecutadas por entes públicos y particulares que coadyuven a la satisfacción de necesidades colectivas y al progreso del país en todas sus esferas, manteniendo esta la titularidad de la actividad, sin mediar la coacción, sin crear servicios públicos y sobre la base de los principios socialistas.

Asimismo, Peña (2020) manifiesta que la actividad de fomento, sobre todo en países como el nuestro tiene todavía una significativa importancia, pues implica una intervención muy especial, a diferencia de la que se configura con la de policía y la de servicio público, en cierto tipo de actividades de los particulares, mediante la promoción

y el estímulo a la realización de las mismas, razón por la cual su realización siempre comportará la utilización de recursos públicos.

Por su parte, Marienhoff (1992) define que esta actividad responde a las siguientes características:”1) *sometimiento al principio de legalidad*, 2) *otorgamiento de potestades discrecionales*, *amplitud de la esfera jurídica de los destinatarios*, 4) *relación socio-económica*”.

Los fondos públicos deberían convertir en controlable todo aquello que van tocando, de manera tal que cuando uno arroga un patrimonio público a un fin determinado, el Estado pueda controlarlo, esto es, que se cumpla el fin público determinado a satisfacer<sup>3</sup>.

Hoy hay reglas de transparencia, de publicidad, de concurrencia, de asignación de gastos que exceden y que apuntan no solo a contrataciones, sino a cualquier forma de distribución de pago, debiendo existir un mecanismo de publicidad para que todas las personas que se encuentren en el mismo escenario puedan acceder en condiciones de igualdad al mismo beneficio, siendo la actividad de fomento la propulsora de satisfacer dicha situación.

## **II.7. ¿Pensión o subvención para las parejas del mismo sexo en el Perú?**

Si optáramos por un sistema **pensionario**, deberíamos tomar en cuenta lo siguiente:

Bernal (2020, p.11) indica que el sistema previsional peruano tiene dos componentes: a) el contributivo y b)el no contributivo.

- a) El componente contributivo comprende todos aquellos regímenes previsionales bajo los cuales el trabajador debe realizar aportaciones para poder recibir una pensión. Este se subdivide a su vez en el Sistema Público de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones. En el Sistema Público, la Oficina de Normalización Previsional (ONP) administra los fondos de pensión de los trabajadores civiles incorporados al Decreto Ley N° 19990; mientras que el Ministerio de Economía y Finanzas se encarga de hacer lo mismo con aquellos trabajadores civiles pertenecientes al régimen N° 20530.

---

<sup>3</sup> Esta nueva cosmovisión hace que el ciudadano tenga un rol protagonista, pues el administrado no esperará pasivamente que el Estado le facilite una actividad de fomento, esta nueva redefinición exige que el ciudadano solicite una protección en términos de igualdad, pues en toda la actividad donde el Estado asigna fondos se exigen a los particulares determinadas garantías y reglas, por ejemplo, para acceder a la función pública, para hacer determinadas contrataciones con el Estado.

Por otro lado, la Caja de Pensiones Militar Policial es la institución encargada de administrar los fondos destinados al régimen previsional del personal militar y policial, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley N° 19846. Con respecto al Sistema Privado de Pensiones, este fue creado en 1992 mediante el Decreto Ley N° 26897 y se encuentra administrado por entidades privadas llamadas Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP).

- b) El sistema no contributivo lo administra el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS) y fue creado en el 2011 mediante el Decreto Supremo N° 081-2011-PCM. Este comprende al programa social Pensión 65 y está diseñado para ser recibido por los adultos mayores civiles que no reciben ninguna pensión y, además, viven en condiciones de pobreza extrema según la clasificación que se realiza a nivel de hogar mediante el Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH).

Bajo este análisis el sistema previsional peruano estaría constituido por el Sistema Nacional de Pensiones al amparo del Decreto Ley N° 19990, la Cédula Viva bajo la vigencia del Decreto Ley N° 20530, ambos administrados por el Estado que forman parte del Sistema Público de Pensiones; y, por otro lado, el regulado por el Sistema Privado de Pensiones, que es administrado por entidades privadas (AFP). Y a su vez, en forma de ayuda asistencialista tenemos a los programas creados para apoyar a los adultos mayores que no tengan una pensión y necesiten de recursos para su subsistencia, los cuales son brindados por el Estado, Pensión 65, por ejemplo. En el siguiente cuadro apreciamos la cobertura de porcentaje de aportes activos desde el año 2000 hasta el 2017 respecto de los regímenes pensionarios existentes en nuestro país:

**Cuadro 1**  
**Cobertura de activos (cotizantes/PEA) según subsistema, 2000-2017**  
*(En porcentajes)*

Año	Total	Caja de pensiones militar policial	Subtotal sistemas civiles	Sistema nacional de pensiones	DL No. 20530	Sistema privado de pensiones
2000	9,85	0,79	9,05	2,78	-	6,27
2001	10,04	0,79	9,25	2,54	-	6,71
2002	10,20	0,78	9,42	2,51	-	6,91
2003	11,77	0,76	11,01	2,59	0,75	7,68
2004	11,60	0,75	10,85	2,56	0,88	7,41
2005	11,53	0,73	10,79	2,62	0,86	7,31
2006	12,19	0,72	11,47	2,92	0,85	7,70
2007	13,90	0,72	13,18	3,23	0,84	9,12
2008	14,71	0,74	13,97	4,28	0,82	8,87
2009	16,27	0,74	15,53	4,87	0,81	9,85
2010	17,57	0,74	16,83	5,73	0,80	10,29
2011	18,51	0,73	17,78	6,19	0,79	10,79
2012	20,65	0,73	19,91	6,72	0,78	12,42
2013	21,48	0,74	20,74	7,63	0,76	12,35
2014	22,45	0,81	21,64	7,98	0,79	12,88
2015	22,69	0,81	21,88	8,06	0,77	13,05
2016	22,63	0,81	21,82	7,78	0,74	13,29
2017	22,75	0,82	21,93	7,57	0,74	13,62

Fuente: Bernal (2020)

Para Fiona y otros (2009):

(...) afrontar la vejez sin el respaldo de activos jubilatorios acumulados durante la vida activa, representará para millones de hombres y mujeres del Perú, un alto riesgo de caer en la pobreza, además de la que pudiera afectar a las familias que dependerían de ellos. A esto se suma la falta de oportunidades de los adultos mayores para obtener ingresos por otros medios. La OIT estima que en la actualidad sólo un 23% de los adultos mayores de 65 y más años, poseen acceso a una pensión, fenómeno particularmente crítico en las áreas rurales donde menos del 5% de los ancianos acceden a pensiones. Dado que los índices de cobertura de afiliación al sistema de pensiones se han venido deteriorando, es de esperar que también los índices de acceso a prestaciones pensionarias por parte de los adultos mayores se deterioren en las próximas décadas, hasta llegar a niveles aún más bajos.

Y si aterrizamos el marco de pensión a nivel internacional, podemos asegurar que la seguridad social es protegida por las legislaciones como derecho universal siempre y cuando sea para parejas heterosexuales; pero ¿qué sucede con las parejas del mismo sexo que desean acceder a una pensión de viudez?, allí el tema se vuelve denso y prácticamente un desafío, porque no solo es una materia no regulada en algunos países, sino que su cobertura no se encuentra prevista, lo que significa que no existe presupuesto nacional para solventar dicha situación.

Si optáramos por un sistema de **subvención**, deberíamos tomar en cuenta lo siguiente:

El término subvención según la Real Academia Española (2021) es *“ayuda económica que se da a una persona o institución para que realice una actividad considerada de interés general”*.

Significa entonces que, las subvenciones guardan relación con un entorno de ayuda pública y de bienestar colectivo, lo que se asemeja a lo propuesto por la actividad de fomento, que busca la obtención del bien común en virtud a la intervención privada.

En palabras de Esquivel y Loría (2012, p. 31) *“las subvenciones no fueron creadas bajo fundamentos políticos o económicos, sino que lo fueron como parte de una corriente que buscaba y procuraba instaurar las ayudas públicas como elementos y herramientas de enorme validez a la hora de procurar el bienestar y desarrollo de las masas.*

Las subvenciones serán todas aquellas ayudas económicas realizada por la Administración estatal a favor de personas públicas o privadas que necesariamente deban cumplir ciertos requisitos para su adquisición.

A nivel doctrinario, podemos mencionar que ha existido una evolución en cuanto al concepto de subvención. Así tenemos a Ivinsky (2005) quien señala que, durante el siglo XIX, el modelo del Estado gendarme tiene su origen en las ideas y conceptos liberales derivados tanto la Revolución Francesa como la Independencia de Estados Unidos. Dicho Estado presentaba como pilares fundamentales la promoción de la paz, el aseguramiento de las fronteras y el hacerse cargo de aquellas funciones y obligaciones que no eran asumidas por el sector privado, lo cual nos brinda un primer acercamiento hacia el concepto de ayuda pública y de la función que el Estado comenzó a ejercer dentro del marco de la liberalidad.

Un siguiente pasó fue la concepción del Estado de bienestar, que según Fernández y Rondina (2006) definida como una acción asociada al poder público, donde se procuró avalar ciertas condiciones mínimas de vida y bienestar para sus ciudadanos, principalmente aquellos desamparados y marginados, instaurando una metodología la cual tenía como objetivo palear y reducir las desigualdades entre los individuos, resaltando los conceptos de proteccionismo, intervencionismo, economía dirigida y planificación estatal.

Por último, pasamos al modelo de Estado subsidiario, agrega Sánchez (1962) que *“el principio de función subsidiaria significa que un Estado liberal existen sujetos privados los cuales interactúan junto con entes sociales en aras de alcanzar sus propios beneficios y metas, proceso dentro del cual dicha interacción debe desenvolverse dentro de un principio regulado que coordine el funcionamiento del sistema”*.

En su forma, clásica las subvenciones son una asignación patrimonial cuyo concedente es el Estado, en función de fines públicos. Ese concepto se enriquece modernamente en el sentido de que se agrega la preocupación pública de que los intereses del destinatario sean coincidentes con los perseguidos por la Administración.

Morón (2009, p. 320), considera que *“las subvenciones, ante todo, son ayudas públicas consistentes en una aportación dineraria con cargo a fondos públicos, realizados a favor de personas públicas o privadas, sin contraprestación directa por quien la recibe y para fines de interés público”*.

Así pues, en el marco de la actividad social que promueve el Estado Peruano, encontramos que la Clasificación Socioeconómica (CSE) que otorga el Sistema de Focalización de Hogares -SISFOH, es empleada por programas sociales y de subsidios. Para el Ministerio de Desarrollo e inclusión Social (2021) se destacan los siguientes: “1. Programa Nacional de Asistencia Solidaria - Pensión 65, 2. Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres – JUNTOS, 3. Programa Nacional de Becas y Crédito Educativo – PRONABEC, 4. Programa Nacional de entrega de la pensión no contributiva a personas con discapacidad severa en situación de pobreza-CONTIGO, 5. Bono de protección de viviendas vulnerables a los riesgos sísmicos (BPVRS)”.

## **II.8. Reconocimiento de derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo en el Perú**

En el marco de la Emergencia Nacional por el Covid-19 se expidió el Decreto de Urgencia N° 063-2020, donde se autoriza al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, efectuar entregas económicas a favor de los deudos del personal de la salud (que incluye a parejas del mismo sexo), a través de subvenciones que se aprueban mediante resolución del Titular del pliego de dicho Ministerio. A fin de dar aplicación lo establecido en el citado Decreto de Urgencia; se aprobó el Decreto Supremo N° 220-2020-EF, que cuenta con un Anexo donde se establecen a los beneficiarios.

En tal sentido, podemos colegir que el referido Decreto Supremo por primera vez en nuestro país protege a las parejas del mismo sexo del personal de la salud, reconociéndoles que serán beneficiarios económicos, en caso sus parejas fallezcan durante la pandemia; abriéndose con esta normativa una puerta para la adecuación de nuestra legislación, pues en mérito a la promoción de un Estado inclusivo y protector de las minorías, por primera vez se ha regulado una subvención para deudos de parejas del mismo sexo.

Esta normativa será el antecedente para que próximamente se otorguen derechos de carácter patrimonial a parejas del mismo sexo, toda vez que, no podemos ser ajenos a la realidad internacional ni mucho menos dejar de tener en cuenta la evolución que tiene dicha problemática, siendo uno de los países a nivel regional que aún no establece pautas concretas ni legisla sobre la situación de las parejas LGBT.

### **III. Planteamiento del problema**

#### **III.1. ¿Problema, ausencia o desinterés del Estado Peruano?**

Aterrizando en el marco peruano, sostenemos que la falta de regulación normativa para la unión de parejas del mismo sexo deviene de un problema social, pues la mayoría de la población tiende a horrorizarse al esbozar este tema; sin embargo, a la fecha existen muchas relaciones de este tipo que no poseen ninguna clase de derechos y requieren de una atención integral por parte del Estado, quien debe velar por fomentar políticas públicas que favorezcan la promoción de mayores beneficios para esta clase de convivencias, más aún cuando el concepto de familia, de acuerdo a la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha avanzado grandemente y se propone una multiplicidad de uniones; entre ellas, la de un varón – varón, mujer – mujer, quienes por el solo hecho de ser personas deben poseer los mismos derechos (en un futuro) que una pareja heterosexual.

El problema identificado ayudará a marcar las directrices para poner fin a las diferencias en las peticiones de otorgamiento de pensión a las parejas del mismo sexo, considerando que el acceso a la pensión se encuentra regulado a nivel comparado y no debe ser materia de discriminación por razones de género, pudiendo ser incluida en nuestra legislación a partir de la actividad de fomento, orientando el carácter provisional en cuanto a políticas de progreso en un Estado de Derecho.

En tal sentido, el problema de la investigación sería: **¿La atención a parejas del mismo sexo tras el fallecimiento de uno de los convivientes debe regularse a través de una pensión o una subvención por parte del Estado?**

#### **III.2. Propuesta de atención ante la ausencia de regulación normativa para las parejas del mismo sexo en el Perú**

En el marco de propuestas de iniciativas legislativas en nuestro país para reconocer derechos a este tipo de parejas, tenemos los siguientes proyectos de ley:

- a) Proyecto de Ley del Patrimonio Compartido N° 3814-2009.
- b) Proyecto de Ley N° 4181-2010-CR.
- c) Proyecto de Ley de Unión Civil no Matrimonial N° 2647-2013- CR.

d) Proyecto de Ley del Matrimonio Civil Igualitario N° 961-2016–CR.

e) Proyecto de Ley del Matrimonio Igualitario N° 525/2021–CR.

Como se acaba de detallar únicamente existen propuestas de proyectos de ley que se encuentran en su mayoría archivados, salvo los dos últimos que se encuentra en etapa de comisión y presentación, respectivamente, respecto al problema analizado.

Ello sucede, porque no somos capaces de cambiar el pensamiento retrograda de familia, el cual en el mundo globalizado se ha extendido y resulta que el artículo 4° de nuestra Constitución protege no solo a la familia nuclear sino a todas las formas familiares que no sean incompatibles.

En vista a la falta de regulación existente en el marco de la unión de parejas del mismo sexo, la propuesta que plantea este trabajo académico es “incluir a los excluidos”, otorgándoles los beneficios que otorga el sistema de seguridad social, del que a la fecha únicamente gozan las parejas heterosexuales, entendiéndose los viudos o viudas, según corresponda.

Dada la evolución que ha tenido en el tiempo y los derechos que han ido obteniendo a nivel internacional las parejas del mismo sexo, consideramos que en el marco de un trato digno y la protección a los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, se debería ampliar la cobertura de protección social con la posibilidad de otorgarles una subvención, en caso su concubino falleciera y el supérstite haya sido su pareja por una cantidad razonable de años, en virtud a ciertos requisitos que deberán contemplarse en los reglamentos correspondientes.

El Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques (2018) señala que *“la ampliación de la cobertura de servicios del seguro social a personas LGBT+, es un avance en materia de igualdad y derechos humanos que debe estar acompañada de consideraciones prácticas para asegurar su cumplimiento”*. En ese sentido, nuestro país no debe ser ajeno a la realidad que vienen afrontando los demás países y a los fallos internacionales que promueven la apertura a garantizar ciertos derechos patrimoniales a este colectivo, para el caso en específico la seguridad social implica percibir un monto mensual que cubra las necesidades básicas de una persona y no se minimice ni deteriore su calidad de vida como ser humano.

Debe considerarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiterada jurisprudencia que *“la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido (en ningún ámbito) para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”*.

#### **IV. Abordaje de la hipótesis**

##### **IV.1. Hipótesis**

La solución propuesta la problemática planteada consiste en:

- Otorgar subvenciones a las parejas del mismo sexo, dada la inexistencia de marco jurídico para el establecimiento de una pensión, en virtud a la actuación del Estado en el marco de la actividad de fomento como garantía de una necesidad pública.

##### **IV.2. Justificación**

Orientamos esta investigación con el propósito de lograr que la reforma o actualización que ha sugerido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00617-2017-PA/TC, sea propuesta más allá de situar la eliminación de mayores requisitos para el varón y la mujer al momento de obtener una pensión de viudez, pues no se está advirtiendo el carácter alimentario que posee la pensión (su núcleo duro) y que muchas personas no solo heterosexuales necesitan, al haber dependido económicamente de su pareja.

A raíz del fallo citado, la explicación de jurisprudencia comparada y atendiendo a una de las modalidades de intervención administrativa del Estado -como la actividad de fomento - mediante el otorgamiento de incentivos (subvenciones) se hace necesario regular este vacío legal y encontrar pautas para su atención, a fin de cubrir las necesidades de los administrados afectados, más allá del análisis de derechos patrimoniales que les pudiera o no corresponder a las uniones de parejas del mismo sexo a futuro.

Este estudio analiza el acceso a una subvención para parejas del mismo sexo que pierdan a su conviviente tras su deceso, desde su aspecto vinculado al marco comparado y considerando que la seguridad social debe ser considerada como un derecho fundamental, a la luz de principios sociales como la dignidad humana e igualdad, que de acuerdo al Expediente N° 050-2004-AI-TC.

Plantearé directrices donde se otorgue al Estado la posibilidad de poner fin a estos reclamos en virtud a su *ius imperium*, utilizando la concepción de la subvención como una ayuda pública económica directa, a fin de solventar el estado de necesidad de los particulares afectados, logrando que a futuro se aperture el no rechazo de peticiones en vía administrativa por la inexistencia de un marco legal en materia de unión de parejas del mismo sexo y considerando que la Constitución establece que no se debe brindar un trato desigual a los administrados por razón de la opción sexual.

En ese sentido, consideramos que más adelante el Estado deberá promover que las entidades de la Administración Pública encargadas de administrar los fondos de pensiones (Sistema Nacional y Privado) deberían fijar lineamientos para que las parejas del mismo sexo accedan a una pensión siempre y cuando cumplan los requisitos de seguridad social.

No existe marco legal para el otorgamiento de pensión de viudez para parejas del mismo sexo y a criterio personal se necesita una reforma en sentido general de dicha situación, porque no es posible que se haga distinciones en razón a la orientación sexual para acceder a una pensión, más aún cuando el acceso tiene que ser respetado en todo ámbito (administrativo y judicial), planteando una orientación a un Estado inclusivo, que otorgue cobertura social integral.

En ese sentido, manifestamos que este estudio es relevante porque a través de la promoción de un Estado promotor de actividades de fomento podremos otorgar bienestar y atender las necesidades de las minorías, como actualmente lo realizan los programas Juntos, Pensión 65, Jóvenes Productivos, promover acciones de articulación intersectorial e intergubernamental orientadas a facilitar el acceso de estas minorías (parejas del mismo sexo) a servicios públicos que presta el Estado (seguridad social y

salud), de manera que estas acciones estén orientadas a mejorar el bienestar de dicha población.

### **IV.3. Marco de las pensiones a parejas del mismo sexo a nivel Latinoamericano**

#### **Argentina**

Contempla esta posibilidad, según Jara (2018):

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), organismo descentralizado creado en 1991, que tiene a su cargo la administración de las prestaciones y los servicios nacionales de la seguridad social en la República Argentina, después de reiterados reclamos administrativos, resolvió el 18 de agosto de 2008 declarar a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53° de la Ley 24.241 como parientes, reconociéndoles el derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Provisional Público o del Régimen de Capitalización, que acredite derecho a percibir el componente público. Dicha decisión tiene su base normativa en diversos fallos judiciales que sirvieron de respaldo a la ANSES para cambiar el criterio y reconocer derechos previsionales a las personas LGBT, a través de diversos procesos judiciales.

Asimismo, otro de los respaldos jurídicos que tuvo la nación de Argentina para adaptar su sistema pensionario fue la reforma constitucional de 1994, con la cual se incorporaron tratados internacionales a sus disposiciones, que le otorgan jerarquía constitucional a dichos instrumentos y generan la modificación de normas de orden interno. Del mismo modo, se consideró la aplicación del principio de no discriminación en razón de la orientación sexual en el reconocimiento de los derechos para los pensionistas de parejas del mismo sexo.

#### **Colombia**

Al igual que Perú, el hermano país colombiano regula a nivel constitucional la seguridad social en la Constitución de 1991 que regula en su artículo 48° la seguridad social como un servicio público y como un derecho irrenunciable de todos los habitantes, tal es así que, su reconocimiento no hace una distinción entre las personas que puedan pretender adquirirla. También es de suma importancia considerar que los tratados y convenios internacionales que son ratificados por el Congreso Colombiano ingresan al bloque de constitucionalidad y prevalecen sobre el derecho interno, de acuerdo a lo establecido en el artículo 93° de su Carta Fundamental.

Es un país que se encuentra adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos y por ende a las decisiones de la Corte Interamericana, que hacen gala de la defensa de los derechos la no discriminación y a la igualdad.

El derecho a la seguridad social en Colombia no se encuentra regulado en un solo paquete normativo, pues ha sido la evolución jurisprudencial la que ha sentado las bases para la adopción de una propuesta de pensión a parejas del mismo sexo.

Pardo (2020) señala que las leyes que hicieron posible dicha situación son:

**Ley 100 de 1993:** Regula el sistema general de pensiones, considerando que la seguridad social es integral y es un conjunto de instituciones, normas y procedimientos que permiten a la persona gozar de una calidad de vida, a fin que el Estado pueda coberturar de manera integral las contingencias que menoscaben su salud. En esta ley, la pensión de sobrevivientes consignaba como beneficiarios en forma vitalicia a el/la cónyuge o la compañera (o) permanente supérstite, sin posibilidad, en ese entonces, a que el conviviente supérstite sea una persona del mismo sexo.

**Ley 1580 de 2012:** Es un paso importante a la evolución porque crea la pensión familiar, donde se reconoce la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media o ahorro individual.

Continúa mencionado que la evolución jurisprudencial de la pensión en Colombia, se establece de la siguiente forma, Pardo (2020):

**Sentencia del 27 de abril de 2016 con radicado 59750 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia:** A través de esta sentencia, la Corte Suprema Colombiana señaló que para acceder a la pensión de sobrevivientes no se necesita de ningún medio probatorio, debiendo primar la libertad probatoria en concordancia con el artículo 51 y 61 del Código de Procedimiento Laboral y de Seguridad Social.

**Sentencia C-075 de 2007:** Antes de la emisión de esta sentencia, la Corte colombiana no tenía precedentes que abordaban temas como el reconocimiento de derechos a favor de parejas del mismo sexo como la unión marital de hecho.

**Sentencia C-811 de 2007:** En esta sentencia se realiza un análisis a la desprotección de los grupos sociales minoritarios en Colombia – como las parejas del mismo sexo-, regulándose que el Estado adopte acciones para garantizar la igualdad ante la ley y la integración al sistema de seguridad social, lográndose el reconocimiento de la cobertura en servicios de salud a dichas parejas.

**Sentencia C-366, 2008:** Con el objetivo de realizar un trato igualitario y no discriminatorio a personas del mismo sexo que sean pareja y puedan acceder a los mismos derechos que las parejas heterosexuales, se otorga una protección hacia las parejas homosexuales en cuanto a la pensión de sobrevivientes, otorgándoles a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales el mismo trato que a las demás, en razón a la libertad de opción sexual y al desarrollo de la personalidad, lográndose con ello el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo.

**Sentencia T-789, 2008:** En este caso, la Corte consideró que no debía existir diferencia entre los derechos y obligaciones alimentarias en las parejas, independientemente de su orientación sexual, por lo tanto, las obligaciones alimentarias se entienden también para los compañeros permanentes, y, por lo tanto, para las parejas homosexuales y heterosexuales, siempre y cuando se cumpla con las condiciones establecidas en la Ley 54 de 1990.

**Sentencia T-911 de 2009:** En esta sentencia se explica que la acreditación de la pareja es un requisito necesario y razonable para el acceso a una pensión de sobrevivientes, con el cual se obtendría la titularidad a la pensión.

**Sentencia T-051 de 2010:** Se señala que los requisitos para obtener una pensión de sobrevivencia son idénticos tanto para parejas heterosexuales como para parejas homosexuales(compañeros/as).

**Sentencia T-716 de 2011:** En esta sentencia se señala que está prohibida alguna forma de discriminación que se fundamente en la falta de aceptación a la orientación sexual de las minorías.

Para efectos de la entrega de pensiones a parejas del mismo sexo se modificó la normativa (Ley 100) por la Ley 797 de 2003, que a la letra señala:

*“Artículo 13*

*Los artículos 47 y 74 quedarán así:*

*“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, **el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite**, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad (...)”*

## **Uruguay**

A través de la Ley 18.246 se reconocen derechos y obligaciones a quienes hayan convivido en unión de relación afectiva (cualquiera sea su identidad, orientación u

opción sexual), de tipo sexual (relación exclusiva y singular), durante 5 años (estable y permanente) o más, sin interrupciones.

Es así, que desde dicha fecha se reconoce a parejas del mismo sexo como beneficiarios de una pensión de sobrevivencia siempre y cuando cumplan los requisitos de la convivencia.

A través de la Ley de Matrimonio Igualitario, Ley N° 19.075 del 9 de mayo de 2013 se amparó el matrimonio civil a personas del mismo sexo en Uruguay, impactando ello en la obtención de derechos patrimoniales como a la seguridad social, por el cual los matrimonios homosexuales tendrían acceso a una pensión de sobrevivencia.

### **Brasil**

Mediante la Ordenanza N° 513 del 9 de diciembre de 2010 en el vecino país de Brasil se reconoció el derecho a la pensión a las parejas del mismo sexo en caso de muerte de la pareja, ello en palabras del Instituto Nacional del Seguro Social (2010), quien señala que:

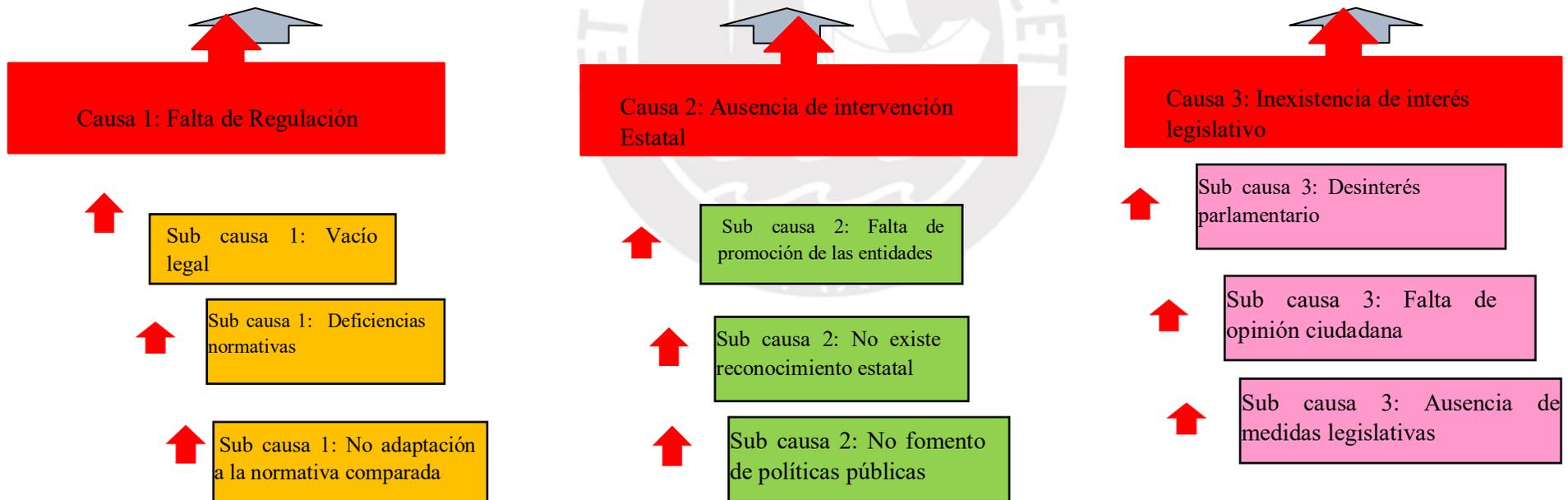
Desde el 2000 se pagan pensiones a todas las personas que acrediten haber mantenido una relación con parejas del mismo sexo, pero ello se dio a través de una decisión judicial. Sin embargo, el decreto citado primigeniamente abre el camino a que las uniones estables del mismo sexo puedan ser incluidas en el Régimen General de Previsión Social.

#### IV.4. Desarrollo de la hipótesis

### Árbol de problemas a nivel local –Perú

PROPUESTA: Otorgar subvenciones a las parejas del mismo sexo, dada la inexistencia de marco jurídico para el establecimiento de una pensión, en virtud a la actuación del Estado en el marco de la actividad de fomento como garantía de una necesidad pública.

PROBLEMA GENERAL: ¿La atención a parejas del mismo sexo tras el fallecimiento de uno de los convivientes debe regularse a través de una pensión o una subvención por parte del Estado?



#### IV. 5. Esquema de desarrollo de la hipótesis

MARCO COMPARADO A NIVEL LATINOAMERICANO	SUSTENTO NORMATIVO	PROPUESTA DE DIRECTRICES
ARGENTINA	Artículo 53° de la Ley 24.241	La actividad de fomento en su vertiente de subvenciones serviría de ayuda social a aquellas parejas del mismo sexo que tras el deceso de su conviviente se queden en una situación de desamparo y desprotección, concordante con el propósito de dicha actividad -salvaguardar el interés general-, en este caso, el interés de un colectivo de personas que en el Perú abarca alrededor del 8 % a nivel nacional.
BRASIL	Ordenanza N° 513 del 9 de diciembre de 2010.	La seguridad social al ser un derecho fundamental y a la vez un servicio público esencial debe prestarse con sujeción a los principios de solidaridad, unidad, igualdad, universalidad, integralidad, inmediatez, subsidiaridad del Estado, razón por la cual es el Estado quien debe velar por entregar a la ciudadanía – sin ninguna clase de distinción un acceso a una pensión que le ofrezca una calidad de vida digna, ello debe incluir a los convivientes supérstites de parejas del mismo sexo.

URUGUAY	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ley 18.246.</li> <li>- Ley de Matrimonio Igualitario, Ley N° 19.075.</li> </ul>	<p>La Corte IDH establece que la orientación sexual encuentra relación con la libertad de autodeterminación de toda persona, protegido por la Convención. En ese sentido, el Estado peruano debería procurar mejoras en cuanto al tratamiento de personas del mismo sexo, ahondando en su protección no solo a nivel humano, sino verificando que son un colectivo que necesita atención primaria en sectores como salud y seguridad social, del cual pueden verse limitados si no encuentran normativa que ampare sus pedidos.</p>
COLOMBIA	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sentencia C-366, 2008.</li> <li>- Caso 12.841, Ángel Alberto Duque vs. Colombia.</li> </ul>	<p>Todos los Estados reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos deben garantizar el principio de igualdad y no discriminación, en cualquiera de sus manifestaciones, por lo que el Perú debería allanarse a las disposiciones internacionales y garantizar el acceso a una subvención a parejas del mismo sexo sin hacer diferencias en cuanto a la orientación sexual.</p> <p>Debe ser función de toda autoridad estatal y jurisdiccional la realización del control de convencionalidad, a partir del cual se promueve el sometimiento a la regulación internacional, como el seguimiento de sentencias internacionales como la reseñada, resultando vinculante en su integridad.</p>

Fuente: Elaboración propia creada a partir del marco jurídico abordado.

#### **IV.6. Distintas miradas de la actividad de fomento y posición adoptada**

Como lo hemos planteado en la investigación la actividad de fomento se caracteriza por sus diversos enfoques, y ello guarda relación con la función administrativa que posee el

Estado y su necesidad de proteger el interés general de manera continua, perenne y concreta.

Partiendo de este análisis, podemos aseverar que, como parte de su función administrativa, la Administración Pública se encuentra capacitada para regular las necesidades de la sociedad y la problemática que enfrentan ciertos sectores de la población, a fin de brindarles un grado de bienestar y satisfacción, ya sea con la aplicación de directrices estatales, políticas públicas o ayudas prestacionales.

En el marco de las ayudas prestacionales, encontramos a la subvención, que tendría su fundamento en la protección del ciudadano y su defensa como base fundamental del Estado, ello debe ser traducido en el servicio a favor de la persona y el desarrollo del bien común, esto quiere decir que más allá de las funciones que ejerce la Administración, también debe estar en constante preocupación por velar por el desarrollo de la ciudadanía, logrando la integridad y dotándoles de garantías mínimas para el goce de derechos constitucionales como la igualdad ante la ley.

El enfoque que le otorgamos en esta investigación a la actividad de fomento es aquel que va relacionado con un nuevo tratamiento de la promoción estatal, aquella que se encuentra estrechamente relacionada con el estímulo de actividades, el otorgamiento de prestaciones estatales, el rol subsidiario del Estado frente a desigualdades, buscando nivelar ese marco de discriminación existente en cuanto al grupo de personas del mismo sexo que han adoptado hacer vida en común.

Esta posición guarda concordancia con lo que afirma Loo (2009) *“una pretensión de delimitación del ejercicio del poder del Estado y la correlativa protección de la dignidad del individuo y, sobre todo, de los cuerpos intermedios y su iniciativa”* (p.400). Continúa precisando el citado autor, que *“el Estado se encuentra legitimado a actuar en aquellos casos que, por la naturaleza y la dimensión de las tareas, el individuo o las comunidades no sean capaces de afrontarlas, (...) transformando en un deber la provisión de ayuda a quienes sean incapaces de hacer frente a sus carencias, siendo esta una intervención pública que se justifica en el deber de solidaridad”* (Loo 2009, p.400).

Entonces, si partimos de este rol subsidiario que debe adoptar el Estado y tomamos en cuenta la legislación comparada analizada, llegamos a la aceptación de nuestra hipótesis, pues la actividad prestacional orientada al fomento es la única opción viable,

por el momento, para salvaguardar los intereses de este colectivo de personas, dado que el otorgamiento de una subvención se encuentra vinculada con la posible adopción del derecho a pensión a futuro.

Si partimos del concepto que el acceso a la pensión más allá de ser un derecho fundamental debe ser apreciado como un servicio público, el cual no debería tener restricción entre varones y mujeres, por ende, parejas del mismo sexo que hayan hecho vida en común podrían gozar de una pensión (en algún momento), pues la normativa debe adecuarse a la Constitución y al modelo social existente en diversos estados latinoamericanos.

En ese sentido, esta investigación y el producto final de la aceptación de la hipótesis resultan novedosos, ya que muchos investigadores actuales han encontrado que nuestro sistema de pensiones pasa por un déficit normativo, es así que se propugna dar una salida aceptable al Estado -en su rol subsidiario -, sumado al respeto por la asistencia social en su vertiente de actividad de fomento, ello en razón de la protección de grupos de riesgo (como las parejas del mismo sexo) y el restablecimiento de derechos afectados a este grupo social, a través de acciones concretas y la eliminación de brechas de género, ideología, desigualdad, pues las distinciones no son un mecanismo de salida, ya que con ello se establecen mayores requisitos para unos que para otros.

## V. Conclusiones

1. El marco normativo del acceso a la pensión ha ido evolucionando con el pasar del tiempo, por lo que las normas que regulan el Sistema Nacional de Pensiones a la fecha se encuentran obsoletas y han ido modificándose en virtud a la doctrina jurisprudencial y al análisis realizado por el Tribunal Constitucional, como el caso de la diferencia que existía entre el otorgamiento de pensiones de viudez entre matrimonios y convivencias; lo cual debería ser traducido al vacío legal existente en cuanto a las parejas del mismo sexo, en virtud al principio de igualdad ante la ley.
2. Tomando en cuenta que el colectivo de personas del mismo sexo que hacen vida en común en nuestro país abarca el 8 % de peruanos a nivel nacional, es necesario optar por políticas de inclusión social como lo han venido fomentando los últimos gobiernos; y específicamente otorgar acceso a una subvención ante el fallecimiento de sus convivientes, siempre y cuando cumplan ciertos requisitos que deberían ser regulados de manera concreta; toda vez que a nivel comparado existe jurisprudencia y normativa que hace posible que esta necesidad sea materializada con un apoyo monetario y de carácter social.
3. Ante la inexistencia de un marco jurídico que otorgue un mecanismo de seguridad social a las parejas del mismo sexo que hayan hecho vida en común, el Estado debe promover el otorgamiento de subvenciones a los convivientes supérstites como parte de la promoción de la actividad de fomento, por cuanto este grupo afectado forma parte de la sociedad y necesita protección y garantías estatales para canalizar el estado de necesidad por el que atraviesan ante la pérdida de su familiar.

## VI. Referencias bibliográficas

- Alfaro, E  
(2004) *El Sistema Previsional Peruano y la necesidad de plantear una nueva reforma*. Tesis para obtener el grado académico de Magister en Administración de Negocios. Universidad Católica del Perú: Lima, Perú.
  
- Arlettaz, Fernando  
(2015) *Matrimonio homosexual y secularización*. Cultura Laica: México. 172 pp.
  
- Ariño O, G  
(2001) *Principios de Derecho Público Económico*. Comares. Granada.
  
- Bernal L, Noelia  
(2020) *El sistema de pensiones en el Perú, Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera*. En *Macroeconomía del Desarrollo*, serie 207, Cepal.
  
- Cabrales L, José  
(2015) *Transformación jurídica de la perspectiva nacional sobre las uniones civiles y el matrimonio entre personas del mismo sexo en Latinoamérica*. Derecho PUCP N° 75, Revista de la Facultad de Derecho.
  
- Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques  
(2018) *Las pensiones por viudez y su financiamiento en el caso de miembros de parejas del mismo sexo* (Recuperado el 15 de octubre de 2021).  
[https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/AI\\_PensionesLGBT\\_110918.pdf](https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/AI_PensionesLGBT_110918.pdf)
  
- Céspedes M., L y Massó T, O  
(2015) *La actividad administrativa de fomento y el desarrollo local en Cuba: un binomio necesario*. Revista Caribeña de Ciencias Sociales (junio 2015).  
<https://www.eumed.net/rev/caribe/2015/06/desarrollo-cuba.html>.

- Comisión Colombiana de Juristas  
(2005) Expediente D-6992. Concepto. Normas demandadas: artículos 2, 4, 47, 48, 49 y 72 (parciales) de la Ley 975 de 2005.
  
- Corte IDH, Caso de Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile. Fondo. Reparaciones y Costas  
(2012) Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N°239, párrafo 92
  
- Cuesta, E  
(1958) *Apuntes de Derecho administrativo.*
  
- De La Cuetara, J  
(1983) *La Actividad de la Administración:* Tecnos. Madrid.
  
- De Pozas, J  
(1961) *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo:* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.
  
- Dextre I., Walter  
(2021) *Apuntes elementales sobre la actividad de fomento en la Administración Pública.* En Lp. Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/apuntes-elementales-actividad-fomento-administracion-publica/>
  
- Diario El País  
(2010) *Islandia aprueba el matrimonio homosexual.*
  
- Esquivel D, F y Loría B, E  
(2012) *Subvenciones: Potestades y Límites de los Estados en el Marco de la Organización Mundial del Comercio.* Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
  
- Garrido, Fernando  
(1966) *Tratado de Derecho administrativo II:* Instituto de Estudios Políticos, 3. ed., Madrid.

- Jara, Luciano  
(2018) Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).  
<https://observatorio.unr.edu.ar/administracion-nacional-de-la-seguridad-social-anses/>
  
- Escuela de Administración Regional  
(2009) Principios de organización y actuación de la Administración Pública. *Procedimientos y formas de la actividad administrativa. La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento*: Junta de Comunidades de Castilla – Mancha.
  
- Fernández, J. y Rondina, J.C  
(2006) *Historia Argentina Tomo I*. (1 ed.). Santa Fe, Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
  
- Fiona, C y otros  
(2009) *Envejecimiento con dignidad, pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú*. Centro de Estudios y Publicaciones.
  
- Guimón, Pablo  
(2015) *Irlanda aprueba el matrimonio hay por una amplia mayoría*. En Diario El País. Publicado el 23 de mayo de 2015.
  
- Guerrero G, Sofia  
(2020) *Los derechos y la inclusión de las personas LGBTI en Perú en tiempos de coronavirus*. Banco Mundial Blogs.  
<https://blogs.worldbank.org/es/latinamerica/los-derechos-y-la-inclusion-de-las-personas-lgbti-en-peru-en-tiempos-de-coronavirus>.
  
- Guzmán N, Christian  
(2020). *Procedimiento Administrativo General. Tomo I*. 1 ed.: Instituto Pacífico. Lima, Perú.

- Inei  
(2017) *Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI, 2017. Principales resultados.*
  
- Irazábal, J  
(2015) *El derecho a la pensión del conviviente supérstite en el Sistema Nacional de Pensiones. Tesis de Pregrado en Derecho: Universidad de Piura. Piura, Perú.*
  
- Instituto Nacional del Seguro Social  
(2010) *El Gobierno de Brasil reconoce, mediante un decreto, el derecho a pensión de viudedad para las uniones estables del mismo sexo.*
  
- Ivinsky, M  
(2005) *Derecho administrativo y Estado.*
  
- Loo G, M.  
(2009) *La disciplina constitucional del principio de subsidiaridad en Italia y Chile.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII(33), 391-426.  
<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/713/672>
  
- Marienhoff, M  
(1992) *Tratado de Derecho Administrativo, Contratos Administrativos. Teoría General, Tomo III-A, 4ta Ed., Buenos Aires, Edit. Abeleto-Perrot.*
  
- Martinell, J, M. y Areces P., M. T  
(1998.) *Uniones de hecho,* Ediciones de la Universidad de Lleida, España, p. 11.
  
- Medina, G.  
(2001) *Uniones de Hecho: Homosexuales y de fuentes alternas.* Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. pp. 219-221

- Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social  
(2021) Programas Sociales y de Subsidios del Estado que emplean la Clasificación Socioeconómica (CSE)
  
- Montesinos, C  
(2017) *Alcance de la pensión de viudez en la unión de hecho en Juzgados de la Corte Superior de Justicia de Lima, año 2013-2017*. Tesis para obtener el título profesional de abogada: Universidad César Vallejo. Lima, Perú.
  
- Morón S, Miguel  
(2009) *Derecho Administrativo. Parte General*. (5° ed.). Tecnos, Madrid, España. p. 320
  
- Pardo F., María  
(2020) *Estudio Jurisprudencial de la Evolución Histórica del Derecho de las Parejas del mismo Sexo a la Pensión de Sobrevivientes en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
  
- Peña S, J  
(2020) *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela.
  
- Presse, France  
(2017) *La Corte Constitucional de Austria autoriza el matrimonio homosexual*. En Diario El Mundo, Publicado el 5 de diciembre de 2017.
  
- Real Academia Española  
(2021) Recuperado el 15 de octubre de 2021.  
<https://dle.rae.es/subvenci%C3%B3n?m=form>
  
- RTVE  
(2014) *Luxemburgo legaliza el matrimonio y la adopción de homosexuales*. Publicado el 18 de junio de 2014.

- RTVE  
(2015) *Grecia aprueba las uniones civiles del mismo sexo*. Publicado el 23 de diciembre de 2015.
  
- Sánchez, L  
(1962) *Los principios cristianos del orden político*. (1 ed.). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
  
- Santamaría P., J.  
(1999) *Principios de Derecho Administrativo II: Centros de Estudios Ramón Areces*. Madrid.
  
- Sistema de Focalización de Hogares  
(2021) *Programas Sociales y de Subsidios del Estado que emplean la Clasificación Socioeconómica (CSE)*. Recuperado el 15 de octubre de 2021.  
<http://www.sisfoh.gob.pe/ciudadania/que-es-la-clasificacion-socioeconomica-cse/programas-sociales-y-de-subsidios-del-estado-que-emplean-la-clasificacion-socioeconomica-cse>
  
- Shibata, Yuu  
(2019) Ciudadanía italiana y derechos de residencia para parejas del mismo sexo. En *Diario Mazzeschi*. Publicado el 16 de julio de 2019.
  
- Talavera, Pedro  
(2007) *El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo*. En *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* México. 21pp.
  
- Villar E., J  
(1999) *Derecho Administrativo Especial: Civitas*. Madrid.

- Waaldijk, K  
(2011) *Same-Sex Partnership, International Protection. En Max Planck Encyclopedia of Public International Law.* Oxford University Press.  
[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

