

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

EXPEDIENTE : 00144-2018-0-1801-SP-CI-01
DEMANDANTE : OTTO DIAZ NARRIA
DEMANDADO : MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS
MATERIA : ACCION POPULAR

21 FEB 2019

SENTENCIA.RESOLUCIÓN N° 08

Lima, siete de noviembre
de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Realizada la vista de la causa e interviniendo como ponente el Juez Superior

I.- PARTE EXPOSITIVA:

Resulta de autos que **Otto Díaz Narria**, mediante escrito que corre de fojas 32 a 47, interpuso demanda de Acción Popular contra el Ministerio del Interior y otros con la finalidad de que se declare la nulidad de la Segunda Disposición Complementaria Final del Anexo del Decreto Supremo N° 293-2016-EF, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de octubre de 2016.

Como fundamentos de la demanda, señala, en resumen los siguientes:

- Que, el accionante es miembro de la Marina de Guerra del Perú, habiéndosele pasado a la situación de retiro mediante Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0251-97-CG/MG, documento con el cual se le otorgó una pensión por invalidez permanente por haber adquirido una incapacidad psicósomática que fue contraída en acción de armas, por lo que la pensión de retiro resultaría ser equivalente al

íntegro del haber mensual en el grado correspondiente a Técnico de Primera, conforme al régimen de la Ley N° 19846 y estar encuadrado dentro de la Ley N° 25413.

- Que, el accionante fue declarado invalido en el año de 1997, otorgándosele una pensión, en razón, que se le expidió un informe médico sustentado por la propia Marina de Guerra del Perú, el mismo que fue materia de pronunciamiento por parte del Consejo de Investigación, y una seria de Juntas Médicas, para finalmente se emita el Acta de Junta de Sanidad N° 1234-86 de fecha 30 de diciembre de 1986.
- Que, conforme a los hechos arbitrarios plasmados en el Decreto Supremo N° 399-2015-EF y la finalidad de que se restablezcan los derechos constitucionales vulnerados, consagrados en el inciso 2) del artículo 2°, y en el artículo 11° de la Constitución Política del Estado, así como también contravenir la Ley y Normas Reglamentarias como el artículo 11° del Decreto Ley N° 19846 y la Décima Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1132, publicado el 09 de diciembre de 2012, el accionante con fecha 27 de junio de 2016, procedió a interponer la presente demanda de acción popular, cuestionando que no era posible que al haber transcurrido aproximadamente 19 años tenga que ser obligado a someterse periódicamente a una evaluación médica ante una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de Hospitales de la Sanidad de las Fuerzas Armadas y Policías para percibir el bono establecido en el Decreto Legislativo N° 1132.
- Que, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N° 184-2016-0, declaró fundada la demanda y por consiguiente declaró nula la Segunda Disposición Complementaria Final del Anexo del Decreto Supremo N° 399-2015-EF, y de tal manera se continúe otorgando el subsidio por invalidez referido en la Décima Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1132; ahora, pese que el Decreto Supremo N° 399-2015-EF había sido

derogado por el Decreto Supremo N° 293-2016-EF de fecha 27 de octubre de 2016; el artículo 81° del Código Procesal Constitucional, determinó, que el último Decreto Supremo también es inconstitucional y/o ilegal y excesivo contraviniendo lo dispuesto en el Decreto Ley N° 19846, lo cual atenta según el sexto y séptimo considerando de la sentencia, así como también transgrede la Convención Interamericana para la eliminación de toda forma de discriminación contra la personas con discapacidad y además atenta contra el artículo 24° del Reglamento del Decreto Ley N° 19846 contenido en el Decreto Supremo N° 009-DECCFA respecto a que ninguna autoridad puede ordenar la realización de un informe médico después de 03 años.

Por su parte, la **Procuradora Pública Especializada en Materia Constitucional**, en representación de los Ministerios demandados, mediante escrito que corre de fojas 171 a 181, contesta la demanda, entre otro, solicitando que se declare infundada la demanda, argumentando en resumen, lo siguiente:

➤ Que, la Décima Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1132, dispone, que los Ministerios de Defensa, Interior y de Economía y Finanzas tienen la potestad de reglamentar los alcances, entre otros puntos, del subsidio por invalidez en concreto, a partir de ello, es que se expidió el Decreto Supremo N° 293-2016-EF, razón por la cual la norma impugnada fue expedida conforme al ordenamiento legal, más aún, si para acceder a la pensión de invalidez se debe tener en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 19° del Decreto Legislativo N° 1133, y los artículos 23° y 24° que establecen las condiciones necesarias para acceder a la pensión de invalidez o incapacidad, así como, las razones por las que se puede perder dicho beneficio.

➤ Que, del Decreto Legislativo N° 1133, se concluye, que el beneficio tiene la obligación de acreditar que la razón por la cual se le otorgó la pensión aún se mantiene, de forma más clara, el artículo 34° en su literal b),

establece la obligación de someterse a las evaluaciones médicas que se estimen pertinentes a fin de acreditar que aún se mantienen las razones médicas por las cuales se le otorgó la pensión de invalidez, de no cumplirse con dicha obligación, se suspenderá el derecho a percibir pensión de invalidez, de ahí que la exigencia de que el pensionista se someta a las evaluaciones necesarias para acreditar su estado de invalidez se ha establecido en la Ley, entre otras normas, de manera específica en el artículo 34° del Decreto Legislativo, la Segunda Disposición Complementaria del Anexo del Decreto Supremo N° 293-2016-EF solo concretiza lo establecido en las normas con rango de Ley, por lo que no se advertiría ilegalidad alguna de las normas impugnadas.

- Que, el subsidio como la pensión por invalidez tienen por objeto brindar protección a quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad, por lo que tales conceptos son entregados a quienes se encuentran o mantienen esa situación de vulnerabilidad, lo contrario supondría desnaturalizar el objeto de la previsión de la pensión y subsidio de invalidez, es decir, su finalidad de regulación no podría cumplirse si no se cumple con constatar que la situación de invalidez o incapacidad se mantiene para seguir percibiendo dichos montos.
- Que, el accionante alega la afectación al derecho a la pensión previsto en el artículo 11° del Decreto Ley N° 19846, argumentando, que puede ser rebatido en la medida de que tal y como está previsto en la Décimo Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1132 invocado por la parte demandante, el subsidio por invalidez se otorga a las pensionistas adicionalmente al monto que perciben por pensión, en ese sentido, su derecho a la pensión no se ha visto afectado pues el subsidio por invalidez no regula dicho concepto, sino un beneficio complementario a la pensión, no obstante, dos supuestos regulados por normas distintas, un supuesto es el de acceder a la pensión por invalidez previsto en el artículo 11° del Decreto Ley N° 19846 y el artículo 19° del Decreto Legislativo N° 1133, y otro supuesto, es el de mantener dicha pensión a través de la situación de vulnerabilidad que

genero el otorgamiento de la pensión y que se ha tratado de manera directa en el literal b) del artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1133.

Tramitado el proceso conforme a su naturaleza, mediante resolución N° 04, de fecha 19 de Setiembre de 2018, se declaró infundada la excepción de incompetencia formulada por la Procuradora Pública Especializada en Materia Constitucional, y realizada la vista de la causa, los autos quedaron expeditos para emitir sentencia, de acuerdo a lo normado por el artículo 92° del Código Procesal Constitucional

II.-PARTE CONSIDERATIVA:

CONSIDERANDO:

El proceso de Acción Popular

PRIMERO: Que, el artículo 200° de la Constitución Política del Estado establece que: "La Acción Popular procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen". (Resaltado y subrayado es nuestro); por su parte, el artículo 76° del Código Procesal Constitucional, prescribe que: "La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso" (Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, la acción popular es uno de los procesos constitucionales orgánicos que hace control abstracto de constitucionalidad y legalidad de las normas de jerarquía infra legal; por tanto, en el presente caso, el control de constitucionalidad se deberá realizar bajo esos alcances, mas no así bajo la perspectiva de la alegación individual y en concreto de los derechos constitucionales invocados por el demandante.

La disposición reglamentaria cuestionada.

SEGUNDO: Que, en el presente proceso se cuestiona la **Segunda Disposición Complementaria Final del Anexo del Decreto Supremo N° 293-2016-EF¹**, que establece:

*“En los casos de los pensionistas del Decreto Ley N° 19846 en la condición de inválido y de incapaz para el servicio, **deberán someterse periódicamente a una evaluación médica** ante una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de Hospitales de la Sanidad de las Fuerzas Armadas o Policiales.*

Es de obligatorio cumplimiento someterse a dicha evaluación médica señalada en el párrafo precedente y que en esta se determine su condición de inválido y de incapaz para el servicio, para continuar percibiendo el subsidio por invalidez a que se refiere la Décima Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1132.

Asimismo, precisese que la percepción de dicho subsidio por invalidez es incompatible con la percepción de remuneración o de cualquier otro ingreso mensual por concepto de contraprestación por servicios sea dinerario o no dinerario, y de libre disposición que percibe temporal o permanentemente una persona. Corresponde al Ministerio de Defensa, Ministerio del Interior y a la Caja de Pensiones Militar Policial, según corresponda, efectuar la fiscalización de dicha incompatibilidad” (Resaltado y subrayado es nuestro).

TERCERO: Que, sin embargo, con la finalidad de realizar las precisiones del caso y conforme expone el propio demandante, lo que en específico se cuestiona de la referida disposición es la parte que ordena que los pensionistas del Decreto Ley N° 19846 **se sometan periódicamente a una evaluación médica** ante una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, ESSALUD o de Hospitales de Sanidad de las Fuerzas Armadas o Policiales para continuar percibiendo el subsidio por invalidez a que se refiere la Décima Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1132.

¹ Aprueban disposiciones y fijan montos por concepto de “Bonificación por Desempeño Efectivo de Cargos de Responsabilidad”, “Bonificación por Función Administrativa y de Apoyo Operativo Efectivo” y “Bonificación por Alto Riesgo a la Vida”, aplicables al personal en situación de actividad, militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, así como el monto por concepto de Subsidio Póstumo y por Invalidez para los pensionistas del Decreto Ley N° 19846, y aprueban una Transferencia de Partidas a favor de los Ministerios de Defensa y del Interior; y Fuero Militar Policial

Las disposiciones constitucionales y legales que se habrían vulnerado.

CUARTO: Que, el demandante alega que con la disposición reglamentaria cuestionada se habrían vulnerado las siguientes normas:

- **El artículo 2° de la Constitución Política del Estado:** *"Toda persona tiene derecho: (...) 2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".*
- **El artículo 3° de la Constitución Política del Estado:** *" La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".*
- **El artículo 11° de la Constitución Política del Estado:** *"El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado".*
- **El artículo 200° de la Constitución Política del Estado:** *"Son garantías constitucionales: (...) 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen".*
- **El artículo 11° del Decreto Ley N° 19846:** *"El personal que en acto o consecuencia del servicio se invalida, cualquiera que fuese el tiempo de servicios prestados percibirá: a. El íntegro de las remuneraciones pensionables correspondiente a las del grado o jerarquía del servidor, en Situación de Actividad (...)".*
- **La Decima Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1132:** *"El subsidio póstumo y por invalidez para los actuales pensionistas por invalidez permanente o viudez, se otorga a aquellos beneficiarios que han obtenido el derecho a la pensión en los casos de invalidez o fallecimiento del titular militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú acaecido en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio. El monto del subsidio es adicional a su pensión y será por un monto equivalente a la mayor de las bonificaciones, correspondientes al grado, a que se refieren los literales a), b) o c) del artículo 8° de la presente norma, a la fecha de ocurrencia del fallecimiento o declaración de invalidez. Dicho subsidio no estará sujeto a los descuentos por cargas*

sociales, es excluyente de cualquier otro beneficio que se pudiera otorgar a los pensionistas y será de cargo de los pliegos presupuestarios Ministerios de Defensa e Interior, según corresponda”.

La percepción de la denominada pensión de invalidez o de incapacidad conforme al Decreto Ley Nº 19846.

QUINTO: Que, el personal militar y policial de las Fuerzas Armadas y Policiales para percibir la denominada pensión de invalidez o de incapacidad conforme al régimen establecido en el Decreto Ley Nº 19846, previamente debía ser declarado invalido o incapaz para el servicio, mediante el informe médico de la Sanidad del instituto al que pertenecía o de las Fuerzas Armadas, así como del correspondiente Consejo de Investigación²; además, que según el artículo 22º del Decreto Supremo 009-88-DE-CCFA: **“Para determinar la condición de inválido o de incapaz para el servicio se requiere: a) Parte o informe del hecho o accidente sufrido por el servidor; b) Solicitud del servidor y/u orden de la Superioridad para que se formule el informe sobre la enfermedad; c) Informe Médico emitido por las Juntas de Sanidad del Instituto o de la Sanidad de las Fuerzas Policiales, que determina la dolencia y su origen basado en el Reglamento de Inaptitud Psicosomática para la Permanencia en Situación de Actividad del Personal Militar y Policial de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales; d) Dictamen de la Asesoría Legal correspondiente; e) Recomendación del Consejo de Investigación; y, f) Resolución Administrativa que declare la casual de invalidez o incapacidad y disponga el pase al Retiro del servidor”** (Resaltado y subrayado es nuestro) y según el artículo 23º: **“El informe Médico será emitido por la Junta de Sanidad respectiva y deberá contener lo siguiente: a) Antecedentes recurrentes al caso; b) Examen clínico, diagnóstico, evolución, pronóstico y tratamiento de la lesión, enfermedad o sus secuelas; y, c) Conclusiones que establecen la aptitud o inaptitud para la permanencia del servidor en Situación de Actividad”** (Resaltado y subrayado es nuestro).

Con relación a la denunciada vulneración de los artículos 3º y 200º, numeral 5 de la Constitución Política del Estado y el artículo 11º del Decreto Ley Nº 19846.

² El artículo 13 del Decreto Ley Nº 19846 establece que **“Para percibir pensión de invalidez o de incapacidad, el personal deberá ser declarado inválido o incapaz para el servicio, previo informe médico presentado por la Sanidad de su Instituto o la Sanidad de las Fuerzas Policiales, en su caso, y el pronunciamiento del correspondiente Consejo de Investigación”**.

SEXTO: Que, el artículo 3° de la Constitución Política del Estado representa lo que en el Derecho Comparado se denomina la cláusula de los "derechos no enumerados" en la que no excluye los demás derechos que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga; en tal sentido, considerando que el demandante no señala ni sustenta cuales son los otros derechos que se enmarcan en esta cláusula y que se hubieran vulnerado con la disposición cuestionada, cualquier alegación o pretensión al respecto, sin mayor argumentación que acotar, carece de asidero.

SÉTIMO: Que, el artículo 200°, numeral 5 de la Constitución Política, establece los supuestos en que procede el proceso de Acción Popular; entonces, siendo una norma de carácter procedimental que no otorga ni garantiza la percepción de algún derecho pensionario, menos lo que el demandante invoca o pretende hacer tutelar, sin mayor argumentación que acotar, cualquier cuestionamiento sobre este extremo también carece de asidero.

OCTAVO: Que, el artículo 11° del Decreto Ley N° 19846, regula la percepción de la denominada pensión de invalidez e incapacidad, estableciendo los montos que corresponden en cada caso; ahora, los cuestionamientos formulados en el presente proceso se sustentan en que ya es beneficiario de la referida pensión y que de acuerdo a la misma Décima Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1132, el subsidio por invalidez es adicional a la misma; por tanto, si conforme a la disposición cuestionada la evaluación medica periódica esta condicionado solamente para la percepción de este subsidio, estando incólume la percepción de la denominada referida pensión de invalidez o incapacidad, es claro que no se advierte la vulneración de ese dispositivo legal.

El derecho a la igualdad y no discriminación.

NOVENO: Que, el derecho a la igualdad se encuentra consagrado en el artículo 2°, numeral 2, de la Constitución Política del Estado, y de cuya norma se puede indicar, que ostenta la doble condición de principio y de derecho

10-
Dis

subjetivo constitucional; como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, y como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario; como bien señala el Tribunal Constitucional en la **STC N° 3525-2011-PA/TC**: “Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, se puede concebir la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; es un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una situación equivalente.

DÉCIMO: Que, no obstante lo anterior, es necesario precisar, que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable; en efecto, el derecho a la “no discriminación” va más allá y proscribire establecer de manera especial, distinciones manifiestamente contrarias a la dignidad de las personas, que implica inclusive la negación de su condición humana; se funda en un perjuicio negativo, por el cual se trata a los miembros no como seres diferentes, sino inferiores; se ataca la esencia misma de la persona, por tanto lo que se encuentra en juego es la dignidad; y como bien el Tribunal Constitucional en la **STC N° 00048-2004-AI/TC** indica: “En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato

desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable” (Resaltado y Subrayado es nuestro)³.

El derecho a la pensión.

DÉCIMO PRIMERO: Que, el artículo 11° de la Constitución Política del Estado garantiza a los ciudadanos el libre acceso a las prestaciones de salud y a las pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixta; al respecto se debe recordar, que el Tribunal Constitucional en la **STC 1417-2005-AA/TC** sobre el derecho a la pensión, señala que: “...tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial’. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 74)” (Resaltado y subrayado es nuestro); entonces, del análisis sistemático del referido artículo 11° con los principios y valores que lo informan (principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad) es que se puede determinar los componentes de su contenido constitucionalmente protegido, que en palabras

³ El Tribunal Constitucional también en la STC N° 2317-2010-PA/TC impone las siguientes reglas: “...Cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta directa o indirecta, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un control estricto, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma; y finalmente iii) en caso de duda, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada”. (Resaltado y subrayado es nuestro)

del propio Tribunal Constitucional también en la sentencia antes citada, se circunscriben a los siguientes aspectos: "a) ... las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (...) b) ... las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión; c) ... aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital'..." (Resaltado y subrayado es nuestro); en síntesis, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión está constituido por los siguientes elementos: El derecho de acceso a una pensión; el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima; y esto porque las personas tienen el acceso a una pensión para llevar una vida o subsistencia digna, sin que se les pueda privar de la misma de modo arbitrario e irrazonable y sin perjuicio de reconocerle una mínima vital, y sobre los cuales el legislador o la autoridad estatal no puede intervenir, eliminar o restringir, bajo riesgo de vulnerar ese contenido protegido.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, de acuerdo a la Décima Primera Disposición del Decreto Legislativo N° 1132, el subsidio por invalidez es un beneficio adicional que se deriva del derecho de percibir la pensión de invalidez o incapacidad del Decreto Ley N° 19846, y que más allá de la denominación que se le otorga, que por modo y forma de otorgarla, optimiza ese derecho de los pensionistas ya declarados en lo que concierne a ese anhelo de llevar una vida o subsistencia digna, por lo que su protección también debe ser brindada en los mismos términos.

Los argumentos de los demandados que justificarían la disposición cuestionada. El principio de privilegio de la Administración de control posterior. La intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social del Estado.

DÉCIMO TERCERO: Que, los Ministerios demandados, sustentan la validez de la disposición cuestionada, entre otros, que se derivaría de lo previsto en los

artículos 19°, 23° , 24° y 34° del Decreto Legislativo N° 11334- Decreto Legislativo para el ordenamiento definitivo del Régimen de Pensiones del personal militar y policial- en la que el beneficiario tendría la obligación de acreditar la razón por la cual se le otorgó la pensión y que aún se mantiene, que solo concretizaría lo expuesto en dichas normas⁵; además textualmente expresan, que: "20....se debe tener en cuenta que tanto el subsidio como la pensión de invalidez tiene por objeto brindar protección a quien se encuentra en situación de vulnerabilidad. Es lógico que estos conceptos sean entregados a quienes se encuentren o mantienen esa situación de vulnerabilidad. Lo contrario sería desnaturalizar el objeto de la previsión de la pensión y subsidio de invalidez, es decir, su finalidad de regulación no podría cumplirse si no se cumple con constatar que la situación de invalidez o incapacidad se mantiene para seguir percibiendo estos montos.21.La importancia de mantener esas medidas que tienen por objeto proteger a personas en situaciones de vulnerabilidad, como la invalidez o incapacidad, solo podrían mantenerse si su ejecución es coherente con su prestación y la situación constatada periódicamente de dicha vulnerabilidad. Estos tipos de medidas se desvirtúan cuando se continua percibiendo beneficios pese a que la situación de vulnerabilidad ha desaparecido. Ello también afecta a quienes estando realmente en esa situación, no pueden acceder al beneficio por la falta de recursos que no serían adecuada y justamente distribuidos"⁶ (Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, los demandados justifican la disposición cuestionada en esa potestad de control posterior por parte del Estado, a través de la Administración y que se otorgue el beneficio

⁴ El artículo 19° establece que: "Tiene derecho a la pensión de invalidez el personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú declarado en invalidez permanente debidamente comprobada, por acto del servicio conforme a lo establecido en los artículos 12° y 23° del presente Decreto Legislativo, siempre que acredite un mínimo de treinta (30) años de servicios reales y efectivos. En el caso de invalidez permanente, si el personal no cumple con el tiempo mínimo de servicio señalado en el párrafo anterior, tendrá derecho a recibir el Subsidio por Invalidez a que se refiere el Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú. Este subsidio será percibido hasta el momento en que dicho personal alcance la promoción máxima para el subsidio por invalidez a que se refiere la norma antes citada, cumpliendo además los requisitos establecidos para el otorgamiento de la pensión de invalidez". El artículo 23° señala que: "Para percibir la pensión de invalidez o de incapacidad para el servicio, el personal militar y policial deberá ser declarado inválido o incapaz para el servicio, según corresponda, previo dictamen de comisión médica elaborado por la Sanidad respectiva. Determinada la condición de invalidez o incapacidad, el Administrador del Régimen de Pensiones del personal militar y policial procederá al otorgamiento de la pensión, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Decreto Legislativo. El reglamento establecerá los procedimientos para su otorgamiento. El artículo 24° establece que: "Se suspende o pierde el derecho a la pensión de invalidez o incapacidad, respectivamente, por las causales a las que se refieren los artículos 16°, 17°, 34° y 35° del presente Decreto Legislativo, en lo que corresponda". El artículo 34° establece que: " Se suspende el pago de la pensión de sobrevivientes sin derecho a reintegro, según el caso, por: a) No acreditar semestralmente su supervivencia el beneficiario que no cobra personalmente su pensión; b) No someterse el pensionista inválido a la evaluación de su estado en las oportunidades que se le indique) No acreditar anualmente el beneficiario que se refiere el inciso a) del numeral 29.3 del artículo 29 su derecho a continuar percibiendo la pensión; d) Percibir el beneficiario, con excepción de la viuda, remuneración o ingreso asegurables superiores a dos (2) Remuneraciones Mínimas Vitales del lugar de su trabajo habitual; o, e) A solicitud del beneficiario de pensión de sobrevivientes".

⁵ Ver acápite 19 de la contestación de la demanda.

⁶ Ver acápite 20 y 21 de la contestación de la demanda.

pensionario a quienes verdaderamente se encuentran en esa situación de vulnerabilidad (Invalidez o discapacidad).

DÉCIMO CUARTO: Que, en esa línea de análisis, se debe indicar, que el privilegio de controles posteriores por parte de la Administración es un principio del Procedimiento Administrativo, consagrado en los artículos IV, numeral 1.16, de la Ley N° 27444-Ley General del Procedimiento Administrativo, mediante el cual la autoridad administrativa se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad y aplicar los correctivos necesarios en caso que aquella no sea veraz; principio, que se deriva de otro, como es el de veracidad y que se sustenta sobre todo, en consideraciones de orden público y la irrenunciabilidad del Estado a su función fiscalizadora; como acota MORON URBINA: *"Los controles posteriores, a diferencia de los controles ex ante, se sustentan en el respeto a la libertad individual de los administrados y en la confianza que el Estado deposita en la veracidad de sus actos y declaraciones. La presunción de veracidad privilegia en la necesidad en el actuar y releva a los ciudadanos honestos de los costos innecesarios dirigidos a acreditar, por terceros o documentos..."*⁷(Resaltado y subrayado es nuestro).

DÉCIMO QUINTO: Que, asimismo, se debe recordar, que el artículo 12° de la Constitución Política del Estado establece que *"Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley"* (Resaltado y subrayado es nuestro); lo que debe entenderse, en principio, que los fondos y reservas de la seguridad social no pueden ser utilizados para un fin distinto por cuanto está relacionado al tema de la financiación del sistema, ya que para su implementación y subsistencia serán necesarias las sumas de dinero que permitan cubrir las atenciones de salud y pensiones, por lo que ahí la razón que los funcionarios y particulares asuman las responsabilidades de Ley por su utilización indebida y manejo irregular; entonces, bajo esta premisa, la interrogante que surge es: ¿si no existe entre otros mecanismos, un control, ya sea anterior o posterior,

⁷ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*. Lima, Gaceta Jurídica, 2011, pag. 93.

respecto al otorgamiento de las pensiones de jubilación habría un grave riesgo en la intangibilidad de los fondos y reservas? Sin duda, claro que si, por cuanto en un sistema pensionario sin controles se obtendrían pensiones de jubilación fraudulentas poniendo en grave riesgo esa intangibilidad que sirve como garantía del pago de las pensiones y otros beneficios (artículo 11 ° de la Constitución) acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1° de la carta magna; en esa misma dirección el Tribunal Constitucional en la **STC N° 0328-2013-PA/TC** ha dejado establecido que: *"En materia previsional se deberá proceder a suspender el pago de las pensiones obtenidas fraudulentamente, pues su continuación supondría poner en riesgo el equilibrio económico del Sistema Nacional de Pensiones y el incumplimiento de la obligación de velar por la intangibilidad de los fondos de la seguridad social (...)"* (Resaltado y subrayado es nuestro).

DÉCIMO SEXTO: Que, en ese contexto, se debe determinar, si se encuentra o no justificada constitucionalmente que la Segunda Disposición Complementaria Final del Anexo del Decreto Supremo N° 293-2016-EF disponga la periodicidad en la evaluación médica a la que deben someterse los pensionistas del Decreto Ley N° 19846 en la condición de inválido y de incapaz para el servicio ante una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de Hospitales de la Sanidad de las Fuerzas Armadas o Policiales, para que se determine esa condición y continuar percibiendo el subsidio por invalidez a que se refiere la Décima Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1132°; para cuyo cometido, se deberá recurrir al principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad.

DÉCIMO SÉTIMO: Que, el principio de proporcionalidad está estrechamente ligado al valor justicia y está en el núcleo mismo del Estado Constitucional de Derecho; como señala BURGA CORONEL, haciendo referencia a la **STC N° 1803-2004-AA/TC** y la **STC N° 0050-2004-AI/TC**, que: *"Se expresa como*

un mecanismo de control a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que los criterios que se tomen respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos en el uso de sus facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales⁸ (Resaltado y subrayado es nuestro); siendo ello así, cabe indicar, que por la doctrina y las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, el análisis de ese principio incluye, a su vez, tres sub principios: idoneidad o adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

DÉCIMO OCTAVO: Que, a manera de ilustración, es necesario explicar que el sub principio de idoneidad o adecuación permite verificar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención y el fin propuesto; es decir, de un lado, que ese objetivo sea legítimo, y de otro, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar. El sub principio de la necesidad consiste en el análisis de que si existen medios alternativos al adoptado que no sean gravosos, o al menos que lo sean en menor medida respecto al medio utilizado; es decir, se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin; por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. El sub principio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, consiste en el análisis para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización

⁸ BURGA CORONEL, Angélica María. *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. En: Gaceta Constitucional N° 47, pág. 253-267.

del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental; es decir, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un derecho, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Entonces, si en el análisis se superan estos sub principios, que son preclusivos, se concluirá en la constitucionalidad de las disposiciones o medidas cuestionadas; caso contrario, se concluirá en la inconstitucionalidad de las mismas.

DÉCIMO NOVENO: Que, **con relación al juicio de la idoneidad o adecuación**, se debe recordar, que existe un mandato constitucional de intangibilidad de los fondos y reserva de la seguridad social, en la medida que con ello se garanticen no solamente las prestaciones de salud, sino también el pago de las pensiones, como el caso de las denominadas pensiones de invalidez o incapacidad del régimen del Decreto Ley N° 19846 y subsidio adicional por invalidez otorgado por el Decreto Legislativo N° 1132; por tanto, si el control posterior por parte de la Administración, como que los pensionistas de la menciona Ley se sometan periódicamente a una evaluación médica, para continuar percibiendo este subsidio, busca constatar que aún se mantienen las razones por la que se les otorgaron el beneficio, evitando de esta manera cualquier percepción fraudulenta y el peligro de la intangibilidad de los fondos, dicho control no solamente tienen un objetivo constitucional legítimo sino también que constituye un medio adecuado para alcanzar ese fin.

VIGÉSIMO: Que, **con relación al juicio de necesidad**, concordante con lo anterior y por todo lo expuesto, definitivamente no se puede sustraer a la Administración de ese privilegio de reservarse el control posterior, pero dicha evaluación no merece que con la disposición reglamentaria cuestionada se establezca obligatoriamente la periodicidad en la misma; **es decir, someter a los pensionistas a evaluaciones medicas de manera frecuente, reiteradas, constantes, repetitivas y sin solución de continuidad**, para determinar si todavía tienen o no la condición de inválido o de incapaz para el servicio.

-18
Diciembre

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, debe tenerse presente, las particularidades o circunstancias (acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio u ocasión del servicio) en que se invalida o incapacita el personal de las Fuerzas Armadas y Policiales y las secuelas consiguientes, las que no solamente se manifiestan en una incapacidad laboral para ese servicio, sino mayormente en una discapacidad⁹; en este sentido, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 7º, segundo párrafo, de la Constitución Política del Estado: "**La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad**" (Resaltado y subrayado es nuestro), es decir, la Constitución Política del Estado reconoce expresamente la situación especial y necesidad de protección de las personas incapacitadas, no solo por parte del Estado, sino también de la Sociedad, en concordancia con el artículo 2º, numeral 2, de la Constitución Política del Estado, es más, la especial situación de vulnerabilidad que explica esta protección amplia, se remite **a las diferencias que existen con las otras personas**, y por tanto, esta circunstancia no puede servir para restringir o impedir el acceso y goce de derechos fundamentales, como a la seguridad social, **en lo que concierne al derecho a la pensión.**

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, así es pertinente preguntarse: ¿ la periodicidad en la evaluación médica era la única alternativa para determinar la condición de invalido o incapaz para el servicio, y de esta manera evitar percepciones fraudulentas de pensiones con el peligro en la intangibilidad de los fondos pensionarios?; el Colegiado considera que no era la única alternativa, por cuanto, para ello también existía otra igual de idónea **y sin que se enerve esa reserva del control posterior por parte de la Administración,** como que la evaluación médica debía realizarse solamente en situaciones de indicios razonables que denoten la superación o ausencia de la incapacidad requerida, ya que la evaluación médica sea periódica o no, de existir esta situación ineludiblemente se va a constatar; además sería menos gravoso, ya que recuérdese, por un lado, que la Décima Primera Disposición

⁹ El artículo I, segundo párrafo, de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: "**Las personas con discapacidad incluye aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás**" (Resaltado y subrayado es nuestro);

-19
Decreto

Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1132, en ninguna parte exige como condición previa para percibir el subsidio la evaluación médica periódica, y por otro lado, este beneficio es para los incapacitados permanentes, y bajo esa medida alternativa no estarían sometidos a esa perversa periodicidad de la evaluación médica sin solución de continuidad y a la libre discrecionalidad de la Administración para fijar los lugares y fechas, con lo difícil que significaría para muchas de estas personas el de trasladarse de un lugar a otro. Entonces, la disposición reglamentaria cuestionada, en los términos analizados, al no superar el test de necesidad, dificulta el goce pleno del derecho a la pensión, según lo explicado líneas arriba, lo que no solamente es inconstitucional, sino también ilegal, por lo que la palabra "**periódicamente**" debe ser declarada nula y expulsada de la disposición reglamentaria; declarándose fundada en parte la demanda interpuesta.

La sentencias manipulativas.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, no obstante lo anterior, para el Colegiado no pasa desapercibido, que la nulidad o expulsión de la palabra "**periódicamente**" de la disposición reglamentaria podría generar un vacío normativo y que sobre esta se realicen interpretaciones antojadizas así como el coadyuvar que algunos sin tener el derecho al mismo lo perciban o sigan percibiendo; es decir, con esa decisión las consecuencias podrían ser más gravosas y perniciosas, sobre todo si se tiene en cuenta que estos pensionistas estarán garantizados plenamente en el goce de sus derechos en la medida que exista equilibrio económico de dicho sistema pensionario y la intangibilidad de sus fondos, y en esto tiene que ver mucho el privilegio del control posterior por parte de la Administración, que como se indicó líneas arriba, tiene una relevancia constitucional.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, para evitar lo anterior desde una perspectiva constitucional, aparecen las denominadas *sentencias manipulativas*, mediante las cuales se procede a una modificación de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que estas emergen del control constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente; como bien señala GARCIA TOMA:

-20-
Jerte

“... supone llevar a cabo líneas de interpretación y adaptación de una Ley acusada de ser contraria a la Constitución con la finalidad de hacer compatible con esta. Es por medio de este esfuerzo que se salva la vigencia de la ley, aunque subordinándola a los cánones de la Constitución. En este caso se restablece la soberanía de la Constitución por medio de la transformación del significado de la Ley”¹⁰ (Resaltado y subrayado es nuestro); precisándose que estas sentencias resultan pertinentes en los casos de inconstitucionalidad parcial de las normas, por lo que se consideraría la parte que guarda concordancia con la Constitución y se reformula la otra, arribándose a una solución completamente constitucional; ahora, conforme señala el Tribunal Constitucional en la **STC N°004-2004-CC/TC**, la elaboración de estas sentencias están sujetas alternativamente a la operación ablativa o de exéresis o a la operación reconstructiva o de reposición: “La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo”(Resaltado y subrayado es nuestro); y asimismo, se encuentra vinculado a los principios rectores de la actividad -constitucional jurisdiccional, como el **principio de conservación de la Ley**: Se exige al Juez Constitucional salvar —hasta donde sea razonablemente posible— la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado; en otras palabras, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional debe ser la última ratio a la que debe apelarse; así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable; y **el principio de interpretación desde la constitución**: Se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, con la finalidad de que ella guarde coherencia y armonía

¹⁰ GARCIA TOMA, Victor, *El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)* En: Interpretación y Aplicación de la Ley Penal- Anuario de Derecho Penal 2005. Pág. 202. Disponible en : https://www.unifr.ch/ddp1/dercho/penal/anuario/an_2005_09.pdf.

21
Venturo

con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución. Para ello, cabe que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos¹¹.

La interpretación del dispositivo reglamentario cuestionado.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en ese orden de ideas, y conforme a lo glosado líneas arriba, luego de expulsada la palabra "**periódicamente**" de la disposición reglamentaria, y ponderando los derechos constitucionales invocados, tanto por una y otra parte, al texto restante del dispositivo cuestionado se le adiciona el siguiente sentido interpretativo: que los pensionistas del Decreto Ley N° 19846 en la condición de inválido o de incapaz para el servicio, deberán someterse a una evaluación médica ante una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de Hospitales de la Sanidad de las Fuerzas Armadas o Policiales solamente en situaciones que se aprecien indicios razonables de la superación o ausencia de la invalidez o incapacidad; con lo demás que contiene la disposición reglamentaria.

III.-PARTE RESOLUTIVA:

Por estas consideraciones, los Magistrados integrantes [REDACTED]

RESUELVEN:

DECLARAR: FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por Otto Diaz Narria, mediante escrito que corre de fojas 32 a 47; por tanto, se **DECLARA: NULA** solamente la palabra "**periódicamente**" consignada en la Segunda Disposición Complementaria Final del Anexo del Decreto Supremo N° 293-2016-EF¹² e **INTERPRÉTESE** esta parte del dispositivo, en el sentido, que los

¹¹ GARCIA TOMA, Víctor. *Idem*, pág. 203.

¹² Aprueban disposiciones y fijan montos por concepto de "Bonificación por Desempeño Efectivo de Cargos de Responsabilidad", "Bonificación por Función Administrativa y de Apoyo Operativo Efectivo" y "Bonificación por Alto Riesgo a la Vida", aplicables al personal en situación de actividad, militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, así como el monto por concepto de Subsidio Póstumo y por Invalidez para los pensionistas del Decreto Ley N° 19846, y aprueban una Transferencia de Partidas a favor de los Ministerios de Defensa y del Interior; y Fuero Militar Policial

22-
Verdadero

Nº Ref. Sala 00200-2018-0

pensionistas del Decreto Ley Nº 19846 en la condición de inválido o de incapaz para el servicio, deberán someterse a una evaluación médica ante una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de Hospitales de la Sanidad de las Fuerzas Armadas o Policiales solamente en situaciones que se aprecien indicios razonables de la superación o ausencia de la invalidez o incapacidad; con lo demás que contiene la disposición reglamentaria; y en caso de no ser recurrida la presente resolución, **ELEVESE** en consulta a la Corte Suprema de la República. En lo seguidos por Otto Díaz Narria contra el Ministerio del Interior y otros sobre proceso de Acción de Popular; Notificándose.

SS.