

---

# *EXIGENCIAS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD A LOS HIJOS ADOPTIVOS EN EL RÉGIMEN DEL DECRETO LEY 20530: LA INAPLICABILIDAD DE UNA NORMA INCONSTITUCIONAL*

---

**María Teresa Cornejo Fava**

*Profesora de Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones en la Universidad de Lima.  
Profesora de los cursos de Derecho Matrimonial y Derechos Fundamentales de la Persona en  
la Maestría de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.*

---

## **1. INTRODUCCIÓN**

---

**E**l decreto ley 20530, de 26 de febrero de 1974, consagra el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el decreto ley 19990.

De conformidad con el texto del inciso *a* de su artículo 34<sup>1</sup>, los hijos menores de edad del trabajador fallecido tienen derecho a percibir pensión de orfandad. Para el hijo adoptivo, ese derecho se genera si la adopción ha tenido lugar antes que el adoptado cumpla doce años de edad y si el fallecimiento del padre adoptivo ocurre después de doce meses de efectuada la adopción, salvo que el deceso ocurra por accidente. Como se observa, esta norma hace diferencia entre el hijo adoptivo y el hijo consanguíneo en cuanto concierne al derecho a percibir tal pensión.

Ahora bien, cuando se promulgó el decreto ley 20530 se encontraban vigentes tanto la Constitución de 1933 como el

---

1. Hoy sustituido por el inciso *c* del mismo artículo, en virtud del artículo 4 de la ley 27617, publicada en *El Peruano* de 1 de enero de 2002.

Código Civil de 1936. La Carta Fundamental de entonces no contenía norma alguna sobre la igualdad de derechos de los hijos, en tanto que la normatividad civil establecía diferencias entre los entonces denominados hijos legítimos e ilegítimos en los aspectos relativos al apellido, la legitimación, la patria potestad y la herencia.

En cuanto a la adopción, el Código Civil también diferenciaba entre el hijo adoptado y el hijo consanguíneo. En efecto, el primero conservaba el apellido de su padre biológico o consanguíneo, le añadía el del adoptante, y conservaba los derechos y deberes que le correspondían en su familia natural, si bien se hallaba bajo la patria potestad del que lo adoptaba. Por otro lado, el parentesco que provenía de la adopción se limitaba a adoptante y adoptado y a los descendientes legítimos de este último.

---

## 2. IGUALDAD DE DERECHOS Y DEBERES DE TODOS LOS HIJOS

---

En julio de 1979 se sancionó una nueva Constitución. En la parte final de su artículo 6, ella proclamó la igualdad de derechos de todos los hijos y prohibió toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.

En armonía con esta norma fundamental, el Código Civil de 1984 modificó y/o eliminó todas las normas del Código Civil de 1936 que establecían diferencias entre los entonces denominados hijos legítimos e ilegítimos en los aspectos ya mencionados. Concretamente, en su artículo 818 proclamó la igualdad de derechos sucesorios de todos los hijos respecto de sus padres, precisando que esta norma comprende a los hijos matrimoniales, a los

hijos extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos; y a los hijos adoptivos.

La actual Constitución, de 1993, consagra en su artículo 6 la igualdad de derechos y deberes de todos los hijos. No se trata ya solamente de los derechos sucesorios a los que alude el artículo 818 citado, sino de derechos y deberes sin distinción alguna. Asimismo, establece la prohibición de toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

---

## 3. "MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL" DE LA NORMA DEL INCISO A DEL ARTÍCULO 34 DEL DECRETO LEY 20530

---

Con relación a la diferencia consagrada por el inciso *a* del artículo 34 del decreto ley 20530 entre los hijos consanguíneo y adoptivo del trabajador fallecido, siendo ambos menores de edad, a efectos del otorgamiento de una pensión de orfandad, la Constitución de 1979 habría modificado la norma y establecido, para ambos, igual derecho a la pensión de orfandad, a tenor de la disposición contenida en su artículo 6.

La misma suerte habría correspondido a la misma disposición legal en mérito al principio de igualdad de todos los hijos consagrado por el artículo 6 de la Constitución de 1993, en norma reiterativa de la disposición de la Carta Magna de 1979.

#### 4. NORMATIVIDAD CIVIL DE LA ADOPCIÓN

En lo que concierne a los hijos adoptivos, los artículos 238 y 337 del Código Civil de 1984 declaran que la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución y que, por ella, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante, pasa a formar parte de la familia consanguínea de su padre adoptivo y deja de pertenecer a la familia consanguínea de origen.

Así, la diferencia entre hijo adoptado e hijo consanguíneo desaparece; es más, por mandato expreso de la parte final del artículo 818, los hijos adoptivos gozan de la igualdad de derechos sucesorios que esta norma consagra para todos los hijos respecto de sus padres.

Por su parte, el artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes conceptúa la adopción como una medida de protección al niño y al adolescente, por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza, con lo que el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Perfeccionando la declaración constitucional de la igualdad de todos los hijos, la ley 27442<sup>2</sup> ha modificado el artículo 379 del Código Civil.

En su versión original, esta norma disponía que –terminado el procedimiento de adopción– “... el juez oficia al registro del estado civil respectivo para que se extienda nueva partida de nacimiento del adop-

tado, en sustitución de la original...”, la que conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales. El texto actual de este artículo –vigente desde el 3 de abril de 2001– dispone que, a la terminación del procedimiento, el juez, el funcionario competente de la Oficina de Adopciones o el notario que tramitó la adopción oficiará al registro del estado civil donde se inscribió el nacimiento para que se extienda nueva partida en sustitución de la original y se anote en el margen de esta última la adopción; que en la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida; y que la partida original conservará vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales. El nuevo artículo contiene además la prohibición expresa de toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador.

Así pues, a partir de la vigencia del Código Civil de 1984 y en armonía con los preceptos constitucionales invocados, el hijo adoptivo es un hijo más del adoptante.

#### 5. ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DEL INCISO A DEL ARTÍCULO 34 DEL DECRETO LEY 20530

El inciso *a* del artículo 34 del decreto ley 20530 –que distingue entre el hijo consanguíneo y el hijo adoptivo, condicionando a dos hechos de índole cronológica el derecho de este último a percibir pensión de orfandad– fue promulgado en época en que la norma constitucional no consagraba la igualdad de los hijos y el ordenamiento civil establecía tratamiento diferente para el hijo consanguíneo y el adoptivo. Esta situación duró poco más de cinco años.

2 Del 16 de marzo de 2001, publicada en *El Peruano* de 2 de abril de 2001.

Al sancionarse en 1979 una nueva Constitución que proclamaba la igualdad de derechos de todos los hijos y prohibía toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, se produjo una suerte de incompatibilidad entre la reciente Constitución y la norma del inciso *a* del artículo 34 de la ley 20530.

Si bien es cierto que el Título Preliminar del Código Civil de 1936, aún vigente entonces, se limitaba a disponer en su artículo I que ninguna ley se deroga sino por otra ley, y que, en consecuencia, la incompatibilidad entre las normas constitucional y legal anotadas no causó la derogación de esta última, no es menos cierto que nos hallábamos ante una antinomia jurídica.

Se denomina antinomia jurídica a la presencia de dos o más normas incompatibles entre sí en razón —en principio— de que una prohíbe lo que la otra permite. En efecto, se produce la antinomia entre dos normas cuando, respecto de un mismo comportamiento, una de ellas obliga y la otra prohíbe; una obliga y la otra permite; o cuando una prohíbe y la otra permite.

Para que exista antinomia se requiere que las dos normas pertenezcan a un mismo ordenamiento y tengan el mismo ámbito de validez temporal, espacial, personal y material<sup>3</sup>. En la situación que nos ocupa, una de las normas (la constitucional) proclamaba la igualdad de derechos de todos los hijos y prohibía toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, en tanto que otra (la legal) consagraba la diferencia entre los

hijos adoptivos y consanguíneos en cuanto a la pensión de orfandad para el hijo adoptivo, condicionando el derecho a ella precisamente al cumplimiento de dos requisitos de hecho que ponen en evidencia la naturaleza de su filiación: la edad límite para la realización de la adopción y el transcurso de un lapso entre dicha adopción y el fallecimiento del padre adoptivo, salvo para la hipótesis de la muerte accidental.

La segunda parte del inciso *a* del artículo 34 del decreto ley 20530 adolecía de una antinomia total-total, consistente en que ni la norma constitucional ni la norma legal podían ser aplicadas bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto la una con la otra. Esta antinomia pudo solucionarse en su momento mediante la aplicación del principio de la *lex superior*: cuando las dos normas son de distinta jerarquía, cualquiera sea el orden cronológico, prevalece siempre la de mayor nivel sobre la de nivel más bajo.

En nuestro caso, la norma constitucional prevalecía sobre la legal. Efectivamente, el artículo 87 de la Carta de 1979 disponía —en su primer enunciado— que “La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal”. Sin embargo, nada se hizo.

En noviembre de 1984 se promulgó el Código Civil que actualmente nos rige. Como se ha dicho ya, este cuerpo legal modificó y/o eliminó todas las normas del Código Civil de 1936 relativas a las diferencias entre los hijos y proclamó, en su artículo 818, la igualdad de derechos sucesorios de todos los hijos respecto de sus padres, precisando que esta norma comprende a los hijos matrimoniales; a los hijos extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos; y a los hijos adoptivos.

3 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*, 2a. edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2001, p. 291.

El artículo I del Título Preliminar de este Código dispuso que la derogación de una ley por otra ley se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Para el caso que nos interesa, se habría producido la derogación de la norma del inciso *a* del artículo 34 del decreto ley 20530, por su incompatibilidad con la norma de la parte final del artículo 6 de la Constitución de 1979. Sin embargo, nada se hizo.

Promulgada la Constitución de 1993, la antinomia jurídica subsistió. Como se ha dicho, su artículo 6 consagra la igualdad de derechos y deberes de todos los hijos; no se trata ya solamente de los derechos sucesorios a los que alude el artículo 818 del Código de 1984, sino de derechos y deberes, sin distinción alguna. Así, se habría producido la derogación de la norma del inciso *a* del artículo 34 del decreto ley 20530, por su incompatibilidad con la norma de la parte final del artículo 6 de la Carta de 1993.

En efecto, el artículo 51 de ésta declara en forma indubitable que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. En igual sentido, la segunda parte del artículo 138 dispone que "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

No obstante, a pesar de que la parte final del artículo 103 constitucional dispone que la ley se deroga sólo por otra ley y que "También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad"; sin embargo, nada se hizo.

## 6. POSIBLES ACCIONES PARA LA SOLUCIÓN DE LA ANTINOMIA JURÍDICA

En su inciso 1, el artículo 298 de la Constitución de 1979 consagraba la jurisdicción del Tribunal de Garantías Constitucionales en todo el territorio de la República y su competencia para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo. Las personas señaladas en su artículo 299 podían interponer esta acción; entre ellas, cincuenta mil ciudadanos, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

El artículo 200 de la Constitución de 1993 considera, entre las garantías constitucionales que enumera, la acción de inconstitucionalidad, la que procede

... contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Esta acción puede ser interpuesta por las personas que enumera el artículo 203 de la Carta Magna; entre otros, cinco mil ciudadanos, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, y corresponde al Tribunal Constitucional conocer, en instancia única, de esta acción.

Así, durante la vigencia de ambas constituciones, pudo haberse interpuesto una acción de inconstitucionalidad contra la norma del inciso *a* del artículo 34 del decreto ley 20530, por contravenir la Constitución en el fondo. Es más, en tanto

la norma en cuestión (inciso *a...*) se mantuviera vigente, los jueces, en aplicación de la norma contenida tanto en el artículo 87 de la Constitución de 1979 como en el artículo 51 de la Constitución actual, han tenido la potestad de no aplicarla por tratarse de norma legal que contraviene una norma constitucional.

Esta potestad permanece, pues, como señala la segunda parte del artículo 138:

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Sin embargo, nada se hizo.

## 7. AGRAVAMIENTO DE LA SITUACIÓN: PROMULGACIÓN DE LA LEY 27617

Lejos de solucionar la situación producida —respecto de la referida norma del decreto ley 20530— en virtud de las constituciones de 1979 y 1993 y del Código Civil de 1984, el 1 de enero de 2002 se ha publicado en el diario oficial *El Peruano* la ley 27617 que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del decreto ley 19990 y modifica el decreto ley 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Esta norma pone de manifiesto el riesgo que representa el “olvido”, por los legisladores, de la existencia del sistema jurídico, expresión de uso común para referirse al ordenamiento jurídico. Como bien dice Aníbal Torres Vásquez:

La norma jurídica nunca se encuentra sola, sino formando parte de un conjunto regulativo que tiene por función organizar un cuerpo social. El conjunto de normas jurídicas vigentes en una determinada colecti-

vidad constituye el derecho u ordenamiento jurídico. Cuando asemejamos la idea de derecho con la idea de ordenamiento jurídico se quiere significar que el derecho no debe ser entendido con referencia a las normas jurídicas que lo componen, aisladamente consideradas, sino en su conjunto. El ordenamiento jurídico es el todo y la norma sólo una parte de éste. Como conjunto de normas, el derecho no es un conglomerado de preceptos dispersos, amontonados, colocados unos al lado de otros, sin ninguna conexión; no están yuxtapuestos o simplemente alineados en serie, todos en el mismo nivel, sino como un sistema orgánico, coherente, integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel, todas interconectadas por una relación de fundamentación, es decir, que unas normas se fundan o derivan de otras. El sistema normativo se establece de acuerdo a principios unitarios que obligan a que una norma determinada sea comprendida en función de todas las demás y éstas por medio de aquellos principios. A este conjunto organizado de normas se le llama ordenamiento jurídico, cuya eficacia está garantizada por medio de la fuerza que monopoliza el Estado<sup>4</sup>.

Efectivamente, en el caso de esta norma inconstitucional e inaplicable se ha legislado “pensando” solamente en el derecho pensionario, con miras a limitar más aún el ámbito y las consecuencias económicas de su aplicación, sin considerar el derecho en su conjunto.

Lo que es más grave aún: se ha legislado contraviniendo expresamente la Constitución, siendo así que ella consagra como derecho fundamental el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, a la intimidad personal y familiar; y en su condición de hijos, a la igualdad de derechos y deberes, con prohibición expresa de toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación

4 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Op.cit., pp. 249-250.

en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

## 8. SUSTITUCIÓN DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 34 DEL DECRETO LEY 20530 POR EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 27617

El artículo 4 de la ley 27617 sustituye –entre otros– el texto de la norma del artículo 34 del régimen de pensiones regulado por el decreto ley 20530.

¿En qué consiste la sustitución practicada por la ley 27617? En su enunciado general, el nuevo texto reitera la norma contenida en la primera parte de la versión primigenia del inciso *a* del artículo 34 del decreto ley 20530, disponiendo que tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido. Luego, declara la subsistencia del derecho a pensión de orfandad en las hipótesis a que se contraen tanto su inciso *a* como el primer párrafo de su inciso *b*<sup>5</sup>.

5 Decreto ley 20530. "Artículo 34.– Tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido. Subsiste el derecho a pensión de orfandad:

- a) Hasta que el beneficiario cumpla veintinueve (21) años, siempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación; y
- b) Para los hijos mayores de dieciocho (18) años con incapacidad absoluta para el trabajo. En este caso tendrán derecho, además de la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital. Para ambos casos se requerirá de un dictamen de la Comisión Médica del Seguro Social de Salud –Essalud.

Tratándose de hijos adoptivos, el derecho se genera si la adopción ha tenido lugar antes de que el adoptado cumpla doce años de edad y el fallecimiento ocurre después de treinta y seis meses de

En cuanto a los hijos adoptivos –tema de nuestro análisis y crítica–, el segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 del decreto ley 20530 –introducido por el artículo 4 de la ley 27617– dispone:

Tratándose de hijos adoptivos, el derecho se genera si la adopción ha tenido lugar antes de que el adoptado cumpla doce años de edad y el fallecimiento ocurre después de treinta y seis meses de efectuada la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ha ocurrido por accidente.

Como dijimos, el texto original hacía diferencia entre hijos adoptivos e hijos consanguíneos para sustentar el otorgamiento de pensión de orfandad al hijo adoptivo, condicionando el derecho a ella a la existencia de dos requisitos o supuestos de hecho, a saber: la edad límite para la realización de la adopción y el transcurso de un lapso entre ésta y el fallecimiento del padre adoptivo, salvedad hecha –en este último caso– de la hipótesis de la muerte accidental.

La norma sustitutoria ha conservado el primer requisito o supuesto de hecho: el derecho a la pensión de orfandad se genera si la adopción ha tenido lugar antes que el adoptado cumpla doce años de edad. No ha corrido la misma suerte el segundo requisito o supuesto: la nueva versión del artículo ha reproducido el supuesto en cuestión con una mayor exigencia: el derecho a la pensión de orfandad se genera si, además, el fallecimiento del trabajador ocurre después de treinta y seis meses de efectuada la adopción (subsiste la salvedad de que este último requisito no rige cuando el deceso ha ocurrido por accidente).

efectuada la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ha ocurrido por accidente". (Texto sustitutorio, aprobado por el artículo 4 de la ley 26617).

### 9. CONTRAVENCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL INCISO B DEL ARTÍCULO 34 DEL DECRETO LEY 20530

El segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 del decreto ley 20530 –introducido por el artículo 4 de la ley 27617– constituye contravención, en el fondo, de la Constitución de 1993, contravención que se manifiesta en los siguientes aspectos:

- 1) Violación del principio de igualdad de todos los hijos, incorporado constitucionalmente.
  - a) La parte final del artículo 6 de la Carta Política consagra la igualdad de derechos y deberes de todos los hijos.
  - b) No obstante ello, la norma contraveniente establece diferencia entre los hijos cuando, respecto del hijo adoptivo y a efectos del reconocimiento de su derecho a la pensión de orfandad del régimen de pensiones regulado por el decreto ley 20530, le da un tratamiento severo y restrictivo al condicionar el goce de tal derecho a los dos requisitos o supuestos de hecho que aquélla establece.
- 2) Violación de la prohibición de toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, consagrada constitucionalmente.
  - a) La parte final del artículo 6 de la Constitución prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

b) En armonía con ello, el tercer párrafo del artículo 379 del Código Civil dispone que en la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida, quedando prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador.

c) Así pues, la partida de nacimiento –que se extiende una vez culminado el proceso de adopción– es una partida exactamente igual a las demás, con la sola excepción de la fecha de inscripción que aparece de ella y que, obvia y notoriamente, revela únicamente y en todo caso extemporaneidad en la inscripción o –dicho de otro modo– una inscripción tardía. La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales<sup>6</sup>.

d) A efectos de aplicar el segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 del

6 Código Civil. "Artículo 379.– Trámite de la adopción. La adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, la ley 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, o la ley 26662, Ley de Competencia Notarial, según corresponda. Terminado el procedimiento, el juez, el funcionario competente de la Oficina de Adopciones o el notario que tramitó la adopción, oficiará al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento, para que se extienda nueva partida en sustitución de la original, en cuyo margen se anotará la adopción. En la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador. La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales". (Texto modificado por la ley 27442 de 16 de marzo de 2001, publicada en *El Peruano* de 2 de abril de 2001).

decreto ley 20530, en cada oportunidad en que se solicite el otorgamiento de una pensión de orfandad para los hijos de un trabajador fallecido a que se contrae la norma en cuestión, la entidad competente deberá investigar la naturaleza de su filiación, con miras a la determinación de si se trata de hijos consanguíneos o adoptivos.

- e) Es más, en la hipótesis de que la investigación diera como resultado probable la condición de hijo adoptivo del niño o del adolescente para quien se reclama la pensión de orfandad, habría que "revivir" su partida de nacimiento original, siendo así que culminada la adopción y por mandato legal expreso se extiende nueva partida en sustitución de la original, la que conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales.
- f) Si no se realizara tal indagación, como quiera que –por mandato constitucional– la naturaleza de la filiación de los hijos no aparece de las respectivas partidas de los registros civiles, la norma del citado segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 resultaría inaplicable y, por tanto, ineficaz.
- g) Esta "investigación" constituye clara y definitiva contravención de las disposiciones contenidas tanto en el artículo 6 constitucional como en la normatividad civil relativa a la adopción.
- h) En efecto, el corolario de tal investigación será la determinación de la naturaleza de la filiación del hijo en un documento de identidad, cual es la partida de nacimiento, que constituye prueba indubitable de la filiación de la persona a la cual se refiere.
- 3) Violación del derecho a la intimidad personal y familiar, incorporado constitucionalmente.

En su artículo 2, la Constitución consagra el derecho de toda persona a la intimidad personal y familiar. En efecto, el numeral 7 de este artículo se refiere al derecho que la persona tiene a la intimidad personal y familiar, y a su derecho al honor, a la buena reputación, a la voz y a la imagen propias.

Más aún, los derechos a que se contraen los numerales 5 y 6 de este mismo artículo tienen como limitación expresa las informaciones que afecten la intimidad personal y familiar y que no pueden ser solicitadas sin expresión de causa.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 97 de la Carta Política dispone que, para el cumplimiento de sus fines, las comisiones del Congreso encargadas de las investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria, excepto la información que afecte la intimidad personal<sup>7</sup>.

7 Constitución. "Artículo 2.– Toda persona tiene derecho: 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

Por otro lado, en sus artículos 14, 16 y 17, el Código Civil dispone que la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o –si ésta ha muerto– de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden; que la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario; y que la violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere el título II de la sección primera del libro I del Código Civil (“Derechos de la persona”), confiere al agraviado o sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos<sup>8</sup>.

<sup>8</sup>Artículo 97.– El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

8 Código Civil. “Artículo 14.– La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

“Artículo 16.– La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor. Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de

Así, la investigación de la naturaleza de la filiación de los hijos, que –en cada oportunidad en que se solicite el otorgamiento de una pensión de orfandad del régimen de pensiones regulado por el decreto ley 20530 para los hijos de un trabajador fallecido, y a efectos de aplicar el segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 del mismo decreto ley– lleve a cabo la entidad competente, con miras a la determinación de si se trata de hijos consanguíneos o de hijos adoptivos, constituirá violación flagrante del derecho de la persona a la intimidad personal y familiar, y conferirá al o a los agraviados o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

---

#### 10. INCONSTITUCIONALIDAD E INAPLICABILIDAD DE LA NORMA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL INCISO *B* DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY 20530

---

Hemos determinado las violaciones constitucionales en que incurre el segundo párrafo del inciso *b* del texto sustitutorio del artículo 34 de la ley 20530 –introducido por el artículo 4 de la ley 27617–; esto es, la violación:

- a) del principio de igualdad de todos los hijos;
- b) de la prohibición de toda mención sobre el estado civil de los padres y

---

otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez. La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte”.

“Artículo 17.– La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria”.

- sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad; y
- c) del derecho a la intimidad personal y familiar.

La norma criticada también viola las normas que el Código Civil consagra respecto de la adopción en armonía con los principios consagrados en la Constitución que nos rige. El segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 de la ley 20530 es, por tanto, una norma inconstitucional.

Por otro lado, de acuerdo con la normatividad constitucional y legal vigentes, la indagación relativa al hijo para quien se solicita la pensión de orfandad es no solamente infractora de aquélla, sino –además– imposible.

En efecto, a partir de la vigencia del Código Civil de 1984, el hijo adoptivo es un hijo más del adoptante. Es más, en armonía con el precepto constitucional contenido en el artículo 6 de la Carta Política y en su antecedente, la Constitución de 1979, no existe diferencia alguna entre los hijos adoptivo y consanguíneo. Finalmente, en virtud del artículo 379 del Código Civil –modificado por la ley 27442–, terminado el procedimiento de adopción, la nueva partida de nacimiento consignará como declarantes a los padres adoptantes, existiendo prohibición expresa de toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador.

En consecuencia, el segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 de la ley 20530 es inaplicable, y por tanto, ineficaz.

---

## 11. ACCIONES POSIBLES CON RELACIÓN A LA NORMA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL INCISO B DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY 20530

---

Ante la norma del segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 de la ley 20530, a todas luces inconstitucional, procede una de dos acciones:

- a) La acción para exigir la cesación de los actos lesivos –conferida al agraviado o agraviados cuando tales actos violan la intimidad de la vida personal y familiar–, a que se refiere el artículo 17 del Código Civil.

En esta hipótesis, la acción podrá ser interpuesta por la madre o por el tutor del hijo para quien se solicita una pensión de orfandad con base en el segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 del decreto ley 20530, cuando, para efectos de la aplicación de esta norma, se inicien las indagaciones orientadas a establecer si dicho menor tiene o no la condición de hijo adoptivo.

Consecuencia de esta acción será la no aplicación, al caso concreto, de la norma legal violatoria.

- b) La acción de inconstitucionalidad –cuya naturaleza jurídica es la de ser garantía constitucional–, que procede contra las normas que, poseyendo rango de ley, contravienen la Constitución en la forma o en el fondo.

Esta acción puede ser interpuesta –por las personas que enumera el artículo 203 de la Carta– ante el Tribunal Constitucional, órgano competente para conocer de ella en instancia única. De ser acogida favorablemente, la norma violatoria de la Constitución queda sin efecto desde el día siguiente de la

publicación, en el diario oficial, de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara su inconstitucionalidad.

No obstante, en tanto la norma del segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 del decreto ley 20530 se mantiene vigente, tienen los jueces la potestad –fundada en el artículo 51 y, específicamente, en la segunda parte del artículo 138 de la Constitución– de no aplicarla, por tratarse de disposición legal que contraviene una norma constitucional.

---

## 12. CONCLUSIÓN

---

- 1) El inciso *a* del artículo 34 del decreto ley 20530 devino en inconstitucional a partir de la vigencia de la Carta Política de 1979, en razón de ser una norma legal que contravino, en el fondo, el artículo 6 de esa Constitución.
- 2) El segundo párrafo del inciso *b* del artículo 34 de la ley 20530 –introducido por el artículo 4 de la ley 27617– es inconstitucional e inaplicable, en razón de las disposiciones contenidas en los artículos 6 de la Constitución vigente, y 17 y 379 del Código Civil de 1984.