

UNIVERSIDAD NACIONAL DE
CAJAMARCA ESCUELA DE POST GRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS
MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

TESIS

**“EL DERECHO A LA SALUD DE LOS HIJOS AFINES EN LAS
FAMILIAS RECONSTITUIDAS DEL PERÚ”**

Presentada por:

Abogada María Liliana Zumarán Soriano

Asesora:

Dra. Marina Estrada Pérez

Cajamarca - Perú

2014



Maestría en Ciencias

Mención: Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Tesis

**EL DERECHO A LA SALUD DE LOS HIJOS AFINES EN LAS
FAMILIAS RECONSTITUIDAS DEL PERU**

**Por
María Liliana Zumarán Soriano**

**Asesora
Dra. Marina Estrada Pérez**

Cajamarca, Perú

Diciembre, 2014

COPYRIGHT© 2014 by

MARÍA LILIANA ZUMARÁN SORIANO

Todos los derechos reservados



MAESTRÍA EN CIENCIAS

Mención: Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Tesis aprobada:

**EL DERECHO A LA SALUD DE LOS HIJOS AFINES EN LAS FAMILIAS
RECONSTITUIDAS DEL PERU**

Por

María Liliana Zumarán Soriano

Comité Científico

**Dra. Marina Estrada Pérez
Asesora**

**Dr. Elfer Miranda Valdivia
Presidente del Comité**

**M.Cs. Andrés Villar Narro
Primer Miembro Titular**

**M. Cs. Pedro Cerdán Urbina
Segundo Miembro Titular**

**M.Cs. Nilo Román Romero
Miembro Accesorio**

A:

Mis hijos, Vanessa y Alberto, mi motivo y razón de vida, que con su apoyo y comprensión han alentado la culminación de mis estudios y la realización de la presente tesis, dándome la fuerza necesaria con su inagotable ternura.

“... el amor es una de las cosas más importantes en la vida humana, y me parece malo todo sistema que interfiera innecesariamente en su libre desarrollo”.

Bertrand Russel.

TABLA DE CONTENIDO:

I.- Aspectos preliminares de la Tesis

Dedicatoria	I
Epígrafe	II
Tabla de contenido	III
Lista de abreviaturas	VI
Resumen	VII
Abstract	VIII

II.- Cuerpo de la Tesis

Introducción	1
Capítulo I.- Problema de investigación	4
1.1. Planteamiento del problema	4
1.2. Formulación del problema	7
1.3. Justificación	7
1.4. Delimitaciones	11
1.5. Objetivos	12
1.6. Hipótesis	13
Capítulo II.- Aspectos Metodológicos	14
2.1. Tipología	14
2.2. Métodos	15

2.3. Unidad de análisis	16
Capítulo III.- Marco Teórico	18
3.1. Antecedentes Teóricos	18
3.2. Bases Teóricas	20
3.3. Definición de términos fundamentales	46
Capítulo IV.- Análisis y Resultados.....	48
4.1. Antecedentes de la sentencia del T.C. del EXp. 09332-2006-PA/TC Lima.....	48
4.2. Materias analizadas	49
4.3. Identidad de las familias ensambladas	49
4.4. Los derechos de los hijos afines en las familias ensambladas	52
4.5. Interpretación del Artículo 4° de la Constitución Política del Perú	52
4.6. Fortalecimiento de la Institución Familiar	53
4.7. El TC reconoce derechos en nuevas formas familiares	54
4.8. La doctrina nacional y las nuevas formas de familia	54
4.9. Problemas surgidos a partir de la formación de la nueva familia	56
4.10. Garantías que otorga la sentencia	57
4.11. La legitimidad del padre afín	57
4.12. La defensa de los fines matrimoniales	58
4.13. Ponderación de la protección de la familia	58
4.14. Los efectos sociales y jurídicos de la sentencia	59
4.15. Aspectos que debieron ser analizados.....	61
4.16. Conclusiones del análisis de la sentencia	64

Capítulo V.- El Derecho a la Salud	66
5.1. Delimitación.....	66
5.2. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	68
5.3. Definición de Salud y Derecho a la Salud	75
5.4. Relación con otros derechos humanos	78
5.5. El derecho a la salud en otros grupos sociales específicos	79
5.6. Reflexión	80
Capítulo VI.- Tratamiento comparado y legal del Derecho a la salud de los hijos afines	84
6.1. Jurisprudencia Colombiana Sentencia T-586/99	84
6.2. Jurisprudencia Costarricense Sentencia N°11016	88
6.3. Jurisprudencia Costarricense Sentencia N° 06967	90
6.4. Legislación Holandesa	92
6.5. Legislación Chilena.....	94
6.6. Legislación de Argentina	95
6.7. Legislación de República Dominicana	96
Capítulo VII.- Propuesta Legislativa	97
Conclusiones	107
Lista de Referencias	109

LISTA DE ABREVIATURAS

TC Tribunal Constitucional

EPS Entidad prestadora de salud

C.P Constitución Política del Perú

RESUMEN

El presente trabajo está basado en la falta de reconocimiento y protección del derecho al acceso al seguro de salud de los hijos afines, en las familias reconstituidas en el Perú ya que el tratamiento actual en nuestro país es nulo, por no existir legislación específica sobre del tema, constituyendo un gran vacío legal. El no poder acceder, los menores, al seguro de salud, por parte de los titulares del seguro (padres o madres afines), al ser éstos excluidos de todos los planes de cobertura para derechohabientes en todas las entidades prestadoras de salud, privadas y estatal, deja en evidente desprotección, demostrando la existencia de discriminación que vulnera el derecho de los hijos afines. Concluimos en que el reconocimiento y la protección del derecho de los hijos afines a acceder a los seguros de salud debe ser irrestricto e inmediato a la solicitud del titular del seguro que los reconoce como derecho-habientes equiparando su derecho al de sus hijos biológicos en pro de fortalecer a la familia reconstituida y reconocerla como una unidad, debiéndose incluir a los hijos afines como derechohabientes del titular solicitante por ser miembros de este nueva forma de familia, ya que resulta indispensable para que no se vulnere el derecho de estos niños y/o adolescentes a la salud y que el Estado debe garantizar plenamente el derecho a la salud para toda la población sin discriminación alguna.

ABSTRACT

This work is based on the lack of recognition and protection of the right to access to health insurance related children in stepfamilies in Peru since the current treatment in our country is zero, because there is no specific legislation on the subject, constituting a large loophole. The inability to access , children , health insurance , from insurance holders (parents or related mothers) , being excluded from all these plans coverage for beneficiaries in all organizations providing private and state health makes obvious vulnerability, demonstrating the existence of discrimination that violates the right of related children. We conclude that the recognition and protection of the right of children to access allied health insurance should be unrestricted and immediate access to the request of the insured recognized as the rightful claimants equating their right to their biological children in pro to strengthen the stepfamily and recognize it as a unit , having to include related children as beneficiaries of the license holder to be members of this new family form , and is also essential for the right of these children is not violated and / or adolescents to health and that the State should fully guarantee the right to health for all people

INTRODUCCIÓN

Tomando como punto de partida, la realidad social-familiar por la que estamos atravesando y desde una perspectiva constitucional, la familia como instituto natural se encuentra inevitablemente expuesta a los nuevos contextos sociales como la inclusión social y laboral de la mujer, que anteriormente se quedaba en el hogar y se dedicaba exclusivamente a las labores de éste, las grandes migraciones hacia las ciudades fruto de los movimientos de mano de obra a través de las fronteras y la progresiva liberalización de las legislaciones en materia de divorcio, su regulación y su alto grado de incidencia en nuestro país, por lo que todos estos aspectos han cambiado la estructura de la familia tradicional nuclear y como consecuencia se han generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de uniones de hecho o convivenciales, las monopaternales, o las familias reconstituidas; emerge la importancia vital de analizar si existe un vacío en la legislación nacional sobre la materia.

Después de la revisión de las Leyes y otros documentos concernientes a la materia, tenemos la certeza de que es importante realizar un trabajo donde se pueda exponer la problemática de no haber sido tratada en forma explícita, la situación jurídica de los hijos afines en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco haber sido recogido el tema por la jurisprudencia nacional, siendo que los mayores perjudicados por este vacío legal, han sido y lo siguen siendo los niños, niñas y adolescentes que se hallan en situaciones que a todas luces son desventajosas, discriminatorias y que atentan

contra los preceptos constitucionales como la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como fin supremo de la sociedad y del estado; la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o de la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de identidad.

Estas obligaciones representan para el Estado la exigencia del amparo, resguardo, apoyo, y defensa del derecho de los hijos afines al acceso al seguro de salud en las familias reconstituidas en el Perú, donde el poder público debe hacer todo lo necesario, para que de manera paulatina, sean superadas la desigualdad, la pobreza y la discriminación. Por lo tanto el Estado tiene la obligación del reconocimiento y aceptación de tal derecho, considerando y advirtiendo su legitimidad en una nación y acatando que se tiene que llevar a cabo como lo dicte la Constitución y la Ley de nuestro país para mantener las condiciones necesarias en un marco de justicia, equidad, igualdad, paz y libertad donde se reconozca el derecho de los hijos afines al acceso del seguro de salud por parte de los padres afines y puedan gozar realmente de este derecho íntegramente y alcanzar el bien común.

En la actualidad, no se han creado mecanismos legales para el reconocimiento y protección de derechos específicos de los hijos afines como el derecho a acceder al seguro de salud ya sea estatal o privado por parte de los padres afines cuando la madre o padre no es titular de un seguro, por ello daremos una propuesta que trate de solucionar este problema de vacío legal, que se tiene que superar por ser

imprescindible la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en esta situación desventajosa en el Perú.

Analizando legislación, jurisprudencia y doctrina extranjera, hemos encontrado que ya en muchísimos países se reconoce este derecho, que se mostrará en el desarrollo de los diferentes capítulos que contiene la presente tesis, a través de extractos de sentencias, leyes y doctrina. Por ello consideramos que el Derecho Peruano debe de ir acorde con la evolución del Derecho a nivel mundial.

Podemos concluir que el reconocimiento y la protección del derecho de los hijos afines a acceder a los seguros de salud debe ser irrestricto e inmediato a la solicitud del titular del seguro que los reconoce como derecho-habientes equiparando este derecho al de sus hijos biológicos en pro de fortalecer a la familia reconstituida y reconocerla como una unidad, debiéndose incluir a los hijos afines como derechohabientes del titular solicitante por ser miembros de esta nueva forma de familia, ya que resulta indispensable para que no se vulnere el derecho de estos niños y/o adolescentes a la salud, porque el no reconocer y proteger este derecho al acceso al seguro de salud de los hijos afines, éstos están siendo víctimas directas de discriminación, perjudicándolos no sólo física sino psicológicamente, quienes se encuentran indefensos por su misma condición.

Finalmente creemos que el Estado debe garantizar plenamente el derecho a la salud para toda la población sin excepción alguna.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

Consideramos que dada la realidad social-familiar por la que atravesamos y desde una perspectiva constitucional, la familia como instituto natural se encuentra expuesta a los nuevos contextos sociales que han cambiado la estructura de la familia tradicional nuclear trayendo como consecuencia la generación de familias con estructuras distintas, como son las surgidas de uniones de hecho o convivenciales, las monopaternales, o las familias reconstituidas, y por ende, los hijos y padres afines; emerge pues la importancia vital de analizar si existe un vacío en la legislación nacional sobre la materia, como ha sido advertida y plasmada en el segundo fundamento de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

A propósito del derecho a la salud, hemos advertido la enorme brecha existente entre el grado de protección efectiva que le brinda el Estado a este derecho y su reconocimiento, no sólo en nuestra Constitución Política, sino también internacionalmente.

Este tema es muy amplio y consideramos que el Estado peruano a través de su política, actualmente no está cumpliendo a cabalidad con su rol tuitivo ni con la preservación de los principios morales en defensa de la dignidad humana, plasmados en nuestra Carta Magna, por lo que delimitaremos nuestro trabajo exclusivamente al derecho humano de la salud de los niños y adolescentes específicamente de los que son o están enmarcados en la categoría de los hijos afines en nuestra sociedad.

Esto se puede verificar en el grave hecho de la discriminación y diferenciación que se hace entre los hijos biológicos y los hijos afines en el aspecto específico de la protección vigente y efectiva a este derecho fundamental y humano como es el acceso al derecho a la salud, cuando nuestra legislación ha olvidado que los hijos afines puedan acceder a los seguros de salud nacionales o privados, por parte de los padres afines en las familias reconstituidas en el Perú; al no estar considerados éstos, como derechohabientes para la inscripción y acceso a cualquier seguro de salud.

En este caso en concreto el no poder acceder, los hijos afines, al seguro de salud, por parte de los titulares del seguro (padres o madres afines), por no haber normatividad sobre la materia, éstos son excluidos de todos los planes de cobertura para derechohabientes en todas las EPS nacional (Es Salud) y privadas, quedando así desprotegidos. El tratamiento actual, en el Perú, acerca de este problema es inexistente ya que no hay legislación del tema, es el gran vacío actual, analizando la Ley de Salud 26790- Ley de Creación del Seguro Social (Es Salud) no hace mención sobre el tema, en la Ley 26842- Ley General de Salud tampoco hay

mención sobre el tema, en el Seguro Regular para Pescadores Independientes- Ley 27177 tampoco hay un tratamiento del tema y en todos los seguros adicionales que brinda Es Salud como: Es Salud independiente, + Seguro, + Salud, Seguro Agrario, + Protección y + Vida solamente se señala que son derechohabientes el cónyuge o concubino así como los hijos menores de edad o mayores incapacitados en forma total y permanente para el trabajo, es más en la página electrónica de Es Salud, en el ítem de Derechohabientes hay una sección de preguntas frecuentes con sus respectivas respuestas, donde se realiza la pregunta “¿Son derechohabientes los hijos del conviviente o concubina? Y la respuesta es: *Son derechohabientes del titular sus hijos menores de edad matrimoniales y extramatrimoniales (los concebidos y nacidos fuera del matrimonio)*”. Lo mismo sucede con el tratamiento que se le da al tema en las EPS privadas, ya que revisando los planes que brindan estas entidades privadas, en ninguno de ellos hay la opción para la afiliación de los hijos del esposo, esposa o concubinos a los programas de salud.

Advirtiendo esto, surge la necesidad de revisar este tema de problemática actual donde se abordará la interrogante de cómo se debe proteger el derecho a la salud en su forma de acceso irrestricto a los seguros de salud como derechohabientes de los padres afines de las familias reconstituidas en el Perú; reconociéndolo como un derecho fundamental humano de los niños y adolescentes, como es el derecho a la salud.

1.2 Formulación del problema

¿Cómo se debe proteger el derecho a la salud de los hijos afines de las familias reconstituidas en el Perú?

1.3 Justificación

Desde una perspectiva constitucional este tema es importantísimo, sobre todo porque se encuentra íntimamente ligado al derecho humano y fundamental como es el derecho a la salud que se encuentra protegido por nuestra Constitución Política, en su Artículo 7, capítulo I, Título Primero, *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. 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”*.

Desde una perspectiva de los derechos de los niños y adolescentes, que se encuentran protegidos en el Código de los niños y adolescentes, como lo señalan en los Artículos II del Título Preliminar, *“El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. (...)”*, Artículo III del Título Preliminar, *“Para la interpretación y aplicación de este Código, se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo ”*, Artículo V del Título Preliminar, *“El presente Código se aplicará a todos los niños y adolescentes del territorio peruano, sin ninguna distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión,*

opinión política, nacionalidad, origen social, posición económica, etnia, impedimento físico o mental o de cualquier otra posición sea propia o de sus padres o responsables”, Artículo IX del Título Preliminar, “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, Los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”, Artículo XI del Título Preliminar, “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños y adolescentes serán tratados como problemas humanos.”

El presente trabajo de investigación surge a partir de la consideración de que no debe existir discriminación ni diferenciación en el reconocimiento del derecho al acceso a los seguros de salud de los hijos biológicos e hijos afines, en las familias reconstituidas del Perú, como lo indica el tercer párrafo del artículo sexto de la Constitución que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o de la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de identidad. “Surge frente a ello la interrogante de si, bajo las características previas anotadas es factible diferenciar entre hijos biológicos e hijos afines” fundamento décimo tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

Entonces, por lo expuesto, devendría en arbitraria la diferenciación que se hace entre los hijos biológicos e hijos afines, así como también lo afirma la norma supranacional recogida en su artículo 23° de El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, “(...) *que la familia debe ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y de la Sociedad.*”

Consideramos que no sólo es relevante sino de vital importancia, el tema de la protección de la familia específicamente el de “...*tutelar tal organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas provenientes no sólo de Estado sino también de la comunidad y de los particulares*” fundamento décimo noveno de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

Destacamos su relevancia jurídica en el hecho de que el Tribunal Constitucional en el fundamento segundo de la sentencia mencionada, ha advertido el vacío o laguna jurídica en la legislación nacional sobre la materia (familias reconstituidas e hijos afines), señalando que no se ha tocado el tema a profundidad en nuestra legislación e incluso también concluyen en el octavo fundamento que no hay acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de las organizaciones familiares que albergan a los niños y adolescentes provenientes de una relación previa a la unión de sus padres, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras.

En cuanto a su relevancia social, consideramos que el tema de los hijos afines y familias reconstituidas ha sido desdeñado por nuestros legisladores, pero es problemática existente en nuestra realidad, siendo lo concreto que existen y en gran medida, siendo un asunto muy delicado, por ello estamos convencidos de que por su estado de vulnerabilidad, necesitan aún más el apoyo del Estado como ente protector de la familia, de la mujer, del niño y del adolescente personas que están directamente relacionadas y afectadas por este tema.

Por lo dicho anteriormente, tenemos la certeza de la importancia de realizar un trabajo donde se pueda exponer la problemática de no haber sido tratada en forma explícita, la situación jurídica de los hijos afines, en el ordenamiento jurídico nacional, ni tampoco haber sido recogido el tema por la jurisprudencia nacional, siendo que los mayores perjudicados por este vacío o laguna legal, han sido y lo siguen siendo los niños, niñas y adolescentes que sin culpa de las decisiones adoptadas por sus progenitores, hayan cambiado drásticamente el rumbo de sus vidas o simplemente por circunstancias ajenas a ellos, se hallen inmersos en situaciones que a todas luces son desventajosas y discriminatorias y que atentan contra los preceptos constitucionales como la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como fin supremo de la sociedad y del estado; la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos y la igualdad de oportunidades que otorguen plena satisfacción al derecho de la salud. Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional peruano ha vinculado el principio de la dignidad humana y el derecho de exigirle al Estado la satisfacción de los derechos sociales, en general, y

el derecho a la salud, en particular. Y considera que “...la exigencia de estos derechos sociales, como el de la salud busca garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre” fundamento de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02945-2003-AA/TC.

1.4 Delimitaciones

1.4.1 Temática.- La presente tesis abarca cómo se debe proteger el derecho a la salud como un derecho humano y fundamental de los hijos afines de las familias reconstituidas en el Perú y como el Estado peruano debe garantizar el acceso irrestricto a los seguros de salud.

1.4.2 Espacial.- La presente tesis es de aplicación en el Perú, ya que se propondrá la forma de la protección del derecho a la salud de los hijos afines de las familias reconstituidas del Perú en su forma de acceso irrestricto a los seguros de salud.

1.4.3 Temporal.- La presente tesis no cuenta con una delimitación temporal ya que se pretende dar una propuesta normativa.

1.4.4 Teórica.- La presente tesis se alinea a la corriente teórica del Análisis Económico del Derecho, una corriente moderna neoliberal, que estudia el costo beneficio de una norma; ampliando nuestra visión y en el caso de que se presente una controversia jurídica, se pueda analizar en conjunto el efecto económico (costos

privados) y paralelamente los efectos sociales (beneficio) que la decisión pueda generar.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo General

Determinar el modo de cómo debe de protegerse el derecho a la salud como derecho irrestricto de los hijos afines de las familias reconstituidas en el Perú.

1.5.2 Objetivos Específicos

1.5.2.1 Analizar y exponer las carencias y deficiencias de la legislación existente en materia de salud por el vacío identificado acerca del acceso a los seguros de salud por parte de los hijos afines

1.5.2.2 Demostrar que existe discriminación en el hecho de no incluir a los hijos afines como derecho-habientes de los seguros de salud.

1.5.2.3 Describir la forma de garantizar la no discriminación al acceso a los seguros de salud de los hijos afines de las familias reconstituidas del Perú.

1.5.2.4 Proponer la forma del reconocimiento para la protección del derecho del acceso al seguro de salud de los hijos afines, por parte de los padres afines en las familias reconstituidas en el Perú.

1.6 Hipótesis

El derecho a la salud de los hijos afines debe protegerse con el reconocimiento y la implementación como un derecho irrestricto que garantiza la no discriminación en el acceso a los seguros de salud, en todos los casos de las familias reconstituidas en el Perú.

CAPÍTULO II

ASPECTOS METODOLÓGICOS

2.1 Tipología

2.1.2 Tipo de investigación

La tipología en la que se enmarca la presente tesis es la Dogmática Jurídica – Propositiva, porque está orientada al reflejo y la reproducción mental que el investigador tiene de la realidad material, deduciendo de lo que ha podido observar en el transcurso del tiempo, desde que inicia la presente investigación, además se tendrá que analizar la normativa del Derecho Constitucional y del Derecho de Familia referente al tema y el análisis de la situación jurídica de los hijos afines en el Perú, ya que hay un vacío legal que se tiene que superar, concluyendo con una propuesta legislativa explicando cómo debe ser el tratamiento jurídico al problema planteado.

2.2 Métodos

2.2.1 Método analítico-sintético, consta de dos momentos: primero, descomponiendo y distinguiendo los elementos de un todo y segundo, al reconstruir un todo a partir de los elementos estudiados por el análisis. Así estudiamos cómo

debe ser el reconocimiento y protección irrestricto e inmediato, al acceso al seguro de salud, de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú, analizando sus características y la reglamentación pertinente, para luego formar con todo lo estudiado una Propuesta de Reconocimiento y protección irrestricto e inmediato, al acceso al seguro de salud, de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú, ubicando y exponiendo las necesidades, carencias y deficiencias de la legislación existente en materia de salud por el vacío identificado acerca del acceso a los seguros de salud por parte de los hijos afines y determinando las características, los defectos y errores de la diferenciación entre los hijos e hijos afines en el acceso al seguro de salud por parte de los padres afines.

2.2.2 Método Hermenéutico Jurídico: Luego de la observación y análisis de la sentencia que forma parte del objeto de estudio, la interpretación sobre su significado es necesario para determinar su sentido. No obstante, ser la interpretación un método y una técnica, tanto de las normas legales, del Derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica y en general el comportamiento humano.

2.3 Unidad de análisis

2.3.1 Constitución Política del Perú

- Artículo 6°, tercer párrafo que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos.

- Artículo 4°, que reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad y que el Estado está obligado a prestarle protección.

2.3.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos

- Artículo 16, donde establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2.3.3 Observación General N° 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU

Parte pertinente al Derecho a la salud y sus elementos esenciales.

2.3.4 El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 23°, que establece que la familia debe ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y de la Sociedad.

2.3.5 Constitución de la Organización Mundial de la Salud que establece como uno de sus principios básicos que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

2.3.6 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

En la que se advierte que existe un vacío en la legislación nacional sobre la materia de familias reconstituidas, hijos y padres afines

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

3.1 Antecedentes

De la revisión de literatura precedente he encontrado las siguientes publicaciones que son relevantes para mi trabajo de tesis, distinguiéndolos de la siguiente forma:

3.1.1 Doctrina:

Por Javier Edmundo Calderón Beltrán. La Familia Ensamblada en el Perú - Superando el vacío legal.

Por Rodrigo Da Cunha Pereira. Familias Ensambladas y Parentalidad Socioafectiva.

Por Cecilia P. Grossman, y Marissa Herrera. La Fuerza de la Jurisprudencia Constitucional - Hacia el reconocimiento normativo de otras formas de organización familiar: La Familia Ensamblada.

Por Yuri Vega Mere. Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia- Familias de Hecho, Ensambladas y Homosexuales.

Por Manuel Bermúdez Tapia. Comentario a una Jurisprudencia en materia Civil Familia Expediente N° 09332-2006-A/TC

Por Marcela Giusti Pareja. TC reconoce identidad propia y necesidad de protección a familias de segundas nupcias.

Por María Alejandra González Luna. El Tribunal Constitucional y las nuevas formas de familia.

Por la Oficina de Control de la Magistratura- Poder Judicial. TC fortalece la institución de la familia.

3.1.2 Jurisprudencia Nacional y extranjera:

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02945-2003-PA/TC.

Sentencia T-586/99. Protección de los Derechos de los Hijastros de Colombia.

Sentencia Costa Rica 1106 – Exp. 03-007233 – 0007.CO

3.2 Bases Teóricas

3.2.1 Principios de la justicia sanitaria (León Florián 2010,492-503)

- Modelos históricos de justicia sanitaria

En el siglo XVIII se entendía a la salud como un bien individual, siendo su

preservación una responsabilidad personal. En el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, con los grandes cambios sociales y los avances de la medicina, el Estado fue tomando mayor responsabilidad en la protección de la salud de sus ciudadanos, presentándose las primeras formas de asistencia sanitaria y de regulación de la sanidad pública, en especial en los grandes centros fabriles. Con posterioridad a la II Guerra Mundial, se toma plena conciencia de la responsabilidad del Estado en materia de salud y se recoge en declaraciones internacionales a la salud como un derecho humano. Así, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada en 1946 establece como uno de sus principios básicos que *"El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social"*. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos suscrita en 1948 reconoce en su artículo 25.1 que *"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"*.

En el periodo inmediatamente posterior a la II Gran Guerra y merced al gran auge económico que experimentaron los Estados europeos, basado en el modelo económico keynesiano, se instauró el modelo que ha dado en llamarse Estado de bienestar, bajo el cual las áreas de asistencia sanitaria y seguridad social quedaron especialmente favorecidas, creándose modelos de atención médica integral y dirigida a todos los ciudadanos. Así, por ejemplo, sucedió con el *National Health*

Service -primer servicio nacional de salud en Europa- creado en Inglaterra en 1948 bajo el gobierno laborista. Sin embargo, la crisis económica de 1973 puso en entredicho las virtudes del Estado de bienestar y su capacidad para atender de modo universal y eficiente a todos los usuarios de los servicios de salud. Es así que en la Conferencia de Alma Ata realizada en 1978, aun cuando el espíritu de la declaración era superar la enorme dificultad existente en el acceso a la salud de la mayor parte de la población a nivel mundial, se recoge la primera preocupación por racionar los recursos existentes y optimizar los gastos efectuados por el sistema sanitario. De este modo, el paradigma de la "atención primaria de salud" creado en Alma Ata estuvo basado en un sistema de "niveles de atención", donde si bien no se descartaba la existencia de un nivel de atención especializado y complejo, los recursos debían estar mayoritariamente asignados a crear un sistema de atención cercano a la gente, de carácter básico.

Con la irrupción durante los años 90 de un modelo minimalista en materia de políticas sociales, inspirado en la hegemonía del modelo económico neoliberal y en los programas impulsados por el Consenso de Washington, la estrategia de atención en salud varió profundamente. De una propuesta de "atención primaria" basada en la universalidad e integridad del servicio se pasa a una nueva concepción de la APS basada en la selección de algunas intervenciones y en la focalización de los programas dirigidos a grupos de población situados en condición de extrema pobreza. Así, se empieza a hablar de "atención primaria selectiva de salud" que, ilustrativamente ha sido calificada como "atención primitiva de salud", y que ha

sido comparada a una "ambulancia" que se encarga de recoger los heridos que la política económica deja. En la misma línea, en Estados Unidos, se produjo por parte de la Comisión Presidencial en Washington el programa *Securing Access to Health Care*, el mismo que propuso la implementación de una atención sanitaria basada en el concepto de *decent minimum*, de acuerdo al cual se brindaba acceso a los más necesitados a servicios básicos de salud.

Actualmente, y dadas las condiciones de crecimiento económico que durante muchos años disfrutaron muchos países desarrollados y en vías de desarrollo, y debido a las grandes desigualdades que aún existen en la atención de salud, hay una tendencia a impulsar nuevamente una protección integral y cada vez más universal. Así, hay un nuevo posicionamiento de la APS, como forma de retornar a la cobertura universal, con programas focalizados solo como punto de partida y no de llegada.

Esta breve reseña de la evolución de los modelos de prestación del servicio de salud nos muestra cómo estos se hallan fuertemente determinados por el modo como sus actores conciben los principios de justicia distributiva en materia sanitaria. La pregunta que nos liaremos en lo que sigue, entonces, estará dirigida a dilucidar los alcances que cada una de estas concepciones defiende o está dispuesta a aceptar respecto al derecho a la salud. Ello nos llevará a presentar, si se quiere, un discurso más realista de los problemas de fondo que enfrenta la vigencia de un derecho cuya esencia se basa en unos principios que, como ya dijimos, se encuentran en abierta contradicción con algunos de los principios en los que se asienta el actual modelo

económico. Por otro lado, si pretendemos la eficacia y justiciabilidad de un derecho cuyo carácter prestacional lo pone en directa confrontación con un modelo subsidiario de intervención estatal y no conocemos el grado de reconocimiento que dicho modelo le brinda a ese derecho, no solo incurriremos en el riesgo de entrar a un diálogo de sordos, sino que podemos llegar a caer en el error de creer que estamos protegiendo adecuadamente el derecho a la salud y cambiando la realidad de la política a través del Derecho, cuando en verdad solo estaríamos paliando en grado mínimo la situación.

3.2.2 Teorías sobre justicia distributiva y derecho a la salud

a) Teorías libertarianas

Esta posición niega el carácter de derecho a la prestación de salud, básicamente por entender que una concepción de este derecho como exigencia de atención médica es inmoral. Siguiendo la teoría de la titularidad de derechos de Robert Nozick, Tristran Engelhart refuta el reconocimiento de un derecho a la salud, por considerar que la salud pertenece a ese tipo de contingencias que pueden ubicarse dentro de una "lotería natural", cuya responsabilidad no puede asignarse al conjunto de la sociedad de modo causal. De esta manera, constituiría una injusticia imponer los costos de un sistema sanitario a quienes no son responsables de las contingencias de salud de los demás, afectando además con ello los derechos de los individuos a la libre elección y la propiedad. Por otro lado, la caridad hacia terceros no puede ser impuesta sin convertirse con ello en inmoral. Por estas razones, las tesis de

Erighart, así como la de Sade, que han sido calificadas como libertarianas, afirman que los servicios de salud deben quedar librados al mercado y, en todo caso, a una caridad privada hacia los más necesitados.

b) Teoría del Decent Minimum

Los autores Charles Fried y Alien Buchanan, con justificaciones distintas, han propuesto la tesis del Decent Minimum como criterio para instaurar un sistema de justicia sanitaria. Basado en el derecho que los miembros de una comunidad tendrían a compartir los bienes que esta produce de modo colectivo, Charles Fried sostiene la posibilidad de que algunos bienes sociales objetivos puedan ser entregados a todos los individuos con el fin de asegurarles una vida tolerable, que se refleja en el derecho a un mínimo decente en la atención de salud. Por su parte, Alien Buchanan también acepta la propuesta de un mínimo decente en la prestación sanitaria, pero no lo considera como un derecho sino que lo enmarca dentro de los deberes de beneficencia o caridad, que se justifican en razón a proporcionar un sistema coordinado de cooperación que permita a los ciudadanos llevar adelante sus sentimientos de solidaridad de modo eficiente, además de brindar los servicios esenciales que las personas requieren para poseer una vida tolerable. La ventaja de considerar a la atención de salud como un deber de beneficencia y no como un derecho radica en evitar la complicación de definir, desde principios de justicia, cuáles son las prestaciones que deben estar incluidas en ese derecho al mínimo de atención de salud, dependiendo, por lo tanto, dicha determinación de la política

gubernamental, que lo decidirá de acuerdo a una apreciación completa de todos los bienes sociales a ser distribuidos y de los recursos disponibles para ello.

Con algunos matices, el sistema de atención minimalista que esta propuesta promueve es la que ha venido a aplicarse a partir de la década de los 90, sobre todo en América Latina, a través de un sistema de canasta básica de prestaciones de salud, focalizado principalmente en los sectores más necesitados. Desde un punto de vista moral, esta propuesta ha sido duramente criticada, sobre todo por imponer una marcada diferencia entre pobres y ricos al momento de acceder a servicios complejos de salud que, sin embargo, son indispensables para proteger adecuadamente la salud de las personas. En dicha línea, Graciela Vidiella ha manifestado certeramente que:

"(...) la salud no es un bien divisible, no es posible distinguir entre salud básica y otra superior; las necesidades sanitarias no admiten niveles: si alguien requiere un trasplante de corazón para seguir viviendo, los límites impuestos por el decent minimum a la tecnología de alta complejidad no le permitirían una vida tolerable sino que lo llevarían a la muerte".

c) Teorías igualitarias

Con fundamento en la tradición filosófica kantiana y en los principios de justicia distributiva expuestos por Rawls", autores como Ronald Green y Norman Daniels se han ubicado en la orilla contraria a la tesis anterior y han sostenido una teoría igualitaria del derecho a la prestación de salud. Ronald Green, por ejemplo, sustenta

el carácter igualitario del derecho a la atención sanitaria en la inclusión de la salud dentro de los bienes que Rawls denomina como bienes sociales primarios definidos como aquellas condiciones sociales de fondo y medios omnivalentes necesarios para perseguir y promover racionalmente las concepciones particulares del bien que, de acuerdo a Rawls, merecen igual consideración. Los sujetos puestos en una posición original-cree Green- considerarían a la salud no solo como un bien valioso para alcanzar sus planes de vida, sino como un bien ubicado al nivel de las libertades básicas, pues en una sociedad que quiera organizarse sobre bases justas los individuos buscarían protegerse todo lo posible y de modo igualitario contra las eventuales enfermedades, impidiendo que una diferencia de renta les impida conservar la salud y los coloque en situación de inferioridad frente a los que detentan mayor poder económico. Por su parte, Norman Daniels ha propuesto un sistema igualitario de prestaciones sanitarias basándose en el principio de igualdad de oportunidades que, de acuerdo a la propuesta rawlsiana, compone una norma esencial del contrato social basado en principios de justicia. Este principio de igualdad de oportunidades que, en la versión de John Rawls, se circunscribe al igual acceso a puestos de trabajo y cargos públicos, en Daniels es ampliado a la igual prosecución de los planes de vida, que incluye la capacidad de los individuos para alcanzarlos en distintas etapas de la vida (con lo cual se excluye una posible discriminación de los adultos mayores en la prestación del servicio). Por último, Daniels vincula este principio con la protección sanitaria en razón a que la salud es un bien primordial para el normal funcionamiento de los individuos. En esta función

que cumple la salud en el desarrollo normal de la persona se encuentra, además, el canon para controlar las prioridades en materia de justicia sanitaria.

Aun cuando hasta aquí las posturas sostenidas por Green y Daniels alcanzan a fundar un derecho de orden igualitario en materia de salud y que constituye, como veremos, el enfoque afirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 14, dichas posturas aún acarrear algunos problemas en orden a determinar la extensión del derecho a la salud y el carácter de las prioridades que lo componen. Así, basar el acceso y las prioridades en las prestaciones sanitarias en razón a un criterio biológico como el "normal funcionamiento de la especie" propuesto por Daniels es, según Graciela Vidiella, desconocer los distintos elementos que componen la definición de salud y que superan el criterio biológico de "ausencia de enfermedades". Como ha sido recogido en distintos tratados internacionales, y como lo reconoce la OMS en su Carta de Constitución, la salud está conformada no solo por el estado de bienestar físico, sino también por el bienestar mental y social. Por ello, para definir un marco de prioridades en las obligaciones que se derivan de este derecho es necesario tener en cuenta los distintos *factores determinantes de la salud*, entre los cuales se encuentra de modo muy primordial los factores socioeconómicos. Por otro lado, considerar a los factores económicos y sociales como determinantes en la salud de las personas nos permite alejarnos de posiciones como las libertarianas que imputaban la enfermedad solo al azar y a la lotería natural.

d) Teoría de las capacidades y autonomía moral

Es así que han surgido otras propuestas para determinar, de modo objetivo, cuándo nos encontramos frente a necesidades que deberían quedar incorporadas en la lista de prestaciones que incluye el derecho a la atención de salud. Con base en los conceptos de *capacidades y funcionamientos* de Amartya Sen, Martha Nussbaum presenta una lista de capacidades que constituirían las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona moral libre, digna e igual y que son las que definirían la distinción objetiva entre necesidades y preferencias. Así, esta lista estaría compuesta por las capacidades que deben tener las personas de: i) vivir hasta el fin de la vida lo mejor posible (no morir prematuramente o no quedar reducido en sus posibilidades); ii) estar libre de enfermedades evitables; iii) alimentarse adecuadamente; iv) poseer una vivienda digna; v) usar los cinco sentidos (o de compensar su ausencia); vi) imaginar, pensar y razonar, tener emociones y expresarlas; vii) interactuar con otros y de establecer vínculos afectivos; viii) poseer una concepción del bien, perseguirla y revisarla; ix) reconocer normas intersubjetivas; x) valerse por sí mismo en la edad adulta; xi) educarse en su propio contexto; y xi) estar informado.

En la propuesta de Sen, el desarrollo de estas capacidades básicas constituye el requisito indispensable para que los individuos puedan ejercer los dos intereses de orden supremo que los distingue como personas morales: formarse un plan de vida y orientar la existencia sobre la base de él. Es necesario enfatizar, sin embargo, que el criterio de las capacidades de Sen y Nussbaum no pone el acento en los bienes

sino en las personas. No quiere ello decir que se está volviendo hacia un criterio subjetivo de las necesidades, sino que las capacidades variarían según las diferentes necesidades de las personas en función de los planes de vida que puedan formar según su condición.

Es obvio que la propuesta de Sen y Nussbaum nos conduce hacia una visión más integral en el tratamiento del derecho a la salud. De acuerdo a esta, la salud se ubica en el rubro referido a la capacidad de estar libre de enfermedades evitables, correspondiendo comprender dentro de ella a todas aquellas condiciones que se relacionen directamente con dicha capacidad y con la noción de autonomía que la misma propugna. Siguiendo la propuesta de estos dos autores, Graciela Vidiella ha definido una lista de prioridades que deberían estar incluidas, de modo necesario en el derecho a la salud y que se corresponden, justamente, con esta noción de autonomía como desarrollo de capacidades:

1. Medicina preventiva (incluye diagnósticos, campañas de vacunación, protección materno-infantil, campañas de erradicación de enfermedades endémicas, etc.); saneamiento ambiental (provisión de agua potable, desinfección); educación sanitaria y nutricional. Este nivel está destinado a la preservación de la persona, con el pleno funcionamiento de sus capacidades.
2. Servicios curativos y rehabilitativos cuya finalidad es restaurar la capacidad de estar libre de enfermedades evitables.
3. Servicios médicos y paramédicos tendientes a compensar la pérdida de la

capacidad de estar libre de enfermedades evitables en discapacidades físicas y psíquicas no demasiado severas, y en los pacientes crónicos no graves. Hay capacidades que no pueden restaurarse, pero sí compensarse. Este nivel, por ejemplo, obligaría a proveer sillas de ruedas a los paralíticos, lazarillos a los ciegos, insulina a los diabéticos, etc.

4. Cuidados especiales hacia todos aquellos cuyas capacidades no pueden ni curarse ni compensarse, como es el caso de los discapacitados mentales graves, de pacientes con patologías crónicas muy severas, y de enfermos terminales.

5. Una postura como la asumida por Graciela Vidiella, siguiendo a Sen y Nussbaum, si bien nos permite entender el derecho a la salud de modo más integral, relacionándolo con los factores determinantes de la misma, tal y como lo postula la OMS y la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de comprender su relación con el ejercicio de otros derechos, fomentando con ello la visión de integralidad e inter-dependencia en el ejercicio y vigencia de los derechos humanos, de acuerdo al espíritu anidado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y según la óptica que hoy se maneja en el Derecho Internacional de los derechos humanos, esta teoría aún tiene un punto débil: no puede justificar o puede hacerlo de modo muy forzado, la atención a aquellos que sufren alguna enfermedad paralizante y que, desde un punto de vista racional, ya no puedan formarse planes de vida. Parece ser que en este punto tendríamos que apelar a un fundamento distinto de la autonomía propuesta por la teoría de las capacidades y que, quizás, podría residir en la dignidad humana, pero

no circunscrito a su relación con la autonomía moral y racional sino dentro de una comprensión más amplia del ser humano que nos lleve incluso hasta los terrenos de la tradición ética cristiana.

6. Al igual que las teorías igualitarias basadas en los presupuestos de la justicia distributiva rawlsiana, las teorías sobre la autonomía moral del ser humano y el desarrollo de capacidades propugnan un sistema de atención de salud universal e igualitario que compatibiliza, además, de modo más cercano con la forma como el derecho a la salud ha sido recogido en los sistemas universal y regional de los derechos humanos. La propuesta, sin embargo, -como es obvio- choca con una realidad marcada por la escasez de recursos económicos en el Estado que permita atender el grado de necesidades que un derecho definido de este modo presenta. La respuesta desde este sector doctrinal ha sido que si bien la teoría puede aportar los elementos propios de justicia distributiva en un plano universal, dicha propuesta debe ser contrastada con los recursos con que cada país cuenta y de acuerdo a sus propias condiciones materiales y necesidades-". En todo caso, como ha sostenido Amartya Sen, el problema de escasez de recursos puede reconducirse, en la mayoría de los casos, a uno de uso más racional y equitativo de los medios con que cuenta un país para la satisfacción de las necesidades básicas de la población". Por otro lado, en el Derecho Internacional de los derechos humanos hoy se acepta que el Estado no puede excusarse en la falta de recursos para no dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos. Así, en el ámbito del derecho a la salud, la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales ha establecido que constituye una violación de las obligaciones que el Estado ha contraído en virtud del artículo 12 del PIDESC, la no disposición de utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles para dar plena efectividad a este derecho, exigencia cuya satisfacción deberá ser demostrada por el Estado a través de informes periódicos e incluso ante un supuesto de denuncia de violación del Pacto. Por último, desde la dogmática de los derechos fundamentales, Robert Alexy ha señalado concluyentemente que, la determinación del contenido definitivo de un derecho social fundamental o, lo que es lo mismo, la posibilidad de establecer posiciones subjetivas iusfundamentales judicialmente exigibles, se debe resolver en el juego de la ponderación de la necesidad de satisfacción del derecho y la capacidad económica del Estado, por lo que si el segundo supuesto no es afectado o lo es en grado moderado, nada impide dar plena satisfacción a un derecho social.

e) Teorías comunitaristas

Por último, a partir de la corriente de pensamiento que ha dado en llamarse "comunitarismo" se ha puesto en tela de juicio, más de una vez, la conveniencia de pensar la atención de necesidades básicas en términos de derechos, tal y como el liberalismo los entiende y el constitucionalismo los ha recogido, esto es, como derechos subjetivos. De acuerdo a esta postura, el recurso a la autonomía personal como fundamentación de los derechos no hace sino pensar a los' seres humanos como seres abstractos sin ninguna relación con la comunidad que los rodea; fomenta, por lo tanto, individuos excesivamente egoístas, separados entre sí y carentes de solidaridad e ideales comunes. En el plano de los derechos sociales,

Fernando Atria ha sido muy explícito en su crítica al entendimiento de estos bienes jurídicos colectivos como derechos subjetivos al considerar que "(...) el concepto de derecho subjetivo, implica que el interés individual que el derecho protege triunfa (al menos típicamente) sobre las aspiraciones comunitarias. Quien reclama un derecho se separa de la comunidad y afirma su derecho aun en contra de ella si es necesario. Por consiguiente, concebir la política como estructurada fundamentalmente por la idea de derechos subjetivos, por humanos que sean, implica rechazar la idea de una forma de asociación en la cual las personas se relacionan unas con otras no como agentes autointeresados sino unidos por vínculos de solidaridad y reciprocidad".

7. En materia de derecho a la salud, ante condiciones de escasez de recursos, en más de una ocasión se ha señalado que los reclamos individuales y admisión de estos por parte de los tribunales no solo puede generar distorsiones en el conjunto del sistema en razón al impacto presupuestal de las decisiones judiciales, sino que puede profundizar las brechas y desigualdades en el propio sistema de salud, al desviar recursos públicos para atender determinadas demandas individuales en contra de las necesidades de la mayoría de los usuarios de salud. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho eco de la incidencia colectiva de los derechos sociales, propugnada por el comunitarismo, y en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* ha afirmado que: "Los derechos económicos, sociales y culturales tiene una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo (...) se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la

creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presente los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente".

Por esta razón, las teorías comunitaristas propenden a una visión más política de los derechos³⁴ que en materia de justicia sanitaria puede verse plasmada en la opción por la protección de un derecho a la salud pública, por la búsqueda colectiva de decisiones en materia de políticas de salud, a través de la participación de la sociedad civil, o incluso por una estrategia colectiva de judicialización de los derechos sociales a través de "acciones populares o colectivas" que busquen fiscalizar o corregir las políticas públicas en materia de salud.

3.2.3 Visión Constitucional del reconocimiento del derecho y protección al acceso a los seguros de salud de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú

Desde la perspectiva constitucional este tema es importantísimo, sobre todo porque se encuentra íntimamente ligado al derecho fundamental como es el derecho a la salud que se encuentra protegido por nuestra Constitución Política, en su Artículo 7, capítulo I, Título Primero, *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. 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". Por lo tanto el Estado tiene la obligación de la aprobación y aceptación de tal derecho, considerando, advirtiendo y contemplando su legitimidad en una nación y acatando que se tiene que llevar a cabo como lo dicte la Constitución y la Ley del país para mantener las condiciones necesarias en un marco de justicia, equidad, igualdad, paz y libertad donde se reconozca el derecho de los hijastros al acceso del seguro de salud y puedan gozar realmente de este derecho íntegramente y alcanzar el bienestar común.

Desde la perspectiva de los derechos de los niños y adolescentes, que se encuentran protegidos en el Código de los niños y adolescentes, como lo señalan en los Artículos II del Título Preliminar, *"El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. (...) "*, Artículo III del Título Preliminar, *"Para la interpretación y aplicación de este Código, se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo "*, Artículo V del Título Preliminar, *"El presente Código se aplicará a todos los niños y adolescentes del territorio peruano, sin ninguna distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, posición económica, etnia, impedimento físico o mental o de cualquier otra posición sea propia o de sus padres o responsables"*, Artículo IX del Título Preliminar, *"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y*

Judicial, del Ministerio Público, Los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”, Artículo XI del Título Preliminar, “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños y adolescentes serán tratados como problemas humanos.”

Estas obligaciones representan para el Estado la exigencia del amparo, resguardo, apoyo, y defensa del derecho de los hijos afines al acceso al seguro de salud en las familias reconstituidas en el Perú, donde el poder público debe hacer todo lo necesario, para que de manera paulatina, sean superadas la desigualdad, la pobreza y la discriminación.

Coincidimos con Vega Mere, en el sentido de que el tema de la familia no es el preferido de los juristas, ya que sus comentarios del tema no causan mayor impacto. Si bien es cierto, la Constitución del año 1979, que produjo algunas reformas importantes, como el reconocimiento de la igualdad de varón y mujer, de los derechos entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y la incorporación de la unión de hecho y otras modificaciones, siempre seguimos unidos a la concepción de la familia matrimonia, tradicional. Mientras que la realidad se desbordaba por los incesantes retos a los cuales se veía expuesta la familia nuclear cuando empezaban a asomar nuevos rasgos de nuevas formas familiares.

3.2.2 La antigua y la moderna concepción de la familia

Antiguamente hace muchos siglos, existía la familia patriarcal, donde cada familia tenía un pater familiae que estaba investido de poder absoluto decidiendo los destinos de la esposa e hijos que se encontraban sometidos a él y no había igualdad de filiación. A fines del siglo XX, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, trajo también los ideales de libertad que permitían a las personas puedan elegir otras formas para la constitución de la familia, distintas a las formadas por tradición y la opción de seguir casados o no.

En la actualidad, no se han creado mecanismos legales para el reconocimiento y protección de derechos específicos de los hijos afines como por ejemplo el derecho a acceder al seguro de salud ya sea estatal o privado por parte de los padres afines, cuando la madre o padre no es titular de un seguro; por ello daremos una propuesta que trate de solucionar este problema de vacío legal, que se tiene que superar por ser imprescindible la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en esta situación desventajosa en el Perú, ya que la realidad reclama que la concepción tradicional y formalista del Derecho de Familia sea reformada por encontrarse alejada de los hechos.

“Sin embargo delante de esos ideales de libertad traídos por la concepción de los derechos humanos, se puede afirmar que hay una tendencia en todos los países del mundo de “legitimar” y reconocer las varias representaciones sociales de la familia. En los países de Latinoamérica, en general, la tendencia es de que se vaya

reconociendo y legitimando todos los arreglos familiares, por más distintos que sean de las formas tradicionales.” (Da Cunha Pereyra 2008, 21).

Es muy cierto que la familia es el inicio de toda sociedad, que ha ido cambiando o transformándose a través del tiempo por los nuevos contextos en los que se desarrolla, por ello no podemos mostrarnos ajenos ni tratar de esconder la realidad en la que vivimos actualmente, cuando el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos preceptúa que *“la familia es el núcleo natural y fundamental de la sociedad”*, no a las diversas opciones de constitución familiar. No podemos negarles la condición de familia a estas nuevas formas de constitución familiar, sólo porque vivimos cerrados a la realidad acarreando estigmas de falsa moralidad.

“La familia fue, es y continuará siendo el núcleo básico de cualquier sociedad. Sin familia no es posible ningún tipo de organización social o jurídica. Es la familia donde todo empieza. Es la familia que nos estructura como sujetos y es donde encontramos algún amparo para nuestro desamparo estructural.” (Da Cunha Pereyra 2008, 21).

El psicoanalista francés Jacques Lacan, a partir de Claude Lévi Strauss, enseña que Familia es una estructuración psíquica en que cada miembro ocupa un lugar, una función. Lugar de padre, lugar de madre, lugar de hijo, sin que necesariamente estén ligados biológicamente. Tanto es así, una cuestión de "lugar", que un individuo puede ocupar el lugar de padre o madre, sin que sea el padre o la madre biológicos.

Exactamente por ser una cuestión de lugar, de función ejercida, es que existe el milenarismo instituido de la adopción. Del mismo modo, el padre o la madre biológicos pueden tener dificultad en ocupar este lugar de padre o de madre, tan necesarios y esenciales a nuestra estructuración psíquica y formación como seres humanos y sujetos de derechos (Da Cunha Pereyra 2008, 22).

Existen incontados casos en los que los “padres” no ocupan el sitio que les corresponde en la familia, ya sea por situaciones ajenas o por su propia voluntad, de no querer hacerse cargo de su familia, por ello muchas veces, los hijos son criados por otros familiares o por el integrante de la nueva estructura familiar que ocupará el lugar y ejercerá y cumplirá el rol del padre o madre, que el padre biológico no lo pudo hacer o despreció; que dio lugar a la frase antiquísima de: “padre no es el que engendra sino el que cría”.

Es esa estructuración familiar que existe antes y por encima del Derecho, la que nos interesa traer para el campo jurídico. Y es sobre ella que el Derecho viene, a través de los tiempos, y en todos los ordenamientos jurídicos, regulando y legislando, siempre con el *intuito* de ayudar a mantenerla para que el individuo pueda, incluso, existir como ciudadano (sin esta estructuración familiar, en la que hay un lugar definido para cada miembro, el individuo sería psicótico) y trabajar en la construcción de sí mismo, o sea, en la estructuración del ser-sujeto y de las relaciones interpersonales y sociales, que posibilitan la existencia de los ordenamientos jurídicos (Da Cunha Pereyra 2008, 22).

3.2.3 ¿Las familias reconstituidas, reconstruidas, ensambladas, mosaico, recompuestas, de segundas nupcias o familiastras?

Como lo ha hecho notar también la sentencia del TC. En su octavo considerando, aún no existe un acuerdo en la doctrina del nomen iuris que se utilizará para estas nuevas organizaciones familiares.

La familia es el resultado de la cultura que sobrepasa la naturaleza, ahora existen formas distintas de ésta, a la medida de los cambios y transformaciones de la realidad, lo aceptemos con agrado o no. Por ello coincidimos con Da Cunha Pereyra, en el sentido de que el Derecho debe apenas traducir la realidad fáctica, so pena de reducirse a un mero tecnicismo vacío y de que las constituciones democráticas actuales reconocen las diversas formas de constituciones de familias, de las tradicionales a las más distintas, o sea, de aquellas constituidas por el matrimonio, por las uniones estables y las familias monoparentales porque en esta nueva realidad social, y como resultado natural de los divorcios y separaciones, se incluyen también las familias reconstituidas, ensambladas, o mosaico como empiezan a ser llamadas en Brasil. Esta familia en que hijos de anteriores uniones conviven con hijos de las nuevos compromisos, tienen cada vez más una representación mayor en la sociedad contemporánea

El derecho debe ser el resultado de los hechos y realidades, no podemos adecuar o cambiar la evolución de las familias al derecho tradicional, pero si podemos y debemos cambiar, modificar, modernizar y actualizar el derecho al cambio que ha

tenido la familia tradicional en la actualidad, ya que no se da en casos aislados sino más bien su presencia se está acrecentando en la actualidad.

A pesar de esta realidad fáctica, el Derecho poco se ha pronunciado respecto eso, o pocas respuestas ha dado a las demandas que al respecto se presentan. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 09332-2006 PA/TC) es valiente, osada e innovadora y debe servir de ejemplo y referencia inclusive para otros ordenamientos jurídicos. Ella debería ser divulgada en toda Latinoamérica para que se torne como un nuevo paradigma jurídico sobre las nuevas concepciones de familia. *"La Familia ensamblada se presenta como algo desconocido que desconcierta y nos engarza en los modelos que hemos aprendido; la posibilidad de ordenar esta realidad se torna dudosa. Tenemos como referencia la familia nuclear, que se identifica con lo que es "natural" o "normal", aun cuando nuestra propia experiencia nos demuestra a cada instante la fragilidad de tales vínculos"* (Da Cunha Pereyra 2008, 22).

En el Derecho Peruano, no se había tratado el tema de estas nuevas formas de estructura familiar y tampoco se había advertido acerca del vacío en la legislación nacional legal y la problemática existente de estas familias, hasta que la sentencia del TC, observó y superó el vacío hallado, reconociendo con ello los derechos de las familias reconstituidas otorgándole y dimensión desconocida ya que sus efectos y alcances dependerán de las nuevas demandas que se inicien.

Aún no hay reglas jurídicas que definan estas relaciones en ningún país de Latinoamérica, de estas nuevas formas. Sin embargo, hay principios jurídicos

orientadores de la nueva concepción de familia. Y, como dice Norberto Bobbio, los principios jurídicos, expresos o no en la constitución de un país, constituyen normas que deben ser aplicadas aunque no haya una regla (ley) específica sobre el asunto. Esta es una de las principales funciones de los principios para los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Así, las reglas y los principios son especies del género norma, y por lo tanto tienen "fuerza normativa". Fue esta fuerza normativa de los principios jurídicos que pudo, puede y debe sostener que todos los juzgamientos, especialmente los de Derecho de Familia, igual a lo que ocurrió con referido juzgado de la corte peruana, deben estar sostenidos por los principios jurídicos orientadores de tal ordenamiento jurídico (Da Cunha Pereyra 2008, 23).

3.2.4 El principio de la afectividad asociado al principio de la dignidad humana y de la pluralidad de formas de familia.- La filiación socioafectiva.

Siguiendo Da Cunha Pereyra, los hijos socio-afectivos son los hijos adoptivos, los hijos del corazón, independientemente de los lazos genéticos. Paternidad y maternidad son funciones ejercidas. Lo que garantiza el cumplimiento de las funciones parentales no es la relación genética o derivación sanguínea, sino el cuidado y el desvelo dedicados a los hijos. Como señaló Joao Baptista Villela, la paternidad reside antes en el servicio y en el amor que en la procreación. Esa es la actual verdad sobre la filiación, mucho más relevante que los vínculos biológicos, pues es capaz de contribuir de forma efectiva para la estructuración del sujeto. Para que un hijo verdaderamente se torne hijo, debe ser adoptado por los padres,

habiendo o no vínculos de sangre entre ellos. La filiación biológica no es ninguna garantía de la experiencia de la paternidad, de la maternidad o de la verdadera filiación. Por lo tanto, es insuficiente la verdad biológica, pues la filiación es una construcción que abarca mucho más que una semejanza entre los ADN. A fin de cuentas, ¿qué es lo esencial para la formación de la persona, para que pueda tornarse sujeto y ser capaz de establecer lazo social?, es que tenga, en su imaginario, el lugar simbólico del padre y de la madre. Tan solo la presencia del padre o de la madre, biológicos no es garantía de que la persona pueda estructurarse como sujeto. El cumplimiento de funciones paternas y maternas, por otro lado es lo que puede garantizar una estructuración biopsíquica saludable de alguien. Y esta no necesita, necesariamente ser ejercida por los padres biológicos. Por eso, la familia no es solo un dato natural, genético o biológico, pero cultural, se insiste (Da Cunha Pereyra 2008, 23).

Nada garantiza que la mejor crianza para el niño y su buen y normal desarrollo psicológico y biológico, sólo sea la realizada por los padres biológicos, lo que si garantiza ello son los cuidados, dedicación, abnegación y desvelo que se prodigan hacia la formación de los niños y muchas veces no son los padres biológicos los que realizan dicha labor.

Ya no es posible para el Derecho ignorar la existencia de la paternidad socioafectiva, aunque ella todavía no esté en regulación legislativa expresa (el Código Civil brasileño de 2002 establece en su art. 1593 una regla de inclusión para parentalidad socioafectiva). De ahí la importancia de suma relevancia de la

interpretación a través de principios, especialmente el principio de la afectividad, que es el vehículo propulsor del reconocimiento jurídico de las nuevas relaciones de parentalidad. En estas nuevas relaciones de parentalidad, que el Derecho brasileño muy apropiadamente ha denominado de socioafectividad, se incluyen no solo a los hijos no biológicos que se tornan verdaderos hijos, por ocupar lugar de hijos, como también a los hijos del nuevo cónyuge o compañero (Da Cunha Pereyra 2008, 24).

En las familias ensambladas, reconstituidas, o mosaico, la relación jurídica es algo más compleja. Aunque haya reglas, y la jurisprudencia de algunos países ya empiece a reconocer la paternidad socioafectiva, todavía no hay un delineamiento claro sobre la relación jurídica entre los hijos de los casamientos anteriores que a partir del nuevo matrimonio de sus padres conviven entre lo que tradicionalmente se llama padrastro o madrastra. El caso juzgado por la corte peruana es una gran contribución, no solo a la reflexión, sino también un delineamiento de estas nuevas relaciones familiares, hasta entonces sin nominación jurídica (Da Cunha Pereyra 2008, 24).

Es justo que los hijos afines, principalmente aquellos que se tornan hijos socioafectivos, tengan el derecho de sentirse pertenecientes a esta nueva modalidad de familia. Y nada mejor para otorgarles ese lugar de "pertenecimiento", lugar de hijo socio-afectivo, que dándoles el derecho de tener y de usar el mismo "carné" que usan los demás miembros de la familia. La decisión de la corte peruana significa para todos los países de Latinoamérica una esperanza de que la justicia siempre que

trillada por los caminos de los principios de la afectividad y la dignidad humana, pueda hacer con que el derecho cumpla con su ideal de justicia (Da Cunha Pereyra 2008, 24).

Es lógico que los hijos afines que se hayan asimilado bien a su nueva familia reconstituida, tengan el deseo de ser tratados en forma equitativa con sus hermanos y se consideren igual de amados y respetados con todos los derechos y obligaciones que implica ser un miembro más de la familia. Ello les ayudará a aceptarse y a sentirse dignos igual que cualquier persona.

3.2.5 La denominación de padre o madre afín e hijo afín por el Tribunal Constitucional.

La tan mencionada sentencia del TC es el resultado de un profundo análisis de la realidad y de la defensa de la justicia, de la dignidad humana y de los derechos humanos, por ello la elegimos como base para el presente trabajo de investigación, no sólo por su relevancia jurídica sino también por la muestra que en ella se observa del lado humano de los magistrados del Tribunal Constitucional al fallar a favor de un padrastro que lo único que solicitaba es que no se realice distinción alguna en el trato que recibían sus hijos y su hija afín. Por ello es altamente gratificante también que en la sentencia se utilice el término de padre o madre afín e hijo afín, que nos parece un término muy adecuado que contrasta con los términos de padrastros e hijastros que en la mayoría de los casos han tenido una connotación peyorativa.

Los términos o designaciones no son de ninguna forma algo inocuo y superficial, ya que la forma peculiar o particular con que se nombra a una persona, la estigmatiza, no sólo en su entorno más íntimo sino también le otorga un lugar en la sociedad, por ello consideramos que los términos "padrastra" y "madrastro", además de ser peyorativos están cargados negativamente, los cuales pueden hacer parecer a las nuevas parejas de los padres como seres indignos o innobles, con sólo nombrarlos de esa forma. Por lo tanto, nos parece conveniente acudir a los términos de "padre/madre afín" e "hijo afín" por el parentesco de afinidad que han adquirido. *“Es de advertir, que la falta de un término adecuado para un rol social que juzgamos importante, como en este supuesto, hace que el soporte institucional aparezca a todas luces, insuficiente. Es por ello que insistimos en referimos a la "afinidad", es decir, a padres, madres e hijos afines, como uno de los primeros pasos ineludibles hacia su reconocimiento social y normativo, bien alejado de representaciones teñidas de desprestigio.”* (Grossman y Herrera 2008, 26)

3.3 Definición de términos fundamentales

Es importante exponer con claridad los principales términos utilizados en el presente trabajo de tesis, para que se entienda con exactitud el significado y el verdadero sentido de cada uno, en el contexto expuesto.

3.3.1 Hijo o hija afín.- El hijo o hija del cónyuge, resultado de un compromiso previo o matrimonio anterior y que adquiere la condición del hijo afín por el grado

de afinidad adquirido por el matrimonio de alguno de sus padres en una nueva relación.

3.3.2 Padre o madre afín.- El esposo, esposa o compañeros permanentes de los padres que han adquirido el estatus por el grado de afinidad adquirido por el matrimonio de éstos, en una nueva relación.

3.3.3 Familias reconstituidas.- También llamadas mosaicos, ensambladas, en nuevas nupcias; estas familias las componen dos adultos que forman una nueva familia en la cual, al menos uno de ellos, trae un hijo fruto de una relación anterior.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y RESULTADOS

4.1 Antecedentes de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC Lima

La sentencia se expidió en el proceso de amparo iniciado por un asociado del Centro Naval del Perú. El demandante pretendía que la asociación otorgase a su hijastra un carné de hija de socio en lugar de un pase de invitada especial.

El Centro Naval se negó a acceder al pedido argumentando que tal derecho sólo correspondía los hijos del asociado según sus Estatutos y el Código Civil. La demanda fue declarada infundada en primera instancia e improcedente por la Corte de Justicia de Lima.

Finalmente, el Tribunal acogió la pretensión del demandante y declaró fundada la demanda, ordenando al Centro Naval que *“no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra”* (Giusti Pareja 2008).

4.2 Materias analizadas

Surgen tres ámbitos de desarrollo bastante diferenciados, en particular para la materia tutelar familiar: a) El concepto y extensión del término "familia extendida",

b) la legitimidad del padre afín, para la defensa de los derechos de la hija de su cónyuge, y c) la defensa de los fines matrimoniales, constitucionalizando su defensa para familias extendidas (Bermúdez Tapia 2008).

Tradicionalmente se consideraba "familia" a aquella formada por los padres casados e hijos biológicos. Sin embargo, con los cambios en la sociedad, podemos ver nuevos tipos de familia, como son las uniones de hecho, o las llamadas familias reconstituidas o ensambladas, en las que se incorporan nuevos miembros después del divorcio o viudez (hijo afín-padre afín).

Las uniones de hecho ya han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03605-2005-AA, como una forma de familia que trae consecuencias distintas a las del matrimonio (González Luna 2008).

4.3 Identidad de las Familias ensambladas

A través de la sentencia acotada, El TC reconoce identidad propia a las denominadas “familias ensambladas” o “familias de segundas nupcias”, y afirma la necesidad de extender, particularmente a éstas, la protección que nuestra Constitución otorga a la familia, identificando nuevas formas de familia y la posición de los hijos afines dentro de ellas.

Así, el fallo del colegiado, señala que la familia es un instituto natural y, como tal, *“se encuentra a merced de los nuevos contextos sociales”*.

Apunta el Tribunal que, entre otros factores, la inclusión social y laboral de la mujer y la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia han significado un cambio

en la estructura de la familia nuclear, tradicionalmente conformada por padre, madre e hijos biológicos.

Ante estos contextos sociales, han surgido nuevos modelos familiares como el de las denominadas familias “*ensambladas, reconstruidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras (...) que se conforman a partir de la viudez o el divorcio*” y que pueden definirse como aquella estructura familiar que se origina en un matrimonio o una relación de concubinato, en la que uno de los miembros de la pareja o ambos tiene hijos de relaciones previas (Giusti Pareja 2008).

La defensa de los derechos vinculados a los miembros de una familia, particularmente en nuestro país y en la mayoría de los países de la región latinoamericana, se encuentran en una distorsión de género.

Usualmente la ley, bajo la premisa de una identificación de la víctima social ha privilegiado una serie de situaciones y ha promulgado una legislación flexible a niveles de proteger derechos de grupos vulnerables en el ámbito de la familia (violencia familiar, deudor alimentario e identificación vía prueba genética al progenitor).

Si bien los objetivos de estas medidas y acciones legales son loables, el legislador no ha percibido aún que sus Normas, no solucionan los conflictos sociales vinculados a las relaciones intrafamiliares. Es más, la sobrecarga judicial del Poder Judicial tiene como elemento importante de estadística, procesos vinculados al ámbito tutelar familiar.

Sin embargo, tanto en la doctrina internacional como recientemente en la jurisprudencia comparada, los tribunales vienen variando la perspectiva de análisis de casos complejos en los ámbitos tutelares familiares. La problemática social y cultural superó a la Norma y por tanto es necesario que la judicatura realice una interpretación de normas constitucionales y una adecuación a los objetivos y fines sociales de la unión matrimonial.

Este es el caso que hemos analizado; en el que un padre afín respecto de relaciones afectivas entre personas con vínculo de afinidad-plantea el derecho de extender un derecho a una persona a quien considera parte de su "nueva" familia.

El demandante inició el proceso en el 2003, expresando su deseo de vincular legal y afectivamente a su hija afín (participar en un Club Social con los demás miembros de la familia) obteniendo como resultado, que el Tribunal Constitucional se incluya también en la construcción de la defensa de derechos paterno filiales nacidos de nuevas situaciones sociales.

En esta nueva realidad social, y como resultado natural de los divorcios y separaciones, se incluyen también las familias reconstituidas, ensambladas o mosaico, como empiezan a ser llamadas en Brasil. Esta familia en que hijos de anteriores uniones conviven con hijos de los nuevos compromisos, tienen cada vez más una representación mayor en la sociedad contemporánea. A pesar de esta realidad fáctica, el Derecho poco se ha pronunciado respecto de eso, o pocas respuestas ha dado a las demandas que al respecto se presentan. *“En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 09332-2006 PA/TC) es*

innovadora, y debe servir de ejemplo y referencia inclusive para otros ordenamientos jurídicos. Ella debería ser divulgada en toda Latinoamérica para que se torne un nuevo paradigma jurídico sobre las nuevas concepciones de familia” (Da Cunha Pereyra 2008, 21).

4.4 Los derechos a los hijos afines de las familias ensambladas o reconstituidas.

El TC, cumpliendo con el mandato de proteger a la familia, establecido en el artículo 4° de la Constitución de 1993, reconoce derechos a los hijos afines como parte de su nueva familia. La doctrina llama a ese tipo de familias "ensamblada" o "reconstituida", la cual tiene las siguientes características: a) Tiene una estructura compleja formada por una multiplicidad de vínculos, b) Existe ambigüedad en los roles de los nuevos miembros de la familia como el padre o madre afín respecto a los hijos de la pareja, c) Interdependencia, fundamentalmente respecto de la obligación alimentaria y la seguridad social.

4.5 Interpretación del Artículo 4° de la Constitución Política del Perú

De esta manera el Tribunal da un paso hacia delante, ampliando la interpretación del artículo 4° de la Constitución, garantizando la sostenibilidad de la familia como base de la sociedad, sobre todo considerando que la identidad familiar en las familias reconstituidas es mucho más frágil (González Luna 2008).

El art. 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Por ello, obliga al Estado y a la comunidad a prestarle

protección. Por su parte, el art. 16 de la Declaración Universal de los DD HH establece que los hombres y mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho a casarse y a fundar una familia, agregando que ésta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Oficina de Control de la Magistratura 2008).

4.6 Fortalecimiento de la institución familiar

El TC fortalece la institución familiar y contribuye decididamente con su éxito, al reconocer que ésta no puede identificarse sólo con la familia tradicionalmente concebida, sino que se establece a través de modelos distintos, como los de las familias ensambladas y, al afirmar el derecho constitucional de todas ellas a ser protegidas.

En efecto, el Tribunal precisa que la protección constitucional que extiende a la relaciones entre padres afines e hijos afines supone que éstas tengan “(...) ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. Concluye diciendo que el reconocimiento de estos especiales derechos y deberes entre padres afines e hijos afines no pone en peligro la patria potestad de los padres biológicos que cumplen con los deberes inherentes a ella.

Sin duda, tiene especial interés que la sentencia establezca que entre los padres afines y los hijos afines surgen “eventuales derechos y deberes especiales” porque tal afirmación legitima la posibilidad de pretender para los hijastros una serie de prestaciones que en principio se otorgan sólo a los hijos (Giusti Pareja 2008).

4.7 El Tribunal Constitucional reconoce derechos en nuevas formas familiares

El Tribunal Constitucional reconoció los derechos de las nuevas formas de composición de hogares y regula relaciones entre cónyuges y los hijos del cónyuge, subsanando en gran parte el vacío legal, al ampliar la protección constitucional de la familia a las nuevas formas de composición o unión conyugal como las familias ensambladas, reconstruidas, recompuestas, de segundas nupcias o familiastras, ante posibles daños y amenazas provenientes no sólo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Así lo establece la sentencia recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, en que se revisa las diferentes aristas de esta nueva forma de unión marital, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de los hogares ensamblados, definida como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa, es decir, se conforman a partir de la viudez, divorcio o separación (Oficina de Control de la Magistratura 2008).

4.8 La doctrina nacional y las nuevas formas de familia

Es cierto que la doctrina nacional es muy parca en el desarrollo de estos conceptos, cuando nuestra realidad nos indica que la mayoría de matrimonios terminan en procesos de divorcio y se generan nuevas relaciones de pareja.

No importa cómo hayan surgido estas familias extendidas, la sola voluntad de la pareja provoca una nueva situación y estatus que la legislación no les asiste en derechos.

Parejas que han retomado sus vidas y reiniciado relaciones formales de pareja que no tuvieron libertad para contraer matrimonio (porque aún el divorcio no está finiquitado, por adulterio o por lo que fuese) si llegase a suceder un percance lamentable, no podrían ser sujetas a derecho los sobrevivientes.

Dicha situación, que nuestra doctrina y es más Vocales Superiores de la Corte Superior de Lima, han justificado, a razón de limitar los derechos del concubino (por ejemplo en los trámites y derechos sucesorios), han provocado que los argumentos de la teoría civilista deban interpretarse con un criterio constitucionalista, tal como lo ha realizado el Tribunal Constitucional, con la sentencia analizada.

Si la ley no ha evolucionado a la par de la realidad social, esto no implica que los magistrados de la Jurisdicción Ordinaria no puedan extender los alcances de protección de derechos a personas que se han visto desprotegidas por circunstancias de diversa índole (Bermúdez Tapia 2008)

Sin embargo, el Sistema Judicial, por la poca preparación de los magistrados de la especialidad tutelar familiar y por la escasa vocación de extender los alcances de protección de derechos adecuadas a las nuevas realidades, no ha estado a la altura de las circunstancias, teniendo múltiples oportunidades para generar no sólo jurisprudencia innovativa para el ámbito nacional, sino también para ser utilizada como progresista en el contexto comparado (Bermúdez Tapia 2008).

4.9 Problemas surgidos a partir de la formación de la nueva familia

Asimismo, el Tribunal está visibilizando los problemas surgidos a partir de la formación de nuevas familias, ya que si bien sabemos que en el Perú hay muchos hogares distintos a la familia tradicional, las cifras no lo reflejan. Por ejemplo, en los censos hechos por el INEI, no sabemos qué relación de parentesco corresponde a los hijastros, ¿son considerados otros parientes o no parientes? En cualquiera de las dos categorías se mezclan con sujetos que no tienen los mismos derechos y necesidades que ellos (González Luna 2008).

La existencia de estas nuevas estructuras familiares tiene una problemática propia, que atañe las relaciones que se crean entre los padres y los hijastros, y los especiales derechos y deberes que surgen de estas relaciones. Afirma el TC que es imperativo reconocer que es precisamente el surgimiento de estas relaciones y los derechos y deberes consustanciales a ellas los que dotan de identidad propia a las familias ensambladas.

Lo contrario, sostiene el Tribunal, importaría negar "lo dispuesto en la Carta Fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto constitucionalmente garantizado."

El TC hace hincapié en que en el caso de las familias ensambladas, tal protección es prioritaria debido a las dificultades de consolidación que enfrentan por su propia naturaleza y características (Giusti Pareja 2008).

4.10 Garantías que otorga la sentencia

A pesar que el Tribunal no lo menciona en la sentencia, el pronunciamiento garantiza el desarrollo del menor dentro de su nueva familia de manera armónica, ya que no se permitirá el trato desigual entre los hijos de la nueva pareja y los hijos de vínculos anteriores que viven dentro de un mismo hogar. Al respecto, en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados señalan que "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, [el niño] debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión." Lo cual no se logra si hay un trato discriminatorio entre los hijos (González Luna 2008).

4.11 La legitimidad del padre afín, en la defensa de los derechos de su familia

Bien hace el Tribunal Constitucional al señalar que si bien el demandante no debió plantear la defensa tal como lo hizo, la interpretación de objetivos superiores (familia), le ha posibilitado interpretar un nuevo contexto de protección de derechos: El derecho de fundar una familia y el derecho de proteger a una familia.

La conjunción de estos dos derechos, por tanto, le dan legitimidad a una persona que no tiene vínculo consanguíneo con una tercera persona, a asumir una legitimación procesal válida, no sólo frente al Tribunal Constitucional sino también ante cualquier autoridad jurisdiccional y administrativa en el contexto nacional.

Al Tribunal Constitucional, en este sentido, no le importó la condición sanguínea del demandante, por cuanto observó que existen fines superiores a los que perseguía el demandante, quien sólo planteaba una discriminación en el trato que nunca llegó a probar o acreditar (Bermúdez Tapia 2008).

4.12 La defensa de los fines matrimoniales

El "fin" matrimonial, como materia constitucional, es un elemento novedoso para la judicatura nacional. Eventualmente la ley nacional sólo tenía una vinculación complementaria: "no tener impedimento matrimonial" (artículo 5° de la Constitución), pero ahora por la misma Sentencia analizada, podemos observar que surgen nuevos elementos a ser valorados en un proceso judicial: a) La unión que promueven las parejas, b) la vinculación entre los integrantes de esta unión, c) los derechos de terceras personas ajenas a la nueva relación (padres o madres biológicas de un hijo inmerso en una nueva familia)

Sin contradecirse, el Tribunal Constitucional ha provocado que los fines de la Constitución se puedan adecuar a un caso concreto, que dará motivo a que la Jurisdicción Ordinaria, varíe su forma de interpretar el derecho de las nuevas

familias, familias que como lo ha detallado, citando a la doctrina, se denominan extendidas (Bermúdez Tapia 2008).

4.13 Ponderación de la protección de la familia

Para el Tribunal, la libertad de asociación tiene límites, pues el disfrute de esta libertad no puede ceder frente a imperativos constitucionales como los demás derechos fundamentales y bienes constitucionales.

De ahí que la normativa interna de las asociaciones, emitida en virtud de la facultad de autoorganizarse, no puede colisionar con el derecho a fundar una familia y a su protección, refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia que ordena a una asociación no realizar distinción alguna entre los hijastros de socios que proceden de un nuevo compromiso (Oficina de Control de la Magistratura 2008).

En la sentencia, el Tribunal pondera la protección de la familia frente a la libertad de asociación, al obligar al Centro Naval del Perú a otorgarle a la hija afín del demandante el carné de socio, derecho que en un principio correspondía solo a los hijos biológicos o adoptivos. Para el Tribunal, hacer diferencias entre los hijos y los hijos afines resulta arbitrario, cuando estos últimos mantienen una relación estable, pública y reconocida en su nueva familia (González Luna 2008).

4.14 Los efectos sociales y jurídicos de la Sentencia

El Colegiado, de esa manera, busca subsanar los vacíos legales que permitan a los integrantes de estas nuevas familias tener expectativas claras sobre sus derechos y

deberes, especialmente en la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro, así como establecer pautas de solución para los diversos conflictos que puedan plantearse entre el hogar ensamblado y los núcleos familiares precedentes, a fin de procurar mayor estabilidad familiar y el fortalecimiento de los lazos conyugales.

Desde una perspectiva constitucional, el TC reconoce con acierto que la familia, al ser un instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales.

Así, agrega, cambios sociales y jurídicos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos.

Situación que trae como consecuencia, explica el Colegiado, familias con estructuras distintas a la tradicional, como las surgidas de uniones de hecho, monopaterales o que en doctrina se denomina familias reconstituidas. (Oficina de Control de la Magistratura 2008)

Tal vez el mismo Tribunal Constitucional no sepa la real dimensión de este fallo, por cuanto los alcances serán multiplicadores.

Sólo con el ánimo de generar un nuevo debate, respecto de la problemática de las relaciones paterno filiales provocadas luego del divorcio, podríamos mencionar algunos efectos sociales:

a) La defensa de los derechos del padre, respecto del vínculo con sus hijos, luego de la separación o divorcio, con lo cual la posibilidad de generar una tenencia compartida podría ser una alternativa judicial para aminorar los conflictos personales entre los progenitores, dado que la ley aún no ha sido aprobada.

b) El cuestionamiento al plazo para ser sujeto de derechos a los concubinos y parejas que no han tenido una estabilidad de dos años constantes.

c) El cuestionamiento al planteamiento de la asignación de alimentos en contra/a favor de un solo progenitor, cuando la defensa de los fines de la familia (así esta se haya diluido) corresponde a los dos progenitores, tal como lo indica el 2° párrafo del artículo 6° de la Constitución.

d) La defensa de los derechos de las terceras personas que han generado un vínculo con un niño o adolescente, producto de una relación afectiva con su progenitor. Esto es, el derecho de las nuevas parejas, de poder plantear en el futuro, un derecho (relativamente leve) de visitas y de contacto con niños o adolescentes, con quienes departiera múltiples situaciones familiares.

Es usual que a estas terceras personas, una vez diluida la relación con un progenitor, se limite cualquier tipo de contacto con el hijo. En múltiples casos, esta tercera persona, participó en su educación y en sus actividades lúdicas y si bien no existen vínculos jurídicos formales, el vínculo amical y personal es un elemento que los progenitores no han valorado respecto de esa tercera relación: la del hijo con la nueva pareja (Bermúdez Tapia 2008).

4.15 Aspectos que debieron ser analizados

La Sentencia es novedosa por dos aspectos: a) por el mecanismo de tutelar fines y objetivos superiores a los planteados por el demandante en su acción y b) por la adecuación de la ley concreta a casos novedosos y particulares, sobre la base de los intereses colectivos y comunes a una familia "nueva".

Sin embargo, consideramos que el TC pudo haber incluido dos puntos importantes para la defensa de los derechos, en particular de la hija afín, respecto de su vinculación con la sociedad, representada en este caso por la Asociación el Centro Naval del Perú. Ejemplo:

a) El desarrollo del principio del "Interés Superior del Niño". Cuando el legislador, redactó el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente (Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.- En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos), tuvo especial cuidado en los objetivos de una norma abierta. El término "toda medida", genérica, abierta, vacía debe adecuarse a los casos concretos en los cuales se ventile la tutela de algún derecho reconocido o se haya planteado su tutela, con lo cual, la factibilidad para construir nuevos elementos ampliatorios de defensa de la protección de los intereses del menor es posible no

sólo para el Sistema Judicial sino también para las instituciones que integran la sociedad.

Por ello, el Tribunal Constitucional debió invocar para futuros casos, que la interpretación de este principio no puede quedar en un esquema limitado de interpretación, sino que debe ser extensivo hasta determinado momento, en el cual su propia dilatación termine colisionando con otros principios tuitivos del contexto familiar.

Así bien pudo haber mencionado el Tribunal Constitucional, que las Asociaciones así tengan facultades para su propia organización, esta no puede mellar la integridad de una familia, sin importar si esta es nuclear o extendida, porque puede afectar a aquel menor que forme parte de esta familia, en el ámbito de sus intereses y derechos, cuya protección el país se encuentra comprometido por compromisos internacionales.

b) El derecho de un menor a "vivir en una familia" (artículo 8° Código del Niño y del Adolescente)

Si bien el Tribunal Constitucional no lo ha mencionado directamente en su sentencia, consideramos que hubo una limitación al no vincular los fundamentos vertidos con el CNA, por cuanto en esta norma, existe en forma expresa la indicación de que la niña, materia de defensa de derechos en la acción, pudo plantearla defensa del derecho a "vivieren una familia"

De qué le hubiera servido a la niña, al padrastro, y a la misma sentencia, una explicación del concepto de familia extendida, sino existe la defensa de vivir en una.

Esta omisión, perdonable por cierto, no perjudica el objetivo de la sentencia ni mucho menos la limita, pero si hubiera sido incluida, evidentemente hubiera posibilitado que la gran mayoría de casos y procesos tramitados en la instancia ordinaria tengan una nueva interpretación y orientación, por cuanto los magistrados de la especialidad suelen interpretar y vincular que los hijos de un matrimonio ya diluido, sólo se vinculan con las madres, extirpando de la vida de los hijos al padre, limitándole su derecho al contacto afectivo, personal y directo de este con sus hijos. (Bermúdez Tapia 2008).

4.16 Conclusiones del análisis de la sentencia

Es necesario resaltar, que el hecho que se reconozca derechos al hijo afín dentro de su nueva familia, no exime de responsabilidades al padre o madre biológicos que no viven con él.

Es ahora tarea del Congreso de la República incluir de manera expresa a las nuevas familias y los derechos de éstas y de sus miembros en la legislación, tanto en materia civil como penal. En cuanto a la primera, el artículo 233° del Código Civil señala que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas

proclamados en la Constitución Política. Por lo tanto, ahora deberá adecuarse a lo señalado por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución.

Asimismo, en materia penal, es necesario incluir a los padres y madres afines e hijos afines, en los agravantes de los delitos de lesiones, ya que lo que caracteriza a esos agravantes es el vínculo emocional y afectivo que mantienen con las víctimas.

Esperamos que los nuevos fallos en temas de familia anunciados por el Tribunal Constitucional sigan en esta línea y protejan a la familia como base de la sociedad, considerando las nuevas estructuras producto de los cambios sociales y el buen desarrollo de los menores dentro de ellas (González Luna 2008)

Para el Tribunal, las relaciones entre padres afines y los hijos afines deben observar los artículos 237 y 242 del Código Civil, los cuales establecen que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que conlleva un efecto tan relevante como el impedimento matrimonial.

Expone también que el hijo afín forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. De ahí que considera arbitraria y contraria a la Constitución el realizar cualquier diferenciación entre hijos afines e hijos del cónyuge o conviviente.

El tribunal anota que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores–, la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. De ahí que

es necesario evitar cualquier acto que pueda debilitar la institución familiar (Oficina de Control de la Magistratura, 2008)

Podríamos mencionar una lista de conclusiones, pero para ser una sentencia novedosa, importante en cuanto a sus alcances, nos limitamos a señalar como conclusión principal: La defensa de la familia, no como institución jurídica, sino como un fin social, ajeno a las circunstancias especiales producto de los nuevos contextos de relaciones sociales y ante la evidente avalancha de divorcios en matrimonios constituidos y separaciones de pareja (Bermúdez Tapia, 2008).

CAPÍTULO V

EL DERECHO A LA SALUD

5.1 Delimitación (León Florián 2010, 491)

Cuando se estudia el tema del derecho a la salud, sea desde una perspectiva general o enfocado a un ordenamiento jurídico en particular resulta fácil advertir que existe un marcado distanciamiento entre el amplio reconocimiento que tiene este derecho tanto a nivel de los tratados internacionales de derechos humanos como de los textos constitucionales de cada país, así como de una cada vez más visible jurisprudencia, y el grado de protección que están dispuestos a brindarle las autoridades encargadas de dar plena vigencia y efectividad a este derecho.

Ello se debe, entre otras cosas, a que el modelo de desarrollo económico actualmente vigente se halla regido por principios que se encuentran en abierta contradicción con los principios morales que sustentan el derecho humano a la salud. Así, mientras en las dos últimas décadas, a partir de los años 90, el modelo de justicia sanitaria a nivel mundial se ha gobernado por un principio de *decent minimum*, o por lo que se ha llamado "atención primaria selectiva de salud", el cual responde a la crítica liberal del Estado de bienestar, el enfoque de derechos, ha bregado siempre por una protección integral que alcance, según la definición de la OMS, el disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y social.

En este trabajo se abordamos de modo principal aspectos dogmáticos relacionados con el contenido y alcance del derecho a la salud, según como ha sido recogido por el Derecho Internacional de los derechos humanos, por nuestro ordenamiento constitucional y por la jurisprudencia, no perderemos de vista el hecho de que no solo la vigencia de este derecho se halla ligada a la política económica que el Estado asuma en materia de protección de necesidades básicas de la población, sino que los mismos contornos del derecho a la salud se haya n fuertemente marcados por los principios que se adopten en materia de justicia sanitaria.

Aquí será preciso establecer la relación que hay entre la fundamentación moral de este derecho y el modelo de justicia sanitaria que dicha fundamentación propende. En segundo lugar, se ingresará a desarrollar el contenido del derecho a la salud, tal y como ha sido recogido principalmente en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que es la fuente más autorizada en esta materia. Aquí se tratará de abordar sintéticamente todas las aristas de un derecho que por sus variadas conexiones con otros derechos humanos y por la gran cantidad de elementos Tácticos que determinan su plexo normativo hemos calificado como un "derecho complejo". Paralelo a ello, se hará un abordaje de su regulación en nuestro ordenamiento jurídico y de su desarrollo por el Tribunal Constitucional destacando, en línea con el enfoque al que hemos recurrido en el presente ensayo, algunos problemas por los cuales atraviesa la vigencia de este derecho fundamental en nuestro país, ateniéndonos sobre todo a las causas de carácter estructural relacionadas con los principios de política económica.

5.2 Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico y la definición de los contenidos de un "derecho complejo" (León Florián 2010, 504-524)

5.2.1 Reconocimiento normativo internacional

En el ámbito universal de protección de los derechos humanos, el derecho a la salud ha sido recogido en el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Del mismo modo, ha sido proclamado por la Resolución 1989/11 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, así como la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia sobre la Mujer de 1995.

En el ámbito regional, este derecho se ha regulado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI); en la Carta Social Europea

de 1961 en su forma revisada (artículo 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (artículo 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 conocido como Protocolo de San Salvador (artículo 10).

a) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

b) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

- El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

- La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

- De estas normas, las más importantes en cuanto a la regulación de este derecho son las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protocolo de San Salvador. Estas normas contienen, además de una definición genérica de este derecho, un conjunto de obligaciones o medidas que los Estados deben adoptar en búsqueda de posibilitar de modo efectivo el goce de este derecho. Sin embargo, como es obvio, no agotan las múltiples aristas que un derecho de esta naturaleza posee. A continuación, con base en la

Observación General N° 14 del Comité de DESC, pasaremos a desarrollar más a detalle cada una de las manifestaciones y relaciones que el derecho a la salud alcanza, desde la interpretación que este organismo internacional ha efectuado. No debemos avanzar, sin embargo, sin dejar de precisar que la interpretación efectuada por el Comité resulta ser la más autorizada en el tema, en razón a que deriva de la función de vigilancia que este organismo tiene del cumplimiento del Pacto por parte de los Estados parte y que se realiza de modo permanente a través de los informes periódicos que estos deben presentar. En este contexto, se ha dicho que las Observaciones Generales del Comité constituyen la principal jurisprudencia internacional en materia de DESC.

5.2.2. Regulación en nuestro ordenamiento jurídico

A diferencia de la Constitución de 1979, que recogía disposiciones más detalladas sobre la protección de la salud y más tuitivas de este derecho fundamental, la Constitución de 1993 se muestra, de hecho, mucho más jácónica. Así, mientras en la anterior Carta Polítca se hacía mención expresa, en su artículo 15, a una protección de la salud tanto personal, como familiar y comunitaria "integral", lo cual se condice más con los fundamentos morales de! derecho a la salud aquí reseñados, la Carta del 93 en su artículo 7 solo menciona el derecho a la protección de la salud. Por otro lado, mientras en la Constitución de 1993, en el artículo 9, solo se hace referencia a la obligación del Estado de dirigir la política nacional de salud y de facilitar un acceso equitativo a los servicios de salud, en el texto de 1979, de acuerdo al artículo 16, dicha obligación incluía "(...) la organización de un sistema

nacional descentralizado y desconcentrado, que planifica y coordina la atención integral de la salud a través de organismos públicos y privados, y que facilita a todos el acceso igualitario a sus servicios, en calidad adecuada y con tendencia a la gratuidad" (cursivas agregadas). Finalmente, en lo atinente a la protección del incapaz, ambas constituciones son similares. Así, el artículo 7 de la de 1993 establece: "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".

Es obvio que las diferencias entre ambas regulaciones obedecen al trasfondo ideológico en el cual se ubican cada uno de los textos constitucionales. Así, mientras podemos identificar a la Constitución de 1979 con los fundamentos del Estado benefactor, la Carta del 93 responde al contexto ideológico del neo-liberalismo, donde prima, como ya dijimos, un modelo de atención minimalista en materia de salud. Con todo, la lectura de las disposiciones contenidas en la Constitución de 1993 sobre el derecho a la salud debe realizarse teniendo en cuenta la cláusula del Estado Social de Derecho y lo establecido por los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Perú, de conformidad con la interpretación que sobre los mismos hayan efectuado los organismos internacionales encargados de vigilar su cumplimiento, tal y como lo dispone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente; todo ello en procura de una interpretación unitaria del texto constitucional y del respeto al principio-derecho de la dignidad

humana.

Por su parte, la gran mayoría de derechos que involucra el genérico derecho a la salud han sido recogidos en la Ley N° 26842, Ley General de Salud, e irán siendo abordados en los siguientes ítems.

La jurisprudencia del TC peruano ha evolucionado en cuanto a la interpretación del carácter fundamental del derecho a la salud, a través de cuatro estadios: a) en primer lugar, en el caso Juan Islas Trinidad y otros o caso del Penal de Challapalca, este derecho se ubica en la cláusula de los derechos innominados, merced a su vinculación con el derecho a la vida, la integridad y la dignidad de la persona⁴¹; b) en segundo lugar, en el caso Azanca Alhelí Meza García la salud es apreciada desde la óptica de los derechos sociales y se considera que su carácter de fundamental solo se adquiere cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida b) luego, en el caso José Luis Correa Condori, se dijo que dicha relación con otros derechos no era la que le otorgaba el carácter de fundamental, pero sí lo acentuaba; y d) finalmente, en el caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi, se ha decantado por considerar que es necesario brindar un mayor grado de autonomía a este derecho.

Por último, podemos decir que el TC peruano ha definido el derecho a la salud como: "(...) la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente

una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido"

5.2.3 Precisión semántica sobre un "derecho a la salud"

En primer lugar, es necesario destacar que la alocución misma de "derecho a la salud" ha sido discutida como una expresión válida para representar el contenido de este derecho. Así, se ha dicho que no se puede poseer un derecho "a la salud", pues nadie puede tener derecho a que le garanticen un estado que depende muchas veces de hechos fortuitos. Sin embargo, el propio Comité se ha encargado de resolver este cuestionamiento afirmando que "el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano", pues "el Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano", como puede ser el caso de "los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados", por lo que el derecho a la salud debe entenderse como "un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud" (Observación General. N° 14, párrafo 9).

Por otro lado, tampoco es apropiado utilizar las expresiones "derecho a la atención de salud" o "derecho a la protección de salud". En el primero de los casos, la atención de salud no puede homologarse al "derecho a la salud", pues aquella comprende solo una de las dimensiones del derecho, que es la referida a la prestación sanitaria. Así lo ha reconocido expresamente la Observación General N° 14, en su párrafo 4, al señalar que "la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al 'más alto nivel posible de salud física y mental' no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano".

Con relación a la expresión "derecho a la protección de salud", esta también resulta impropia y puede llevar a confusión, pues en el marco de las obligaciones genéricas que le corresponde cumplir al Estado en materia de derechos humanos, la obligación de proteger representa solo una de ellas y hace referencia solamente a las medidas que el Estado debe adoptar para no permitir la violación del derecho por parte de terceros. Como puede verse en el caso específico del derecho a la salud, la OG N° 14 recoge en sus acápites 34, 36 y 37, además de la obligación de proteger, las

obligaciones de respetar y de cumplir (la cual incluye a su vez las obligaciones de satisfacer y de facilitar).

5.3 Definición de salud y derecho a la salud

Como ya se apuntó al inicio, la OMS en su Carta de Constitución, además de plasmar el derecho humano a la salud, lanzó una definición de "salud" que si bien se apartó de tradicionales entendimientos de esta como un estado de ausencia de enfermedades, también trajo algunas complicaciones, en tanto incluyó en la misma no solo el completo estado de bienestar físico y mental, sino también un "estado de bienestar social". Además de la crítica que dicha definición ha merecido en razón a su excesiva semejanza con el bienestar, el principal problema radica en incluir el Estado de bienestar social dentro del concepto, pues ello acarrearía un tratamiento de aspectos sociales relacionados con la salud bajo parámetros médicos, cuando dichos aspectos requieren de perspectivas que muchas veces están más allá de la profesión médica.

La definición lanzada por la OMS, si bien ha sido recogida por algunos otros documentos internacionales como el Protocolo de San Salvador, donde en el artículo 10 se establece que "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social"; en general, en la mayoría de documentos solo se hace mención a la salud física y mental, excluyendo el "bienestar social". Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso del PI-DESC que en su artículo 12 solo recoge la referencia al "derecho de toda persona al disfrute del

más alto nivel posible de salud física y mental". La OG N° 14 en su cuarto párrafo dice al respecto, expresamente, que: "Al elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como 'un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades'". Ello no obsta, sin embargo -afirma el propio Comité en el párrafo 4°, que la amplia gama de condiciones socioeconómicas que determinan la salud de la población no se encuentren comprendidas dentro del derecho a la salud.

Al margen de esto, es evidente que el concepto de salud debe incluir tanto los elementos físicos como los psíquicos, y, de algún modo, también los sociales, aun cuando estos últimos pueden relacionarse más con factores determinantes de la salud que con el propio estado de bienestar que implica este concepto. En el caso de los elementos físicos y psíquicos, por ejemplo, es obvio que las afecciones sufridas en el cuerpo o soma pueden incidir en el normal funcionamiento del aparato psíquico, así como los problemas y trastornos mentales pueden influir en la salud física y ser causa también de algunas enfermedades orgánicas; por lo que su interdependencia en la atención de salud es un elemento fundamental de una visión integral del derecho a la salud.

Del mismo modo, como ya se dejó anotado, la exposición a ciertas condiciones sociales, económicas y culturales, tales como la pobreza, la inequidad, la exclusión social y la discriminación por motivos de raza, género, discapacidad, entre otras; así

como las diversas formas de violencia, desde la familiar hasta la política, son factores determinantes que inciden en la salud física y mental de las personas.

5.3.1. Elementos esenciales del derecho a la salud.

Uno de los puntos centrales tratados en la OG N° 14 es el relativo a los elementos esenciales que deben estar presentes en todo bien, servicio o política que se implemente con el objeto de dar plena satisfacción al derecho a la salud. Estos elementos que, en la Observación General, son presentados como obligaciones del Estado a tener en cuenta al momento de la prestación de los bienes o servicios o la implementación de las políticas, pueden ser a su vez, interpretados en forma de derechos de los usuarios de los servicios de salud, en el sentido de "tener derecho a que los servicios, bienes y políticas tengan las características que se señalan a continuación":

-Disponibilidad: constituida por la obligación de contar con centros de salud, servicios, programas y bienes suficientes para atender satisfactoriamente este derecho. Estos servicios deben incluir los factores determinantes básicos de la salud como: agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud⁵⁰, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, y medicamentos esenciales definidos como esenciales por la OMS.

-Accesibilidad: se presenta en cuatro dimensiones: i) garantía de no discriminación en el acceso; ii) accesibilidad física y geográfica a los

establecimientos y bienes de salud⁵¹; iii) accesibilidad económica (asequibilidad), que implica que los establecimientos, bienes y servicios estén al alcance de todos, sobre todo de los grupos más desfavorecidos; y iv) acceso a la información, sobre cuestiones relacionadas con la salud.

-Aceptabilidad: referida a la adecuación de los bienes, servicios y programas a las condiciones socioculturales de la población, así como el respeto de la ética médica, la perspectiva de género y el ciclo de vida particular.

-Calidad: característica que debe estar presente tanto en la atención médica, como en los programas de salud pública, la cualificación del personal y el buen estado de los medicamentos y equipo hospitalario.

5.4 Relación con otros derechos humanos

Como se adelantó en el exordio del presente trabajo, el derecho a la salud puede ser considerado como un "derecho complejo". En la comprensión de sus múltiples dimensiones y ámbitos protegidos se encuentran a la vez implicados el ejercicio de otros derechos -tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales- así como la presencia de determinadas condiciones fácticas o lo que se conoce como "factores determinantes de la salud"⁵². Es por esta razón, también, que autores como Enrique González han considerado a este derecho como un caso paradigmático del principio de interdependencia. La Observación General N° 14 ha expresado esta idea diciendo que: "El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, (...), en particular

el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud".

5.5 Derecho a la salud en grupos sociales específicos

El Comité ha destacado que, como parte de las medidas a adoptarse para brindar un acceso igualitario a la atención de salud y los factores determinantes básicos de la salud, producto de la obligación de no discriminación contenida en el párrafo 2 del artículo 2 y artículo 3 del Pacto, los Estados deben implementar medidas directamente encaminadas a superar las condiciones desfavorables de determinados grupos sociales vulnerables. Así, deben tener en cuenta, por lo menos, estos tres elementos: a) deben ser capaces de diseñar, aun en ausencia de recursos, programas de bajo costo para atender las necesidades de salud más apremiantes; b) deben proveer de servicios de salud y seguro médico, sobre todo a aquellos que carecen de recursos; y c) deben distribuir proporcionalmente los recursos según las necesidades de la mayoría de la población, frente a necesidades menos recurrentes pero más onerosas. En lo que respecta a los servicios de salud en grupos especialmente vulnerables, el Comité ha seccionado su tratamiento del siguiente modo:

- Derechos de las mujeres
- Derechos de los niños y adolescentes
- Derechos de las personas mayores
- Derechos de las personas con capacidades especiales
- Derechos de los pueblos indígenas:

5.2.8 Derechos de los niños y adolescentes. Cuatro son los aspectos más saltantes que se desprenden tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño, como de la OG N° 14: a) la consideración de los niños y adolescentes como plenos sujetos de derecho, para disfrutar de los bienes y servicios relativos a la salud (artículos 23 y 24 de la Convención); b) la recepción del principio del interés superior del niño y el adolescentes en la planificación y aplicación de medidas y políticas públicas en salud" (párrafo 24 de la OG N° 14); c) una especial preocupación por la posición de los derechos de las niñas en relación con su salud; así, se habla de eliminar prácticas nocivas como el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas, la alimentación y cuidado preferente de niños varones; y d) se reconoce la importancia de la participación de los niños y adolescentes en la toma de decisiones que les afectan.

5.6 Reflexión

La idea de un derecho a la salud como derecho humano universal, tal y como fue recogido desde muy temprano por la Declaración Universal de Derechos Humanos

y por la Constitución de la OMS, refleja como es obvio una concepción de la persona centrada en su dignidad. Dicha concepción es tributaria de la vieja tradición kantiana del hombre como eje, centro y fin de la sociedad y el Estado, recuperada luego de la dramática experiencia de la Segunda Guerra Mundial. A dicha tradición se sumó también, al suscribirse la Declaración Universal, la del socialismo: la dignidad del ser humano no puede pensarse siquiera manteniendo a tantas personas en el total desamparo, sin posibilidad alguna de acceso a los bienes esenciales para la vida. De este modo surge el derecho a la salud y es en este contexto de fundamentación que las teorías igualitarias y del desarrollo de capacidades que hemos aquí analizado lo sustentan. Ese es el espíritu también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Observación General N° 14 del Comité y de nuestra Constitución. Sin embargo, dicho espíritu choca aún hoy con teorías que niegan la necesidad o conveniencia de brindar la categoría de derecho al acceso universal e integral a los bienes y servicios que comprenden el derecho a la salud, pues consideran que el carácter costoso de este hace imposible su vigencia y exigibilidad en todo tipo de circunstancias, debiendo dejarse, en todo caso, las decisiones sobre la distribución de recursos en materia sanitaria solo al ámbito de la política. Por otro lado, con el auge, a partir de la década del 90, del modelo económico neoliberal y la crisis del Estado de bienestar, dicha distribución de recursos en materia sanitaria se considera solo debe alcanzar a satisfacer un "mínimo decente", con lo cual el derecho a la salud, tal y como está consagrado en los documentos mencionados, queda seriamente menguado en sus alcances

fundamentales.

A nuestro entender, el error conceptual de las teorías que niegan o que reducen a un "mínimo decente" el derecho a la salud radica en considerar que el hecho de que una decisión deba estar sujeta inicialmente al ámbito de la política excluye la posibilidad de mirarla como una "cuestión de derechos ". Así, si bien los Estados - como afirma el Comité- tienen la posibilidad de apreciar los determinantes socioeconómicos a la hora de atender las necesidades que se derivan de este derecho, ello no debe suponer, en modo alguno, que dejen de observar las exigencias que se desprenden de él, aun cuando tengan la capacidad de implementarlas de modo progresivo. De esta forma, aunque con un margen de discrecionalidad en la determinación de políticas y asignación de recursos, las obligaciones generadas por el derecho persisten y deben ser cumplidas por el Estado. El problema, a partir de aquí, se ha planteado en términos de exigibilidad o justiciabilidad. Si las obligaciones persisten y, por ende, la virtualidad jurídica del derecho, ¿pueden entonces exigirse dichas obligaciones judicialmente, en caso de incumplimiento por parte del Estado?

Nosotros creemos que sí, que hay mecanismos que la justicia puede activar cuando la política del Estado no ha respetado los contenidos del derecho a la salud recogidos en el Pacto o la Constitución, o cuando no ha desarrollado política alguna para dar respuesta a una exigencia derivada de este derecho. Sin embargo, también creemos que la respuesta que pueda dar la justicia a estas cuestiones será siempre limitada, tanto porque el cumplimiento de sus decisiones en esta materia, muchas veces, está

sujeta a la cooperación institucional que los otros poderes del Estado puedan brindarle, como porque en la mayoría de ocasiones las cuestiones medulares en políticas sociales no llegan a los tribunales.

Si lo que se busca, por lo tanto, es satisfacer de modo completo las diversas exigencias que comporta el derecho a la salud, resulta ineluctable, pues, exigir la participación de los demás poderes públicos, sobre todo de aquellos que se encargan de expedir las leyes y de definir los planes y el marco de prioridades presupuestarias en cuestión de derechos sociales. Quizás en este punto la conclusión del presente trabajo va un poco en sentido contrario a una visión jurídica del tema: creemos que resulta más apremiante y necesario, en aras a garantizar efectivamente el derecho a la salud, que la política se vea irradiada por una visión de derechos, que el derecho o la justicia se vean apremiados por resolver cuestiones para las que su capacidad es limitada, aun cuando haya cosas que tenga que decir. Actualmente, esta perspectiva de derechos en la formulación de políticas públicas sociales ha ganado terreno, e incluso, como vimos en su momento, se ha empezado a desarrollar en nuestro país; sin embargo, el camino recorrido aún es muy corto y los retrocesos se suceden constantemente, con el riesgo de dejar desprotegido un derecho tan esencial para la vida digna de una persona como el derecho a la salud.

CAPÍTULO VI

TRATAMIENTO COMPARADO Y LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS HIJOS AFINES

6.1 Jurisprudencia Colombiana- Sentencia T-586/99- emitida por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia.

6.1.1 Antecedentes de la Sentencia

En el presente caso, el demandante alega la existencia de un trato discriminatorio contra su hija, consistente en no ser considerada como hijastra para efectos de percibir el subsidio familiar en dinero, que le corresponde recibir a su conviviente que tendría la calidad de madrastra de la niña.

El fundamento de la contestación de demanda con en el cual la entidad accionada ha denegado dicho reconocimiento (...)” *consiste en afirmar que según lo dispuesto por el artículo 27 la Ley 21 de 1982, tienen derecho al subsidio familiar los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos y los hijastros, y que de conformidad con la doctrina de la Superintendencia de Subsidio Familiar, son hijastros los hijos llevados al matrimonio por uno sólo de los cónyuges. Por lo tanto para poder reconocer a un menor la calidad de hijastro de un afiliado, y subsiguientemente el derecho a percibir subsidio familiar en dinero, tal afiliado debe estar válidamente casado con el padre*

del menor. Se excluye, por lo tanto, la posibilidad de reconocer tal calidad al hijo que es aportado a la unión marital de hecho por uno de los compañeros permanentes.”

6.1.2 El derecho a la familia en la Constitución Política de Colombia

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” (Constitución Política de Colombia, Título II, Cap. 2, Art. 42)

(...)“No es necesario discutir ... por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella éste lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia.”

(...)“Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres e hijos adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.”

(...)“Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes. Las familias

unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil.”

(...)“Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

“La familia constituida por vínculos naturales, por la voluntad responsable de un hombre y una mujer de conformarla, también es objeto de expreso reconocimiento constitucional que se concreta en su protección integral por parte del Estado y la sociedad. De otro lado, la Constitución ordena que las relaciones de todo orden, entre los miembros de la pareja, se fundamenten en el respeto mutuo y en la igualdad de derechos y deberes (Constitución Política de Colombia, Título II, Cap. 2, Arts. 42 y 43).

(...)“La unión marital de hecho, a la que se refieren las normas demandadas, corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, “aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar.”

(...)“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.”

(...) *“La jurisprudencia constitucional reiteradamente ha avalado la igualdad jurídica entre la familia que proviene del matrimonio y la que proviene de “la voluntad libre de conformarla”, esto es la que se origina en la unión libre entre compañeros permanentes. En la Sentencia C-098 de 1996.”*

6.1.3. Modo de resolución respecto al Derecho al subsidio familiar de los hijos afines

Los Magistrados de la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia concedieron la tutela para la protección de los derechos a la familia y a la igualdad de la menor que tenía la calidad de hijas afín y ordenaron que a partir de la notificación del fallo se le reconozca y pague el subsidio familiar en dinero que le corresponde por su condición de hijastra equiparando la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, concluyendo que proscribire cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la familia y establecieron que son “hijastros” los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, y también los que aporta el compañero a una unión de hecho y cualquier interpretación contraria se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico que no puede tolerar, por lo que revocaron la decisión de segunda instancia que denegó el amparo solicitado.

6.1.4 Comentario acerca del tratamiento a los hijos afines en la Jurisprudencia colombiana.

Analizando la jurisprudencia colombiana concluimos que **reconoce** que son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio y las conformadas por fuera de éste, y que esta igualdad proscribida toda forma de discriminación basada en el origen familiar, ya sea ejercida contra los hijos o contra descendientes de cualquier grado.

Es concluyente el fundamento de la sentencia colombiana en cuanto proscribida cualquier tipo de discriminación entre los hijos y los hijastros, *brindando la tutela para la protección de los derechos a la familia y a la igualdad de una menor que tiene la condición de “hijastra”*, por lo tanto coincido plenamente con la resolución de este caso en concreto que me sirve como jurisprudencia base en el presente trabajo de investigación.

6.2 Jurisprudencia Costarricense – Sentencia N° 11016 recaída en el Exp. N° 03-007233-0007-CO emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica

6.2.1 El principio de libertad individual analizado en la sentencia

(...)”Determinar si se quiere construir una familia sin las formalidades del matrimonio es un acto propio cuyo fundamento constitucional es la libertad individual el Estado no puede imponer el matrimonio como única forma de constitución de una familia, la Unión de hecho es otra fuente de familia a parte del

matrimonio. Resulta ilegítimo negar la posibilidad de ingresar a un club privado a aquellos miembros de una unión de hecho.”(La negrita no es del original)

6.2.2 Texto del extracto.

"(...) debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)" (el subrayado y la negrita no son del original).

6.2.3 Comentario acerca del tratamiento a los hijos afines en la jurisprudencia costarricense.

Al igual que en la jurisprudencia colombiana, la sentencia costarricense ha establecido lineamientos para la interpretación del concepto familia, en el sentido de que ha de hacerse extensiva y no restrictivamente y deben incluirse dentro del instituto tanto la familia unida por vínculo formal (el matrimonio), como aquellas que se originan en lazos afectivos no formales, sean las uniones de hecho con características de regularidad, singularidad y estabilidad, equiparando los derechos que estas formas de constitución familiar tienen con las del matrimonio.

6.3 Jurisprudencia Costarricense – Sentencia N° 06967 recaída en el Exp. N° N°99-001026-007-CO-Acción de Inconstitucionalidad-emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica

6.3.1 Antecedentes de la Sentencia

(...)“El recurso de amparo originó la acción de inconstitucionalidad N°99-001026-007-CO, en la cual, mediante sentencia N°06967 de las catorce horas cuarenta y nueve minutos del ocho de agosto del dos mil, se anuló del artículo 4 del Reglamento de Confección y Uso de Credenciales del Colegio de Contadores Privados, la palabra "directos" en relación con los familiares que tienen derecho al carné familiar para ingreso a las instalaciones del Colegio arriba mencionado.”

6.3.2 Fundamentos de la Resolución de la Sala Constitucional de Costa Rica

(...)“Partiendo de ese concepto amplio de familia necesariamente debe incluirse la relación que se da entre dos seres donde uno proviene del otro por generación y designa el vínculo existente entre el padre o la madre con su hijo, con el fin de equiparar, en la medida que resulte razonable, a los hijos biológicos de uno u otro cónyuge aunque su nacimiento no concorra con el matrimonio. **Es decir que los hijastros debidamente asimilados a la familia, con ciertas características como la estabilidad, el reconocimiento, la publicidad, sean debidamente asimilados dentro del concepto de familia.**” (El subrayado y la negrita no son del original)

(...) “En virtud de lo anterior si el artículo 4 impugnado está imposibilitando ese trato equitativo y que busca la unión de la familia en sentido amplio, al establecer

que sólo los familiares "directos" pueden obtener el carné ello lesiona el numeral 51 de la Constitución Política. En consecuencia el recurso debe ser declarado con lugar, en cuanto a este extremo, eliminando del artículo 4 la palabra "directos". En el caso de la norma objeto de esta acción –artículo 4g del "Reglamento sobre Confección y Uso de Credenciales del Colegiado, Carne Familiar y de Cortesía del Colegio de Contadores Privados de Costa Rica", una vez eliminada la palabra "directos" en los términos establecidos, la Sala aprecia que está tutelando la familia en sentido amplio tal y como ha quedado expuesto."

(...) "En consecuencia, y para lo que en el caso del accionante interesa, será dentro del recurso de amparo número 99-000404-007-CO en donde deberá analizarse la validez de la negativa del Colegio a confeccionar el carné familiar a su "hijastro"; todo claro está, según el mérito de esos autos y las probanzas alegadas."

Atendiendo a la anterior transcripción y de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de esta Sala en cuanto al reconocimiento del concepto de familia, constituido como elemento "natural", es decir, como vínculo y como núcleo primario y fundamental de la sociedad donde las personas se desarrollan física, mental y moralmente y dado que los contenidos de este concepto de familia están determinados en sentido sustancial y no formal, porque se ampara la protección de la misma aún y cuando no se encuentre legalmente reconocido el vínculo familiar, este tribunal considera que el Colegio debió haber aplicado el reglamento razonablemente, de modo que no se afectara la integridad del núcleo familiar del recurrente, concretamente en relación con su hijastro, G. D. M. De este modo,

procede declarar con lugar el presente recurso de amparo por violación a los derechos constitucionales del amparado, concretamente en cuanto al amparo que merece la familia en nuestro régimen de derecho.”(el subrayado y la negrita no son del original)

6.3.3 Comentario y conclusiones de la resolución

Nos queda claro que la línea jurisprudencial de esta Sala costarricense considera a la unión de hecho como otra fuente de familia a parte del matrimonio. Sin embargo, consideramos que se debe insistir en que el reconocimiento de este tipo de uniones debe conllevar también el hecho de dotarla de una protección integral, que generen los derechos y obligaciones para sus miembros equiparándolos con los de las parejas que hayan contraído matrimonio, pues si ya se han equiparando los derechos de la familia, sin importar cuál es su origen y se reconoció también los mismos derechos a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, no debiendo generarse ni mantenerse diferencias o tratos discriminatorios.

6.4 Legislación Holandesa -AKW Ley General de Asignación Familiar Holandesa

(...) La Asignación familiar está regulada en la Ley general de asignación familiar (AKW). Las asignaciones tienen el objetivo de cubrir los costos de mantención y educación de los hijos, hijastros, hijos adoptivos que tiene el asegurado.

(...) Están asegurados por esta ley, todos los habitantes legales en Holanda que viven y / o trabajan, también algunas personas que viven en el extranjero y que tienen una relación laboral con alguna empresa holandesa. Las personas que

estaban en el extranjero antes del 2000 y que tenían derecho a una prestación social holandesa mayor al 35% del salario mínimo. No están asegurados aquellas personas que reciben una asignación familiar de otro estado cuando ella es mayor.

(...)La Asignación familiar es para los hijos propios del asegurado, hijastros o bajo tutoría que son menores de 16 años y que viven con el asegurado, o que son menores de 18 años y que en gran parte el asegurado los mantiene, (...)

El derecho a la Asignación familiar existe también para los hijos propios del asegurado, hijastros o bajo tutoría que (regulación de transición)”(el subrayado y la negrita no son del original)

6.4.1 Comentario. Hace muchísimos años ya están reconocidos los derechos de los hijos afines en Holanda y equiparado el derecho de la Asignación familiar, al de los hijos biológicos, lo cual nos parece muy relevante como muestra del tratamiento extranjero acerca de la materia expuesta, para el mejor sustento de nuestro trabajo de investigación.

6.5 Legislación Chilena - Ley N° 20.449 de Asignación Familiar

6.5.1 Explica qué es y quiénes pueden postular a este beneficio social.

-¿Qué es la asignación familiar?

“Un subsidio estatal que consiste en una suma de dinero por cada carga familiar que un trabajador dependiente, pensionado o algunos trabajadores independientes, acredite. Es otorgada por el empleador a los trabajadores a través del Instituto de Previsión Social (IPS) o una caja de compensación, según corresponda.”

-¿Quiénes son los beneficiarios de una asignación familiar?

(...) *Todos los trabajadores dependientes de los sectores públicos y privado. (...)*

-¿Quiénes se consideran causantes de esta asignación?

“La cónyuge y el cónyuge inválido.

Los hijos y los adoptados hasta los 18 años; los mayores de edad y hasta los 24 años, solteros, que sigan cursos regulares en la enseñanza media, normal, técnica, especializada o superior, en instituciones del Estado o reconocidas por éste.

***Hijastros** e inválidos de cualquier edad.”(...)**Los niños huérfanos o abandonados (en las mismas condiciones que los hijos)** y los inválidos que estén a cargo de instituciones del Estado o reconocidas por éste, para su crianza y mantención. (El subrayado y la negrita no son del original)*

(...) *“Los menores que hubiesen sido confiados al cuidado de personas naturales en virtud de una medida de protección dispuesta por sentencia judicial”.*

-¿Qué requisitos se deben cumplir para ser causante de asignación familiar?

“Deben vivir a expensas del beneficiario y no deben disponer de una renta igual o superior a la mitad del ingreso mínimo mensual, exceptuando lo recibido por pensión de orfandad.”

6.5.2 Comentario. La Ley N° 20.449 de Asignación Familiar Cuyo artículo 2° reemplazó, a contar del 1° de julio de 2010, el inciso 1° del artículo 1° de la ley 18.987, fijando los nuevos montos de la asignación familiar regulado por el Decreto con Fuerza de Ley. N° 150, de 1981, en Chile desde aquel año ya se reconocía el derecho a la asignación familiar de los derechos de los hijastros equiparado el

derecho de la Asignación familiar, al de los hijos biológicos, lo cual nos parece muy relevante como muestra del tratamiento extranjero acerca de la materia expuesta, para el mejor sustento de nuestro trabajo de investigación.

6.6 Legislación Argentina - Ley del seguro social de Argentina (IPSST)

6.6.1 Extracto del texto

(...) *“Cónyuge: que no gocen de servicios asistenciales y /o de regímenes de previsión, ni que fuere afiliado forzoso al subsidio de salud.*

(...) “Hijos, hijos adoptivos e hijastros: Hasta los 21 años siempre que no se emanciparen o trabajen en relación de dependencia.”(el subrayado y la negrita no son del original)

(...) *“Menor a cargo: Hasta los 21 años con guarda legal amplia emitida por autoridad judicial competente.”*

6.6.2 Comentario.- En argentina un país latinoamericano como el nuestro ya están reconocidos los derechos de los hijos afines equiparando el derecho a los servicios asistenciales y regímenes de previsión, al de los hijos biológicos, lo cual nos parece relevante como muestra del tratamiento extranjero acerca de la materia expuesta, para el mejor sustento del presente trabajo.

6.7 Legislación de República Dominicana- Ley de Seguro Familiar de República Dominicana

6.7.1 Extracto del Texto

(...) *“Beneficiarios del seguro familiar de salud.”*

(...) *“La ley señala como beneficiarios del seguro familiar de salud a todos los dominicanos,(...) así como a su familia. La familia del asegurado incluye:*

Su pareja, debidamente registrada, sea ésta casada legalmente o la persona con quien se comparte la vida, (...) los hijos e hijastros menores de 18 años o de 21, en caso de estudiantes. El límite de edad se elimina, si la persona es discapacitada.”

6.7.2 Comentario.- En República Dominicana, así como en los otros países que se ha mostrado ya están reconocidos los derechos de los hijos afines como beneficiarios del seguro familiar de salud, equiparando el derecho al de los hijos biológicos.

CAPÍTULO VII

PROPUESTA LEGISLATIVA

LEY QUE ELIMINA DISCRIMINACIÓN EN ÁMBITO DE SEGURIDAD SOCIAL Y RECONOCE DERECHO A LA SALUD DE HIJOS AFINES DE FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN EL PERÚ

Los ciudadanos que suscriben, en ejercicio de su facultad que le reserva el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, la Ley de los derechos de participación ciudadana y control ciudadano, Ley N° 26300 y habiendo cumplido los requisitos establecidos en el artículo 11°, de la citada Ley, presentan la siguiente iniciativa legislativa: **“Ley que elimina discriminación en ámbito de seguridad social y reconoce derecho a la salud de hijos afines de familias reconstituidas en el Perú”**

ANTECEDENTES

1. Situación actual del derecho al acceso al seguro de salud por parte de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú

Actualmente existe una discriminación para todos los niños, niñas y/o adolescentes que tienen la calidad de hijos afines en el Perú ya que se verifica que no están considerados

como posibles derechohabientes del titular (padre o madre afines) en ninguno de los formatos para afiliación de las Entidades prestadoras de salud privadas ni en el Seguro Social del Perú (entidad prestadora de salud estatal), por lo tanto no hay un reconocimiento y mucho menos existe protección a este derecho al acceso al seguro de salud por parte del Estado.

2. Análisis de la Legislación Vigente

No existe una ley que desarrolle el derecho al acceso al seguro de salud de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú.

La Derecho Peruano carece de legislación específica que regule y promueva el derecho al acceso al seguro de salud de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú

Es preciso desarrollar este tema en las políticas de salud con la perspectiva protección de derechos fundamentales y derechos humanos.

3. Fundamento para la Propuesta legislativa

Frente a la innegable realidad social-familiar por la que estamos atravesando, como la inclusión social y laboral de la mujer, las grandes migraciones hacia las ciudades fruto de los movimientos de mano de obra a través de las fronteras y la progresiva liberalización de las legislaciones en materia de divorcio, su regulación y su alto grado de incidencia en nuestro país, que han cambiado la estructura de la familia tradicional nuclear y como consecuencia se han generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de uniones de hecho o convivenciales y las familias reconstituidas donde los

hijos afines forman parte de estas nuevas estructuras familiares, emerge la importancia vital de que el Estado considere la necesidad de que se reconozca y proteja en la legislación nacional el derecho de los hijos afines al acceso a los seguros de salud.

A partir de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, donde se reconoce que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional ni tampoco por la jurisprudencia nacional, se debe de promover el Reconocimiento y Protección al Derecho al Acceso al Seguro de salud de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú.

Frente a la evidente discriminación a los hijos afines, específicamente referente a este tema el Estado tiene la obligación de reconocer tal derecho, considerando, su legitimidad en una nación y acatando que se tiene que llevar a cabo como lo dicte la Constitución y la Ley del país para mantener las condiciones necesarias en un marco de justicia, equidad, igualdad, paz y libertad donde se reconozca el derecho de los hijos afines al acceso del seguro de salud y puedan gozar realmente de este derecho íntegramente y alcanzar el bienestar común. Estas obligaciones representan para el Estado la exigencia del amparo, resguardo, apoyo, y defensa del derecho de los hijos afines al acceso al seguro de salud en las familias reconstituidas en el Perú, donde el poder público debe hacer todo lo necesario, para que de manera paulatina, sean superadas la desigualdad, la pobreza y la discriminación.

4. Alcances de la Propuesta Legislativa

Establecer un marco para el ejercicio del derecho al acceso al seguro de salud por parte de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú, como parte de los derechos

fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución Política y los Tratados Internacionales ratificados por el Estado peruano.

5. Análisis de la Propuesta Legislativa

Promueve el ejercicio, la exigencia y el cumplimiento al derecho al acceso al seguro de salud por parte de los hijos afines.

Incorpora el derecho humano a la no discriminación, condición indispensable para el desarrollo de igualdad de oportunidades.

Reconoce el derecho de los hijos afines al acceso al seguro de salud y garantiza mecanismos de protección para que sea exigible, tal como los otros derechos humanos.

6. Necesidad de la Propuesta

En la actualidad, no se han creado mecanismos legales para el reconocimiento y protección de derechos específicos de los hijos afines como el derecho a acceder al seguro de salud ya sea estatal o privado por parte de los padres afines cuando la madre o padre no es titular de un seguro, por ello daremos una iniciativa que trate de solucionar este problema de vacío legal, que se tiene que superar por ser imprescindible la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en esta situación desventajosa en el Perú. Por ello es latente la necesidad de que se reconozca este derecho para que no se siga vulnerando el derecho fundamental a la salud, de este sector de la población que está indefenso y a la merced de las injerencias nocivas del Estado o la falta de protección de éste.

7. ¿Cuándo y cómo ejercerán los hijos afines su derecho al acceso al seguro de salud por parte de sus padres afines?

Los hijos afines ejercerán su derecho al acceso al seguro de salud en forma **inmediata** cuando se aprobada la propuesta legislativa e **irrestricta** cuando sean incluidos como derechohabientes del titular a la sola presentación de solicitud de éste y cumpliendo con los requisitos administrativos de trámite normal, sin la exigencia de cumplimientos de requisitos especiales.

El reconocimiento y protección inmediato e irrestricto del derecho al acceso a los seguros de salud de los hijos afines en las familias reconstituidas en el Perú se logrará cuando los hijos afines accedan a la atención, tratamiento e insumos en salud en todo momento, satisfaciendo adecuadamente sus necesidades de salud para mantenerse sanos y lograr un desarrollo integral.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La propuesta legislativa que presentamos tiene como fundamentos los siguientes:

1. La propuesta legislativa está referida a los derechos de igualdad ante la Ley (Artículo 2°.1 Constitución Política del Estado) y de acceso a los servicios de salud (artículos 9° a 11 Constitución Política del Estado).
2. La propuesta legislativa incorpora un conjunto de derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 22° y 25°), Declaración Americana

de Derechos y Deberes del Hombre (artículos II, VII, XI y XVI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 24°.1 y 26°), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 9°, 10°.3, 12°.1 y 12°.2 literal d), Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 17°.5, 19°, 24°) Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 9° y 10°), Ley General de Salud (artículos III y VI de Título Preliminar, y 1° y 9°), Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (artículos 1° y 3°, cuarto párrafo), Ley de Creación del Seguro Social en Salud – ESSALUD (artículos 1°.2 y 4°.1 literales a, b, c y e), no permitiendo ningún retroceso en materia de derechos conforme a la obligación de progresividad contenida por los pactos y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

3. La propuesta legislativa elimina toda discriminación entre los hijos de los cónyuges o compañeros permanentes en las familias ensambladas o reconstituidas en materia de seguridad social y reconoce el derecho de salud de éstos y que deben ser garantizados por el Estado peruano a través del derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, el acceso equitativo a los servicios de salud, a las prestaciones de salud y de pensiones.

4. La propuesta legislativa introduce la igualdad al acceso a la seguridad social y a los derechos de salud de los hijos de las familias ensambladas o reconstituidas en el Perú.

5. La propuesta legislativa viene a superar las diferencias que por larga data se han verificado en el tratamiento de sujetos (niños y adolescentes con calidad de hijastros) cuyo reconocimiento de igualdad y protección también es de mucho tiempo atrás, pero que por falta de desarrollo legislativo no se ha producido contraviniendo la legislación internacional en materia de derechos humanos.

Esta propuesta se ajusta al marco normativo internacional y nacional en materia de derechos humanos.

Marco Jurídico Internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

Pacto Interamericano de los Derechos Civiles y Políticos

Convención sobre los Derechos del Niño

Observación General N° 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU

Marco Jurídico Nacional

Constitución Política del Perú de 1993

Ley General de Salud N°26842

Ley de Salud N°26790

Ley de Creación del Seguro Social (Es Salud)

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC.

Código de los Niños y Adolescentes

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.

La propuesta legislativa no irrogará desembolso económico alguno del Estado, por el contrario beneficiará a los menores en su acceso a los servicios de seguridad social y de salud sin distinción alguna por razones del parentesco o filiación con los titulares de la familia ensamblada o reconstituida.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

El Perú es un país signatario de diversos compromisos internacionales en materia de derechos humanos, dentro de estos, se encuentra la obligación de reconocimiento, protección y realización en el derecho a la seguridad social así como a la salud de los menores hijos de uno de los cónyuges o compañeros permanentes en las familias ensambladas o reconstituidas.

Mediante la presente propuesta de Ley estaríamos logrando adaptar nuestra legislación interna referida al acceso a los derechos de seguridad social y de salud de los menores de

edad sin discriminación alguna por razón del parentesco o filiación –nacimiento– establecidas por la comunidad internacional.

La presente propuesta de Ley modificaría la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (artículo 3°, cuarto párrafo) en lo referente a la protección de los derechos de los menores de las familias ensambladas o reconstituidas referentes a los derechos de seguridad social y de salud.

Finalmente esta propuesta de Ley pondrá en práctica el artículo 1° de la Constitución Política: La persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

TEXTO DEL PROYECTO

Artículo 1°.- Eliminación de discriminación en seguridad social.

Elimínese todo acto de discriminación por razón del parentesco, filiación o nacimiento entre los hijos de los beneficiados con la protección de seguridad social que el Estado reconoce y brinda a las personas comprendidas en el artículo 4° de la Ley N° 27056 y los hijos de los cónyuges y compañeros permanentes en las familias ensambladas o reconstituidas.

Artículo 2°.- Reconocimiento del derecho de salud a integrantes de familias ensambladas y/o reconstituidas.

Reconózcase el acceso al derecho de salud de los integrantes menores de edad de las familias ensambladas o reconstituidas, sean éstos hijos de los cónyuges o compañeros

permanentes como de los titulares derechohabientes de conformidad con la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Artículo 3°.- Requisitos para cumplimiento de derechos que se reconocen.

Cúmplase con todas las formalidades de orden administrativo para el goce del ejercicio de los derechos que por esta ley se reconocen.

Artículo 4°.- Norma derogatoria.

Deróguense todas las normas que se opongan a la presente Ley.

CONCLUSIONES

1. El no reconocimiento y protección de este derecho al acceso al seguro de salud de los hijos afines, está causando directa e indirectamente perjuicio a todos los niños y adolescentes que tienen esta calidad, por la discriminación advertida, al no estar considerados como derechohabientes en ningún formulario de trámite normal u ordinario para el acceso a los seguros de salud privados como son las EPS y el Seguro Social del Perú, actualmente ES SALUD.
2. El reconocimiento y la protección del derecho al acceso al seguro de salud de los hijos afines, resulta indispensable para que no se vulnere el derecho de estos niños y/o adolescentes a la salud y a la no discriminación y mantener las condiciones necesarias en un marco de justicia, equidad, igualdad, paz y libertad donde se reconozca el derecho de los hijastros al acceso de seguro de salud y puedan gozar realmente de este derecho íntegramente y alcanzar el bienestar común.
3. El reconocimiento y la protección del derecho de los hijos afines al acceso a los seguros de salud por parte de los padres afines debe ser irrestricto e inmediato a la solicitud del titular del seguro que lo(s) reconoce como derechohabiente(s) equiparando su derecho al de sus hijos biológicos en pro de fortalecer a la familia reconstituida y reconocerla como una unidad, debiéndose incluir a los hijos afines

como derechohabientes del titular solicitante por ser miembros de esta nueva forma familiar.

4. La mejor solución que hemos encontrado, es la de la propuesta legislativa donde se reconozca el derecho de los hijos afines al acceso a los seguros de salud nacionales y privados, por parte de sus padres afines de forma inmediata y sin ninguna restricción ni discriminación.

LISTA DE REFERENCIAS

Asignación Familiar- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile
www.dt.gob.cl/consultas/.../w3-article-85651.html (última consulta 03 de agosto del 2013)

AKW Ley General De Asignación Familiar Holandesa
www.noticias.nl/socialnl/akw_awbz.html (consultada 1-16 de noviembre del 2013)

Bermúdez Tapia, Manuel. 2008. *Comentario a una Jurisprudencia en materia Civil Familia Expediente N° 09332-2006-A/TC*.
derechospaternofiliales.blogspot.com/.../tribunal-constitucional-peruano.html

Calderón Beltrán, Javier Edmundo. 2014. *La familia Ensamblada en el Perú – Superando el vacío legal*, Lima. Perú: Adrus D&L Editores S.A.C.

Constitución Política de Colombia.
www.bibliotecasvirtuales.com/.../Constituciones/Colombiana/index.asp. (última consulta 09 de noviembre del 2013)

Cunha Pereira, Rodrigo Da. 2008. *Familias Ensambladas y Parentalidad Socioafectiva*, Lima. Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Giusti Pareja, Marcela. 2008. *TC reconoce identidad propia y necesidad de protección a familias de segundas nupcias*. www.andina.com.pe/espanol/Noticia.aspx?id (última consulta 26 de octubre del 2013)

González Luna, María Alejandra. 2008. *El Tribunal Constitucional y las nuevas formas de familia*. www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/.../tc.html (última consulta 16 de noviembre del 2013)

Grossman, Cecilia P. y Herrera, Marissa. 2008. *La Fuerza de la Jurisprudencia Constitucional-Hacia el reconocimiento normativo de otras formas de organización familiar: La Familia Ensamblada*, Lima.Perú: Gaceta Jurídica S.A.

León Florián, Felipe Johan. 2010. *Los Derechos Fundamentales: Estudios de los Derechos Constitucionales de las diversas especialidades del Derecho*, Lima.Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Ley del Seguro Social de Argentina www.ipsst.gov.ar/beneficiarios/index.htm

Ley del seguro familiar de República Dominicana
www.iddi.org/.../Reforma%20Sector%20Salud%20y%20Seguridad%20Social%20e(última consulta 27 de noviembre del 2013)

Oficina de Control de la Magistratura- Poder Judicial Perú. 2008. *TC fortalece a institución de la familia*. ocma.pj.gob.pe/index.asp?warp=prensa.(última consulta 19 de noviembre del 2013)

Sentencia T-586/99. Protección de los Derechos de los Hijastros- Colombia
www.notinet.com.co/serverfiles (última consulta 27 de octubre del 2013)

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 09332-2006 PA/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente 02945-2003-AA/TC

Sentencia 1106- Expediente 03-072333-0007.CO www.acnur.org/biblioteca/pdf/3089
(última consulta 13 de noviembre del 2013)

Sentencia 06967-Exp. N° N° 99-001026-007-CO www.acnur.org/biblioteca/pdf/3089
(última consulta 19 de noviembre del 2013)

Vega Mere, Yuri. 2009. *Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia- Familias de Hecho, Ensambladas y Homosexuales*. Lima, Perú: Editora Jurídica Motivensa.