

seguridad social en el Perú, el 12 de agosto de 1936, el presidente de la República, general Óscar R. Benavides, promulgó la Ley N° 8433, con la cual se creó el Seguro Social Obrero Obligatorio y la Caja Nacional del Seguro Social. La ley estableció una cotización del 8% (4.5% el patrono, 1% el Estado y 2.5% el asegurado) para los asegurados dependientes y para los facultativos también 8% (7% el asegurado y 1% el Estado) y 6% para los asegurados independientes (3.5% el asegurado y 2.5% el Estado). Con una cuota adicional del 2%, los asegurados obligatorios (asegurados dependientes e independientes) podían contratar con la Caja un seguro de familia para sus cónyuges e hijos menores de 14 años.

En ese sentido, el Estado peruano tiene diversas salidas para poder financiar el sistema de salud contributiva y hacerlo extensivo a un mayor número de personas, como lo son las parejas homosexuales que por su condición de tal no pueden reflejarse mutuamente la seguridad social en salud de ESSALUD cuando uno de ellos es afiliado titular del régimen contributivo o aquellas personas que sin importar su identidad sexual, se encuentren desamparadas del acceso a ESSALUD por un tema de desempleo y tienen una persona que de acuerdo a las circunstancias de su vinculación podría reflejarles su seguridad social en salud contributiva.

Como puede observarse las salidas para incluir a nuevos derechohabientes de las familias reconstituidas es bastante amplio, desde el respaldo que da el actual sistema, hasta la posibilidad de incrementar la tasa de contribución de todos los afiliados titulares o implementar una tasa adicional para aquellos afiliados titulares con derechohabientes legales que decidan incluir derechohabientes de hecho.

Desde esta perspectiva, si el factor económico no resulta ser un impedimento válido para ampliar el universo considerado para los derechohabientes de los afiliados titulares, bien podría un afiliado titular con o sin derechohabientes legales registrados incluir y proyectar a derechohabientes de hecho la Seguridad Social Contributiva de ESSALUD.

Creo que en ambos casos se debería poder realizar la inscripción de derechohabientes, teniendo en cuenta el tipo de vinculación, la dependencia económica, la convivencia bajo un mismo techo, el tipo de parentesco, entre otros factores, siendo el más importante y el que siempre debería estar presente, la dependencia económica.

Definitivamente, de permitirse estas nuevas afiliaciones, habría un incremento en los derechohabientes afiliados, los cuales, podrían superar fácilmente a los afiliados titulares, por lo cual, soy de la idea que en el caso de afiliados titulares que tengan derechohabientes legales inscritos en ESSALUD y deseen inscribir derechohabientes de hecho, deberán por estos últimos realizar una contribución adicional que debería ser determinada por un futuro estudio financiero actuarial.

En el caso de afiliados titulares que no tengan inscritos derechohabientes en ESSALUD, ya sea porque la legislación actual no se los permite o porque simplemente no tienen a quien inscribir, no deberían pagar ningún tipo de sobretasa, debiendo establecerse un límite de personas a las que puedan inscribir y a partir de este número, por cada nuevo afiliado que deseen inscribir deberían pagar una sobretasa, número que en ambos casos deberá obtenerse de un futuro estudio financiero actuarial que bien podría realizar la OIT.

5. SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD CONTRIBUTIVA EN RELACIÓN AL PROYECTO DE LEY DE LA UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL Y LA UNIÓN SOLIDARIA

Hasta este momento se tiene claro conceptos como el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social en salud, el concepto de familia, matrimonio y unión de hecho. Asimismo, no existen dudas de la preponderancia entre los derechos fundamentales contenidos en la constitución sobre aquellos de rango legal.

Pese a esto, ESSALUD ha rechazado en todo momento las solicitudes de afiliación por parte de personas homosexuales, puesto que, existe un condicionante para que

el asegurado pueda reflejar su seguridad social en salud a sus parejas, toda vez que, la persona que desee inscribir en ESSALUD a su pareja, tiene que demostrar que se encuentran unidos mediante el matrimonio civil o la unión civil de hecho para los no casados.

Es en este escenario que, las personas homosexuales reclaman el derecho de acceder a la Seguridad en Salud Contributiva para sus parejas, sin embargo, esta situación no se encuentra contemplada en la legislación de la materia. En razón a ello se han elaborado los proyectos de ley de la Unión Civil No Matrimonial y el proyecto de ley de la Unión Solidaria, dispositivos en los cuales, se contempla que la Seguridad Social en Salud Contributiva de ESSALUD pueda ser proyectada hacia las parejas homosexuales en el caso de la Unión Civil No Matrimonial o en todo caso, sea reflejada para aquellas personas que, sin importar su identidad sexual, celebren un acuerdo de solidaridad en el caso de la Unión Solidaria.

En la expresión de motivos de la Unión Civil No Matrimonial, se parte del reconocimiento de un nuevo estatus civil equiparable al matrimonio civil y a las uniones de hecho para que, a partir de este reconocimiento, se pueda acceder a diversos derechos, entre ellos la asistencia en salud que brinda ESSALUD.

Por otro lado, la exposición de motivos de la Unión Solidaria, se aproxima más a la decisión libre de cada persona, ya sea homosexual o heterosexual, que desea colaborar con otra que se encuentre en una situación de desprotección evidente, para que en su condición de afiliado a ESSALUD, pueda brindarle asistencia en salud por ser cotizante del sistema, siempre que no tenga a ningún derechohabiente inscrito. No obstante, no se puede negar que ambos proyectos de ley, coinciden en la búsqueda de una cobertura más amplia de la salud a través de ESSALUD.

Es así que, el artículo 4 inciso b) numeral 7 del Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR se lee: "Los integrantes de la unión civil no matrimonial tienen derecho a:

"En Seguridad Social, si uno de los integrantes de la Unión Civil No Matrimonial no tuviera cobertura de seguridad social, podrá ser inscrito

como beneficiario por su compañero doméstico para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho. Esto incluye, de modo enunciativo mas no limitativo: El acceso de atención de salud de la pareja en ESSALUD (...)"

Por su parte, el artículo 4 numeral 6 del Proyecto de Ley N° 3273/2013-CR se lee:
“La Sociedad Solidaria se rige por las siguientes reglas:

“Cualquiera de los integrantes de la Sociedad, tiene el derecho de asegurar al otro miembro de ésta en la Seguridad Social, en las mismas condiciones de los cónyuges e integrantes de la Unión de Hecho (...)"

En primer lugar, se puede observar que los citados artículos, buscan en forma categórica, ampliar la seguridad social en salud contributiva a un grupo de personas que no tienen acceso a la misma por no cotizar al sistema, en el entendido que sean desempleados o trabajadores independientes que por decisión propia no realicen el aporte voluntario a ESSALUD.

De igual forma, estos artículos guardan coherencia con la Constitución Política de 1993, cuando en su artículo 7 se señala:

"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 (...)"

Si los artículos de cada proyecto de ley buscan que más personas tengan cobertura de seguridad social en salud a través de ESSALUD, encajarían en el supuesto de "todos tienen derecho a la protección de su salud", asimismo, el artículo 10 de la Constitución nos señala que el derecho a la salud es universal y progresivo, reforzando nuevamente la idea que, la seguridad social en salud es para todos, la misma que se debe expandir con el paso del tiempo.

Por otro lado, no se debe olvidar que para la persona en general, sin hacer distinción alguna por su identidad sexual, el derecho a la salud es un componente indispensable para lograr el bienestar del individuo y un desarrollo humano sostenible. Incluye tanto el deber de prevención y promoción de la salud, como los aspectos reparativos y rehabilitadores de la atención a la salud.¹⁸

Siendo así, se puede concluir que, el 4 inciso b) numeral del Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR y el artículo 4 numeral 6 del Proyecto de Ley N° 3273/2013-CR armonizan con el derecho a la salud y a la Seguridad Social en Salud identificado en la Constitución en los artículos 7, 9, 10 y 11, no los contradice e incluso mantiene el mandato expreso de la Constitución en cuanto al Principio de Universalidad y Progresividad.

Corresponde ahora definir qué se entiende por Universalidad para la Seguridad Social en Salud, específicamente aplicada a los dos proyectos de ley que buscan en forma correcta, expandirla a un número mayor de la población. El Principio de Universalidad de la Seguridad Social en general, se define como:

"(...) comprende a todas las personas que requieran de un nivel de protección. La esencia de este principio se basa en que la seguridad social es un derecho fundamental y no está restringido a una clase o grupo social. Desde otro punto de vista, se puede indicar que no solamente protege a los trabajadores asalariados sino a toda la población en general"¹⁹.

Si bien este principio persigue una situación óptima, aquella cobertura conforme el mandato constitucional, se va logrando de manera progresiva. No obstante ello, el principio bajo análisis, nos impulsa a no descansar en la búsqueda del estado de bienestar de toda la sociedad.

¹⁸ Defensoría del Pueblo (2006) Informe Defensorial N° 105. El Derecho a la Salud y a la Seguridad Social: Segunda Supervisión Nacional. Lima, p.11.

¹⁹ Toyama Miyagusuku, Jorge (2008) Principios de la Seguridad Social. En Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional. Tribunal Constitucional, Lima p. 81.

En esa misma línea la Dra. Sara Rosa Campos Torres señala que el Principio de Universalidad se aplica desde sus dos vertientes: *“La universalidad objetiva, en tanto la seguridad social debe cubrir todas las contingencias o riesgos a los que está expuesto el hombre que vive en sociedad. La universalidad subjetiva, por cuanto todas las personas deben estar amparadas por la seguridad social, principio que deriva de su naturaleza de derecho humano fundamental.”*²⁰

Nuevamente, se hace mención al derecho a la salud como un derecho fundamental el mismo que se define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no obstante debe ser entendido como la ausencia de afecciones o de enfermedad.²¹

Queda claro que ambos proyectos de ley son compatibles con la legislación nacional en cuanto el Principio de Universalidad que implica en puridad que toda persona en situación de necesidad tiene derecho a ser protegido por el sistema de seguridad social, sin embargo, se identifica que, el proyecto de ley de la unión civil no matrimonial requiere para poder alcanzar el derecho a la salud contributiva, la constitución de un nuevo estatus civil que habilite una serie de derechos, en específico el acceso a la salud de ESSALUD, situación que con apoyo de legislación y jurisprudencia tanto nacional como extranjera, ha quedado acreditado que no es necesaria la intervención del derecho civil ni el cambio de un estatus civil para poder acceder a un derecho de rango constitucional al que toda persona tiene acceso por su sola condición de ser humano.

Por otro lado, se ha desarrollado la idea que, con la intervención del derecho civil, no solo se vulnera el derecho de las parejas homosexuales en cuanto al acceso al régimen de salud contributiva, sino también, al de las familias reconstituidas que, sin importar la identidad sexual de sus miembros, al no tener la calidad de derechohabientes que la norma de salud remite al Código Civil, se ven

²⁰ Campos Torres Sara Rosa (2010) Manual de Seguridad Social. Tratamiento de las prestaciones en Salud y Pensiones. Primera Edición. Editorial El Búho, Lima p. 16

²¹ Soto Chávez, Ernesto (2012) Inversiones Sociales en el Perú: El Caso de la Seguridad Social en Salud. En Derecho & Sociedad 39, Año 23. Lima, p. 181.

imposibilitados de brindarse seguridad social en salud contributiva.

Bajo esta perspectiva, el proyecto de ley de la Unión Solidaria, tiene un campo de acción más amplio que la unión civil no matrimonial, puesto que, la primera no hace mención a la identidad sexual de la persona que va a recibir voluntariamente de otra asistencia, en específico salud contributiva, solo señala que es el acuerdo entre dos personas mayores de edad que hacen vida en común para asistirse, apoyarse y que origina derechos patrimoniales y otros que señala la ley.

En consecuencia, el proyecto de ley de la Unión Solidaria no solo se circunscribe a las parejas del mismo sexo sino que se aplica a toda persona sin importar su identidad sexual. Es por esto que considero que, en cuanto a lo que concierne al tema del régimen de salud contributiva, es la Unión Solidaria la que presenta una mayor compatibilidad con la legislación peruana y además cumple con mejor alcance lo preceptuado por el Principio de Universalidad.

Es preciso señalar que, el espíritu de la norma, no busca que personas desconocidas se brinden acceso al régimen de salud contributiva. La norma está enfocada en dar un mayor alcance a los derechohabientes de hecho que no son considerados así por el derecho, por la intervención de normas civiles de carácter privado que tratan de regular Derechos Fundamentales contenidos en la Constitución. Siendo así, este aspecto deberá ser debidamente reglamentado antes de la entrada en vigencia de la norma, tomando como parámetros por ejemplo, el concepto de familias reconstituidas del Tribunal Constitucional peruano, la dependencia económica de la legislación colombiana y los vínculos familiares no nucleares, además de otros requisitos que en su momento deberán desarrollarse.

6. CONCLUSIONES

- ✓ En el Perú actual, se vive una fuerte discriminación hacia las parejas del mismo sexo y toda la comunidad LGBT.
- ✓ El Código Civil discrimina a las parejas homosexuales al ser óbice para su acceso a los servicios de ESSALUD.
- ✓ El proyecto de ley de la unión civil no matrimonial y la unión solidaria, nacen como respuesta a la opresión que los heterosexuales han infringido durante muchos años a sus semejantes homosexuales y la falta de reconocimiento a estos últimos de sus derechos básicos como lo es el Derecho Fundamental a la Salud y la Seguridad Social en Salud.
- ✓ El proyecto de ley de la unión civil no matrimonial busca una mayor protección de las parejas homosexuales en cuanto al acceso a la salud contributiva, sin embargo, solo se circunscribe a ese ámbito subjetivo, dejando de lado a las familias reconstituidas.
- ✓ El proyecto de ley de la unión solidaria no hace mención a la identidad sexual de sus integrantes, haciendo así más extensiva su campo subjetivo de aplicación, concordando de mejor manera con el Principio de Universalidad.
- ✓ El Código Civil y sus normas de derecho privado no deben intervenir en la regulación de normas con rango constitucional como lo es el acceso a la salud contributiva de ESSALUD, más aún, si por su intervención pretenden limitar el legítimo acceso a un grupo considerable de la población tan solo por su orientación sexual, hecho abiertamente discriminatorio, y además, limitar el acceso a un grupo que si bien en los hechos ostentan la calidad de derechohabientes, en el derecho no se les reconoce esta calidad.
- ✓ Se debe otorgar seguridad social en salud contributiva a todas las personas sin importar su identidad sexual, siendo La Unión Solidaria el proyecto de ley que mejor concuerda con el Principio de Universalidad en este aspecto.
- ✓ El aspecto económico no es un impedimento para expandir el acceso a ESSALUD para los derechohabientes provenientes de las familias reconstituidas.

- ✓ Es imperioso proteger tanto a los derechohabientes de hecho como a los derechohabientes de derecho, pues forman parte de la familia y su bienestar coadyuva al desarrollo, bienestar y estabilidad de la familia y esta de la sociedad y el Estado.
- ✓ Existen alternativas válidas y conocidas para que el sistema contributivo de salud no se desfinancie. Se puede recurrir al incremento de la tasa del 9% o se puede realizar una contribución adicional como ocurre en otros países. Situación que también ha ocurrido en el pasado en el Perú.
- ✓ Teniendo en cuenta que aunque el tema económico no es óbice para extender la Seguridad Social en Salud a las parejas de los homosexuales y a derechohabientes de hecho, considero importante plantear la obligatoriedad de los independientes de realizar una contribución al sistema contributivo de Seguridad Social en Salud, de esta manera el sistema tendrá mayores recursos para la atención de la salud.
- ✓ El presente trabajo no analiza en su totalidad cada dispositivo normativo; solo el aspecto concerniente a la salud contributiva de ESSALUD, por tal motivo, no se puede señalar cuál de los dos proyectos de ley es el más adecuado como conjunto, pero lo que sí se puede hacer es señalar que, en cuanto al acceso a la salud contributiva, es el Proyecto de La Unión Solidaria el más adecuado para efectos expandir el acceso a los servicios que brinda ESSALUD pues, no requiere acudir al Código Civil y obtener un nuevo estatus civil para lograr el acceso a la salud contributiva que es un Derecho Fundamental de toda persona humana.

7. BIBLIOGRAFIA

ABANTO, César

(2005) El Derecho Progresivo a la Seguridad Social. La Constitución Comentada. Tomo I. Gaceta Jurídica: Lima.

BALAGUER, Francisco

(2010) Manual de Derecho Constitucional. Volumen II. Quinta Edición. Editorial Tecnos: Madrid.

CAMPOS, Sara

(2010) Manual de Seguridad Social. Editorial El Búho, Lima – Perú.

CASTRO, Fátima

(2015) La regulación jurídica de la unión de hecho. Tomo 19 - Numero 13 – Mes 1. Gaceta Civil: Lima.

CETRÁNGOLO, Oscar

(2013) El Sistema de Salud en el Perú. Situación Actual y Estrategias para la extensión de la cobertura. OIT, Lima.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO

(2010) Derecho de Familia. Tomo II. Tercera Edición. Gaceta Jurídica: Lima.

CONSORCIO DE INVESTIGACIÓN ECONÓMICO Y SOCIAL, CIES
OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA SALUD

(2007) Jurisprudencia sobre la Protección del Derecho a la Salud en Cuatro Países Andinos y en el Sistema Interamericano. CLADEM: Lima.

CHANGANAQUI, Alfredo

(2003) Análisis Comparativo de Modelos de Aseguramiento Público y Propuesta de un sistema Solidarios de Seguridad Social en Salud. Editado por ForoSalud y Observatorio del Derecho a la Salud – CIES: Lima.

DEL VALLE, José

(2012) Derecho de Seguridad Social Tercera Edición. Ediciones Cinca: Madrid.

GALLEGOS, Yolanda

(2008) Manual de Derecho de Familia. Juristas: Lima.

GARCÍA, Víctor

(2008) Los Derechos Fundamentales en el Perú Primera Edición. Jurista Editores EIRL.: Lima.

GONZALES, César

(2010) La seguridad social en la Constitución Política del Perú. Los Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Editorial Gaceta Jurídica SA. : Lima.

GONZÁLES, Maricela

(2015) Matrimonio homosexual y filiación. Tomo 24 - Numero 15 – Mes 6. Gaceta Civil: Lima.

LASARTE, Carlos

(2013) Compendio de Derecho de Familia. 3° Edición. Dikson: Madrid.

LEÓN, Felipe

(2010) El Derecho a la Salud. Los Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Editorial Gaceta Jurídica SA. : Lima.

MANRIQUE, Karina

(2011) Derecho de Familia La Unión de Hecho. Editorial FFECAAT EIRL. Perú.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

(2012) Estudio Financiero Actuarial del Seguro Social del Perú (ESSALUD). Lima: OIT/ Oficina de la OIT para los países Andinos.

ORTECHO, Víctor

(2008) Los Derechos Fundamentales en el Perú. Primera Edición. Editorial Rodhas SAC.: Lima.

PACHECO, Rosario

(2012) Manual de la Seguridad Social Privado y Público. Primera Edición. Instituto de Investigación Horizonte Empresarial EIRL.: Lima.

PASCO, Mario

(2008) Los Principios de la Seguridad Social y los Diversos Sistemas Pensionarios. En: Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional. Tribunal Constitucional del Perú: Lima.

PÉREZ, María

(2010) Derecho de familia y sucesiones. Colección Cultura Jurídica. Primera Edición. Nostra Ediciones: México DF.

PÉREZ, Olga

(2013) Unión de hecho. Consecuencias. La Constitución Comentada, Tomo I. Gaceta Jurídica: Lima.

PLÁCIDO, Alex
(2001) Manual de Derecho de Familia. Primera Edición. Editora Gaceta Jurídica SA. : Lima.

PLÁCIDO, Alex
(2010) Regulación Jurídica de la Familia. El Código Civil Comentado. Tomo II. Gaceta Jurídica: Lima.

PUNTRIANO, César
(2013) El derecho universal y progresivo a la seguridad social. La Constitución Comentada. Tomo I. Segunda Edición. Gaceta Jurídica: Lima.

REVISTA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA N° 63 AÑO V
(2013) Propuesta de Ley de Unión Civil entre Personas de un mismo Sexo. ECB Ediciones: Lima.

RODRÍGUEZ, María
(2007) Sistema de Seguridad Social. Novena Edición. Editorial Tecnos: Madrid.

RUIZ, J. L. G.
(2011) DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA*. Estudios De Derecho, 68(151), 187-212. Retrieved from <http://search.proquest.com/docview/1238989140?accountid=28391>

SILES, Abraham
(2010) El Amor Prohibido: Uniones Afectivas Estables entre Personas del mismo Sexo en el Derecho Constitucional Peruano. Promsex: Lima.

TOYAMA, Jorge
(2008) Principios de la Seguridad Social. En: Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional. Tribunal Constitucional del Perú: Lima.

TOYAMA, Jorge
(2004) Seguridad Social Peruana: Sistemas y Perspectivas. Themis 48: Lima.

VEGA, Yuri
(2003) Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Primera Edición. Editora Normas Legales SAC: Trujillo.