

**UNIVERSIDAD NACIONAL
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



EL SEGURO SOCIAL DE SALUD EN LA GESTACIÓN

SUBROGADA EN EL PERÚ

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

BACH. RALPH NILTON MEDINA CERNA

ASESOR: DR. JOSÉ ANTONIO BECERRA RUIZ

Huaraz, Perú

2019



FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A
OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____

Teléfono: _____

E-mail: _____

D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

Tesis

Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico

Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Para optar el Título Profesional de:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Línea de Investigación (*): _____

8. Sub-línea de Investigación (*): _____

() Según resolución de aprobación del proyecto de tesis*

9. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

10. Referencia bibliográfica: _____

11. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo.

Acceso restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:



12. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

13. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI “Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA”.

14. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Seleccione la
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



Varillas William Eduardo

Asistente en Informática y Sistemas

- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.





FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION
PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 88 – FDCCPP

MODALIDAD: SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día martes 19 de enero del dos mil veintiuno, se presentaron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", el Jurado Calificador integrado por los docentes:

Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ : **PRESIDENTA**
Abog. PATRICIA AMALIA GAMARRA BENITES : **SECRETARIA**
DR. JOSE ANTONIO BECERRA RUIZ : **VOCAL**

Con el objeto de examinar en Acto Público, la Sustentación Oral de la Tesis, titulada: **"EL SEGURO SOCIAL DE SALUD EN LA LEGISLACION SUBROGADA EN EL PERU"**; del Bachiller **MEDINA CERNA RALPH NILTON**, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el Bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual fue examinado en relación a la Tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : QUINCE (15).

RESULTADO : Aprobado por unanimidad.

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** lo **Declara: APTO**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las nueve horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ
PRESIDENTA

Abog. PATRICIA AMALIA GAMARRA BENITES
SECRETARIA

DR. JOSE ANTONIO BECERRA RUIZ
VOCAL

DEDICATORIA

A Dios, a mis padres y a mi familia



AGRADECIMIENTOS

A los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, quienes contribuyeron en mi formación profesional y en mi amor por la justicia.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema	3
1.2 Formulación del problema	5
1.2.1 Problema principal	5
1.2.2 Problemas específicos	5
1.3 Fundamentación del problema	6
1.4 Justificación y viabilidad.....	6
1.4.1 Justificación	6
1.4.2 Viabilidad.....	8
1.5 Objetivos	9
1.5.1 Objetivo general.....	9
1.5.2 Objetivos específicos	10
1.6 Formulación de hipótesis	10
1.6.1 Hipótesis general.....	10
1.6.2 Hipótesis específicas	10
1.7 Variables	11
1.7.1 Identificación de variables	11
1.7.2 Operacionalización de variables	11
1.8 Metodología de la investigación	12
1.8.1 Tipo y diseño de investigación.....	12
1.8.2 Métodos de investigación.....	13
1.8.3 Plan de recolección de la información	15
1.8.4 Instrumentos de recolección de la información	15

1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de información	16
1.8.6 1.8.6 Unidad de análisis y muestra	17
1.8.7 Técnica de validación de la hipótesis.....	18
1.8.8 Contexto	19

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación	20
2.2 Bases teóricas	26
2.2.1 Neoconstitucionalismo.....	26
2.2.2 La maternidad subrogada y/o vientre de alquiler.....	29
2.2.3 Teoría sobre la contratación en el Perú.....	42
2.2.4 La seguridad social	55
2.3 Definición de términos.....	60

CAPÍTULO III RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios	63
3.1.1 La maternidad subrogada como contrato.....	63
3.1.2 Seguridad social en el Perú	67
3.1.3 Sistemas normativos o contributivos de seguridad social.....	94
3.1.4 Principios de seguridad social.....	97
3.1.5 Seguridad social en salud.....	107
3.1.6 Derecho de cobertura	130
3.1.7 Latencia (derecho especial de cobertura por desempleo)	131
3.2 Resultados normativos	135
3.2.1 Derecho interno.....	135
3.2.2 Derecho internacional	135
3.2.3 Derecho comparado	138
3.3 Resultados jurisprudenciales.....	142
3.3.1 Poder Judicial.....	142
3.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos:	150

CAPÍTULO IV
DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1 Discusión doctrinaria	154
4.1.1 Posturas o argumentos a favor	154
4.1.2 Posturas o argumentos en contra.....	156
4.1.3 Posición o argumentos personales	158
4.2 Discusión normativa	159
4.2.1 Análisis o discusión de la normatividad interna	159
4.2.2 Análisis o discusión de la normatividad internacional.....	160
4.2.3 Análisis o discusión del derecho comparado	160
4.3 Discusión jurisprudencial.....	163
4.3.1 Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial	163
4.3.2 Análisis o discusión de la jurisprudencia de la CIDH	163
4.4 Validación de hipótesis	164
4.4.1 Argumento 1: Argumento doctrinario.....	164
4.4.2 Argumento 2: Argumento normativo.....	166
4.4.3 Argumento 3: Argumento jurisprudencial	167
CONCLUSIONES	169
RECOMENDACIONES	171
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	172
ANEXOS	

RESUMEN

La presente investigación analizó la seguridad social de salud y la gestación subrogada en el Perú, y tuvo como finalidad estudiar la protección universal que tiene toda persona sobre su salud, no solo como obligación del Estado, sino como obligación especial hacia la mujer gestante, parte débil de la relación de vientre de alquiler, pues ella sufre los riesgos que generan dichas prácticas que en la actualidad se han vuelto regulares y continuas en el Perú. El objetivo general se centró en las consecuencias y repercusiones que generan su no reconocimiento legal. La investigación desarrollada fue de tipo dogmático-jurídico, que cuestionó si corresponde establecer si se cumplen los principios y fundamentos de la seguridad social aplicados al caso de la mujer que se encuentra bajo vientre de alquiler o gestación subrogada. Los métodos empleados fueron propios del campo jurídico, como el método exegético, dogmático, hermenéutico, argumentativo y lógico. Los resultados de la investigación permiten concluir que el vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú se debe a que la negociación, celebración y ejecución de la gestación subrogada no se ha incorporado como contrato, que permitan establecer las condiciones del seguro de salud y vida a favor de la madre gestante. Las técnicas e instrumentos empleados en la investigación fueron el análisis documental y la bibliográfica, y se emplearon como instrumentos el análisis de contenido y las fichas, textual, de comentario y de resumen.

Palabras clave: Derechos sociales, derechos fundamentales, gestación subrogada, seguridad social y salud.

ABSTRACT

This research analyzed social health security and surrogacy in Peru, and its purpose was to study the universal protection that everyone has over their health, not only as an obligation of the State, but also as a special obligation towards the pregnant woman, a weak party in the surrogacy relationship, since she suffers the risks generated by these practices, which have now become regular and continuous in Peru. The general objective was focused on the consequences and repercussions generated by their non-legal recognition. The research developed was of a dogmatic-legal type, which questioned whether it is appropriate to establish whether the principles and foundations of social security are complied with as applied to the case of women who are under surrogacy or surrogate pregnancy. The methods used were typical of the legal field, such as the exegetical, dogmatic, hermeneutic, argumentative and logical methods. The results of the research allow concluding that the normative vacuum in the regulation of health and life insurance in surrogacy in Peru is due to the fact that the negotiation, celebration and execution of surrogacy has not been incorporated as a contract, which allow establishing the conditions of health and life insurance in favor of the surrogate mother. The techniques and instruments used in the research were the documentary and bibliographic analysis, and the content analysis and the textual, commentary and summary cards were used as instruments.

Keywords: Social rights, fundamental rights, surrogacy, social security and health.

INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada constituye una alternativa real a la reproducción sexual entre una mujer y un hombre, y se da por la intervención de la ciencia y la técnica con la finalidad de garantizar la reproducción para aquellas personas que, por múltiples factores, no pueden tener hijos, para quienes los avances tecnológicos modernos se han convertido en nuevas formas de reproducción asistida, como es el vientre de alquiler.

El vientre de alquiler o gestación subrogada constituye la tercerización del embarazo a la madre que prestará su vientre a favor de otra madre, estableciéndose en algunas ocasiones las diferencias entre padres biológicos y padres subrogados. En el Perú, la configuración de la gestación subrogada como contrato o acto jurídico es un tema que no se ha resuelto, por lo que su reconocimiento legal genera indefensión a la parte más débil de esta relación: la madre gestante, que, al no contar con reconocimiento legal, también va en desmedro de su seguridad social, así como de su salud y vida.

Desde la perspectiva metodológica y teórica, el informe de investigación ha sido estructurado en cuatro capítulos.

El capítulo I, referido al problema y la metodología de la investigación, describe el problema, analiza y realiza pronóstico del estado actual de la seguridad social en salud y la gestación subrogada. Así, se formulan los problemas, objetivos, hipótesis y variables. En la parte metodológica, la investigación tiene una profundidad científica a nivel descriptivo, pues se enmarcó la problemática en una tesis jurídico-dogmático-normativa. Así mismo, se trata de una tesis del nivel comprensivo e integrativo. El diseño general empleado en la investigación fue de

tipo no experimental, de corte transversal; por ello, se emplearon diversos métodos de investigación jurídica.

El capítulo II trata sobre el marco teórico, que incluye a los antecedentes de la investigación de tesis realizadas; así mismo, se fundamenta la teoría del neoconstitucionalismo para establecer la tendencia de los tópicos desarrollados sobre el seguro social, la maternidad subrogada y la teoría de la contratación.

El capítulo III presenta los resultados y la discusión de la investigación, en donde se puede advertir el estado normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la seguridad social en salud y la gestación subrogada.

Finalmente, en el capítulo IV se presenta la validación o contrastación de las hipótesis de la investigación, tanto la general como las específicas.

En el colofón de la investigación, se desarrollan las conclusiones y recomendaciones encaminadas a destacar los efectos positivos y negativos dentro de los principios y reglas sobre la seguridad social en salud y la gestación subrogada.

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

Hoy en día, la problemática de la maternidad subrogada deviene que hay que tener en cuenta que, si no se trata de una gestación subrogada altruista, este proceso reproductivo puede tener un elevado coste al que no pueden hacer frente muchas parejas o personas que desean convertirse en padres y madres solteros. Por lo tanto, el primer inconveniente de la maternidad subrogada, y también el más evidente, es su elevado precio.

La maternidad subrogada no está legalizada en la mayoría de los países del mundo. Tan sólo son unos pocos países los que actualmente han legalizado este proceso. Esto implica que las personas que desean convertirse en padres tendrán necesariamente que viajar a algunos de estos países para poder conseguir su sueño.

Sin embargo, la principal desventaja de la gestación subrogada tiene que ver con los sentimientos de los padres implicados en todo el proceso de la gestación subrogada. Y es que, en ocasiones, las personas que desean convertirse en padres y madres pueden ver truncados sus deseos, si la madre de alquiler se echa atrás durante este proceso. Esto suele ocurrir, sobre todo, en los casos en los que los óvulos pertenecen a la madre de alquiler, ya que ella también es madre biológica del niño, y puede decidir revocar el proceso en cualquier momento, y seguir adelante con su embarazo.

Asimismo, a esto hay que añadir que la maternidad o paternidad subrogada puede convertirse en un proceso que comporte mucha ansiedad y momentos de altibajos e incertidumbres, debido a que los futuros padres no viven el día a día

junto a la madre gestante, y no pueden compartir con ella los momentos más importantes del embarazo. Recuerda que puedes leer varios consejos sobre cómo controlar el estrés provocado por la infertilidad.

Se ha establecido la problemática de la resaltante y priorizada es la falta de regulación del Seguro de Salud en la Gestión Subrogada en el Perú, que se traduce en un vacío normativo, pues como se sabe no únicamente se puede dar el caso de la omisión legislativa sobre la gestión subrogada, sino también el descuido de la protección física y de la vida de la madre gestante y así mismo del concebido.

Ante la problemática de la omisión legislativa sobre regulación de las condiciones y cobertura del seguro de salud y vida a favor de la madre gestante en caso de maternidad subrogada en el Perú, trae como consecuencia la falta de protección a la madre gestante y al concebido.

Esta desprotección a la madre gestante y al concebido, son claramente contravenciones a los principios constitucionales del Estado peruano que protegen a estos sujetos de protección especial.

En el caso de la madre gestante en caso de maternidad subrogada y del concebido, tiene diversos riesgos para su salud y su vida desde el inicio de la concepción, en el nacimiento y la recuperación después del parto; sin embargo, dichas condiciones no se encuentran cubiertos por seguros.

La falta de seguro del concebido y la madre gestante, es una problemática repetitiva a nivel internacional, que deviene de la poca o nula regulación de la maternidad subrogada en los Estados, dejando dichas actividades al acuerdo o regulación de los privados, sin que el Estado establezca condiciones mínimas de

cuidado y protección de los sujetos de derecho especiales de protección tales como el concebido y la madre gestante.

Con la finalidad de solucionar el problema de la falta de cobertura y protección de los seguros de salud y vida en los supuestos de gestión subrogada en el Perú, se puede establecer diversos fundamentos constitucionales provenientes de la madre gestante y el concebido; es en este sentido que debe primero el Estado regular la maternidad subrogada, estableciendo diversos criterios o lineamientos bajo la optimización de los principios constitucionales señalados.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema principal

¿Cuál es el vacío normativo en la regulación del seguro de salud en la gestación subrogada en el Perú?

1.2.2 Problemas específicos

- 1) ¿Qué limitaciones normativas presenta el seguro de salud y vida respecto a la gestación subrogada en el Perú?
- 2) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas del vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú?
- 3) ¿Cuáles son los fundamentos jurídico-constitucionales para suplir el vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú?

1.3 Fundamentación del problema

La gestación subrogada ha generado consecuencias jurídicas tales como el establecimiento de la filiación de paternidad. Así mismo, también se advierten problemas sobre la relación entre la madre gestante y la madre o familia que ha realizado dicho encargo; en ese sentido, se evidencian diversos actos jurídicos cuestionados en su validez.

Sin embargo, el problema de la validez de los actos jurídicos que se realizan no resulta ser impedimento para que los ciudadanos acudan a esta forma biotecnológica de poder ser padres.

De esa manera, el deseo de ser padres lleva a descuidar la seguridad jurídica de la madre gestante, pues no se establece ninguna regulación sobre su seguridad de vida o salud, que garantice su integridad y vida.

1.4 Justificación y viabilidad

1.4.1 Justificación

1.4.1.1 Justificación teórica

Las leyes tienen que estar conforme con los cambios sociales, políticos y económicos de la población, de ahí nacen las implementaciones de nuevas figuras legislativas que tienen que adecuarse a las nuevas necesidades de la sociedad. Es así que, con el fin de contar con una legislación actualizada que ofrezca soluciones satisfactorias a los cambios de los paradigmas de la sociedad, surgió la idea de implementar la figura jurídica de la maternidad subrogada (gestación subrogada), que tiene lugar cuando una mujer gesta o lleva en su vientre un bebé para otra mujer.

La presente investigación se justifica teóricamente en los sistemas, principios y reglas del seguro en la contratación civil en el Perú. Así, se podrá establecer el alcance de la teoría general del contrato de seguro de salud y vida sobre la maternidad subrogada.

El interés que impulsó la realización de esta investigación fue la correcta legislación de la gestación subrogada respetando los derechos constitucionales de los intervinientes, y la satisfacción de la necesidad social respecto a esta práctica, además de los prospectivos derechos sociales que les asiste.

1.4.1.2 Justificación metodológica

El paradigma metodológico que justifica la presente investigación es el de la perspectiva cualitativa, toda vez que se realizó una investigación dogmática, sustentada en principios y reglas sobre la maternidad subrogada y la teoría general de la contratación del seguro. Se investigó en consideración a conceptos y comprensiones partiendo de pautas de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías, principios y reglas jurídicas preconcebidas.

La presente investigación, para ser confiable como conocimiento científico, propone técnicas y medidas procedimentales para resolver los problemas normativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

1.4.1.3 Justificación social

La investigación tiene relevancia social, pues estudia un problema de interés social, como el de la gestación subrogada y la teoría general del seguro, y en forma específica la normatividad civil.

1.4.1.4 Justificación jurídica

La justificación jurídica y legal de la investigación se encuentra en:

- Constitución Política del Perú,
- Ley Universitaria N° 30220,
- Estatuto de la UNASAM,
- Reglamento de Investigación de la UNASAM
- Reglamento de Grados y títulos de la FDCCPP- UNASAM

1.4.1.5 Justificación práctica

La investigación tiende a resolver el problema jurídico de los vacíos que ocasiona la gestión subrogada y su aplicación concreta sobre los seguros de salud y vida.

1.4.2 Viabilidad

1.4.2.1 Viabilidad teórica

En la mayoría de los países latinoamericanos no se ha regulado aún la maternidad subrogada; solo se ha legalizado en los Estados federales de Tabasco (mediante Decreto 265 de fecha 14.12.2015, publicado el 13 de enero de 2016; mediante el cual se adiciona el Capítulo VI, “De la Gestación Asistida y Subrogada”; integrado por los artículos: 380 Bis 1.2.3.4.5.6 y.7, al Título Octavo “De la Filiación”, perteneciente al Libro Primero) y el Estado de Sinaloa (mediante Decreto N° 742 Código Familiar del Estado de Sinaloa, arts. 282 al 297 del Capítulo V, De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada del Título Octavo “De la Filiación”), pertenecientes al país de la República de México.

En el Perú, se han presentado casos con relación a la maternidad subrogada, que han sido resueltos por el Poder Judicial, pero son pocos las que la tutelan.

La presente investigación se podrá concretar del análisis de la gestación subrogada y la teoría general de los seguros definiendo los sistemas, teorías, principios y reglas, así como en su doctrina y jurisprudencia. Además, la investigación servirá de antecedente o marco referencial a futuras investigaciones que se ocupen de este tema de estudio.

1.4.2.2 Viabilidad temporal

En la presente investigación se estudió los avances que tuvieron lugar durante el año 2019.

1.4.2.3 Viabilidad Social

El estudio se realizó respecto de la aplicación normativa de la gestación subrogada y, además, en torno a lo fundamentado en la teoría general del seguro desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo-jurisprudencial.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo general

Determinar cuál es el vacío normativo del contrato de seguro de salud en la gestación subrogada en el Perú.

1.5.2 Objetivos específicos

- 1) Describir las limitaciones normativas que presenta el seguro de salud y vida respecto a la gestación subrogada en el Perú.
- 2) Analizar son las consecuencias jurídicas del vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú.
- 3) Explicar cuáles son los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú.

1.6 Formulación de hipótesis

1.6.1 Hipótesis general

El vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú se debe a que la negociación, celebración y ejecución de la gestación subrogada no se ha incorporado como contrato, con el cual se puedan establecer las condiciones del seguro de salud y vida a favor de la madre gestante.

1.6.2 Hipótesis específicas

- 1) La escasa regulación normativa y la falta de una congruente política de maternidad constituyen las limitaciones normativas que presenta el seguro de salud y vida respecto a la gestación subrogada en nuestro país.
- 2) Las consecuencias jurídicas del vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú: falta de protección de la salud y la vida de la madre gestante.

- 3) Los fundamentos jurídicos constitucionales de la seguridad social servirán para suplir el vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú.

1.7 Variables

1.7.1 Identificación de variables

Hipótesis General	Hipótesis específicas	
	Primera	Segunda
<u>Variable independiente</u> Seguro social en salud Indicadores: Sujetos Objeto Obligaciones <u>Variable dependiente</u> Gestación subrogada Indicadores: Madre portadora Madre sustituta Ovodonación Embriodonación	<u>Variable independiente</u> Consecuencias jurídicas Indicadores: Integridad física. La vida. <u>Variable dependiente</u> Gestación subrogada Indicadores: Madre portadora Madre sustituta Ovodonación Embriodonación	<u>Variable independiente</u> Fundamentos constitucionales Indicadores: La protección de la mujer embarazada. El interés superior del niño <u>Variable dependiente</u> Gestación subrogada Indicadores: Madre portadora Madre sustituta Ovodonación Embriodonación

1.7.2 Operacionalización de variables

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores
(X) Contrato de Seguro	Sistemas, teorías, conceptos y definiciones sobre el Contrato	Permitirá conocer las bases de la teoría general de la contratación	Sujetos Objeto Obligaciones
(Y) Maternidad Subrogada	Fundamentos y conceptualizaciones sobre la maternidad subrogada	Permitirá conocer la maternidad subrogada en sus diversas formas.	Madre portadora Madre sustituta Ovodonación Embriodonación

1.8 Metodología de la investigación

1.8.1 Tipo y diseño de investigación

1.8.1.1 Tipo de investigación

Como ciencia particular el tipo de investigación es dogmática jurídica, toda vez que se toma como fuente fundamental del estudio el sistema normativo. El tipo de investigación desde la ciencia general resultaría ser una investigación descriptiva (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014); por su profundidad en el estudio, la investigación es de tipo descriptivo, ya que establece la descripción de conceptos, definiciones, caracterizaciones, divisiones y comparaciones.

Un paradigma integrativo que el derecho debe superar es la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales, conforman el paradigma holístico que no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más (Witker, 2008).

Desde el punto de vista holístico aplicado a la investigación del derecho, la investigación también tiene el nivel comprensivo porque tiene como objeto proponer los criterios jurídicos asumidos.

1.8.1.2 Diseño de investigación

1.8.1.2.1 General

Correspondió al diseño no experimental, debido a que no se manipuló la variable independiente, así como tampoco se tuvo grupo de control ni experimental;

“su finalidad será [fue] estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia” (Robles, 2012, p. 34).

De modo general, se empleó el diseño transversal (Hernández, 2010, p. 151), cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único, con el propósito de describir las variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2019.

1.8.1.2 Específico

Se utilizó el diseño el diseño causal-explicativo (Hernández, 2010, p. 155), toda vez que se identificó las causas de la ocurrencia de las variables, categorías o conceptos en un momento determinado, y luego se explicó el comportamiento de las mismas en función de la relación causa-efecto.

1.8.2 Métodos de investigación

Los métodos específicos que se emplearon en la investigación jurídica fueron:

a) Método dogmático. Método que estuvo orientado al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones para afinar los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, así como estudiar las instituciones del Derecho con el propósito de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.

Es de notar que el derecho al estar conformado por instituciones, estas pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a

consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleó en la investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

b) Método hermenéutico. En sentido amplio, este método se orienta a la observación de algo, al cual le busca significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo el objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones, el empleo de este método resultó necesario para la teorización del trabajo.

c) Método exegético. A través del método exegético, se estudiaron las normas jurídicas sobre el problema de investigación, con la finalidad de captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad.

En este extremo, se estableció las interpretaciones de las normas vigentes, partiendo de las interpretaciones literales y teleológicas, así como de la interpretaciones amplias y escritas sobre el despido, la actuación administrativa y la tutela procesal efectiva con la finalidad de desentrañar su sentido.

d) Argumentación jurídica. La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante la concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. Se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y

correctamente, conclusiones que, según el caso, afirme o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

Esta investigación se enfocó desde las perspectivas de los principios frente a las reglas. De ese modo, se partió del principio de protección frente al despido arbitrario, así como el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, y con base en dichos principios se estableció diferentes reglas desarrollan y materializan dichos principios.

1.8.3 Plan de recolección de la información y/o delimitación de la investigación

1.8.3.1 Población

- a) Universo físico: Constituido por el ámbito nacional y mundial.
- b) Universo social: Se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia.
- c) Universo temporal: La investigación se circunscribe al año 2018-2019.

1.8.4 Instrumentos de recolección de la información

En el recojo de la información se empleó la técnica del análisis documental, cuyo instrumento fue el análisis del contenido; asimismo, se empleó la técnica bibliográfica, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, de resumen y de comentario.

El estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, con los cuales se pudo tener una visión sistemática e integral del problema de estudio.

Finalmente, para la validación de las hipótesis, se formuló con base en el logro de los objetivos de investigación, cuyo diseño de trabajo operacional implica trabajar con la información encontrada en las diversas fuentes y procesarla con la técnica de la argumentación jurídica.

1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de información

1.8.5.1 Estrategias o procedimientos de recogida de información

- 1) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la técnica documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales y de resumen.
- 2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el método de argumentación jurídica.
- 3) Para la obtención de información de la presente investigación, se utilizaron los métodos cuantitativo y cualitativo, y a través de estos se recogieron datos numéricos y opiniones o valoraciones sobre el problema planteado.

1.8.5.2 Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido. En el uso de este instrumento, se siguieron los siguientes procedimientos:

- Selección de la comunicación estudiada;

- Selección de las categorías.
- Selección de las unidades de análisis, y
- Selección del sistema de recuento o de medida.

Criterios. Los criterios del presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación empelando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6 1.8.6 Unidad de análisis y muestra

1.8.6.1 Unidad de análisis

Para justificar la presente unidad de análisis se tuvo en cuenta el universo social, el cual se circunscribió a la dogmática, normatividad, jurisprudencia, es así, que el universo y la muestra se corresponden en forma total. La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios en la presente investigación estuvo conformada por documentales, siendo estos la doctrina jurisprudencial, normatividad del tema señalado.

1.8.6.2 Muestra

Se empleó la muestra no probabilística, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características

de abogado-investigador; no se basa en fórmulas de probabilidad, sino depende del proceso de toma de decisiones.

Marco muestral: Normatividad, doctrina y jurisprudencia.

- Procedimiento de selección: dirigida.
- Tipo de muestra dirigida: La muestra dirigida es de sujetos-tipos, ya que se buscó la profundidad y riqueza de la información.
- Técnica muestral: técnica intencional (la muestra fue escogida).
- Tamaño de la muestra: no se puede medir por ser cualitativa.
- Unidad de análisis: documentos

1.8.7 Técnica de validación de la hipótesis

La dimensión teórica de la presente investigación jurídica se evaluó mediante la contratación de las hipótesis planteadas y a través la argumentación jurídica (o conocida como argumentación jurídica estándar, AJE). Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Para conseguir este tipo de validez se deben fomentar procesos de cristalización más que de triangulación. Laurel Richardson sugiere que: «la imagen central para «la validez» de los textos postmodernos «... no es el triángulo, una figura rígida, fijada y en dos dimensiones. Más que esta figura, la imagen central o la figura central es el cristal, el cual combina la simetría y la sustancia con una infinita variedad de formas, sustancias, transmutaciones, multidimensionalidades,

y ángulos de aproximación. Los cristales son prismas que reflejan la parte externa y se refractan sobre ellos mismos, creando diferentes colores, modelos, llevándote por diferentes direcciones y caminos. Lo que nosotros vemos depende de nuestro ángulo de reposo. No es la triangulación sino la cristalización lo que se debe fomentar en los procesos de investigación cualitativa. En la postmodernidad, con textos en donde se mezclan géneros, nosotros nos movemos desde la teoría de la geometría plana a la teoría de la luz, donde la luz puede ser tanto onda como partícula. La cristalización, sin perder la estructura, que construye la idea tradicional de «validez» pues permite mostrar que no existe una verdad singular, la cristalización nos proporciona una comprensión de los temas, parcial, dependiente y compleja».

1.8.8 Contexto

El contexto es el lugar donde se realizó la investigación, que, en este caso, es la ciudad de Huaraz, pero resulta ser una investigación cualitativa que tiene que ver con apreciación del tema señalado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

A nivel internacional, se encuentra la tesis de Antonio (2012), denominada *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?*, para optar el título de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, en la Universidad Alberto Hurtado de Chile, quien arriba a las siguientes conclusiones:

(1) La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo, un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas.

(2) La existencia de un derecho a procrear en Chile fundamentado bajo la teoría del derecho fundamental adscrito y su conexión con otros derechos fundamentales reconocidos expresamente por nuestra Constitución cuando asegura a todas las personas, permitió no sólo definir las cualidades que definen la persona humana, entre ellas el ejercicio de la reproducción, sino que además proponer el ejercicio por intermediación del derecho a procrear, cuando este se sirve de la maternidad subrogada. (pp. 69-70)

En el contexto nacional, se encontró la tesis de Delgado (2019), *Análisis de la maternidad subrogada desde el derecho civil y derecho constitucional*, para optar el título profesional de abogado, en la que llegó a las siguientes conclusiones:

(1) Tras el análisis civil realizado, al acuerdo de maternidad subrogada, se concluye que, pese a que se ha pretendido conferir revestimiento de contrato, este no lo es; puesto que, para serlo, primero debe cumplir con los requisitos legalmente establecidos por el Código Civil, en su artículo 140 y, a contrario sensu, artículo V del título preliminar, para ser un acto jurídico válido. Si bien las partes pueden manifestar de manera libre y consciente, su voluntad de querer obligarse entre sí, el objeto y causa de tal acuerdo no están ajustados a Derecho. Asimismo, su celebración y ejecución contravienen normas y principios que le interesan al orden público y a las buenas costumbres. Esto quiere decir que los acuerdos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho.

(2) Realizado el análisis constitucional, la conclusión arribada por el derecho civil es confirmada. Los acuerdos de maternidad subrogada son inválidos, por cosificar los cuerpos de las mujeres que acceden a actuar como madres subrogadas y objetivar a los niños que están por nacer, fruto de la aplicación de esta técnica. Esto, porque, dichos acuerdos desconocen y lesionan la dignidad que le es debida a todos ellos, dignidad que, desde el primer momento de su existencia le es atribuida por el hecho de ser persona; así como, atentan contra los principios y derechos que brotan de ella, como lo es el principio del interés superior del niño, su derecho a la identidad, entre otros. Es decir, tales acuerdos reducen a la persona a un medio para satisfacer deseos personales y familiares, lo cual es incorrecto; pues, el ser humano no es un bien, ni dentro ni fuera del comercio de los hombres. Por tal motivo, no han de ser promovidos ni protegidos por el Derecho.

(3) El deseo de toda persona de tener familia es legítimo. Esto *per se*, no es antijurídico. Es más, justifica el reconocimiento del derecho fundamental a fundar una familia. Sin embargo, los que realmente resultan lesivos a la dignidad humana, son los medios de los que se valen los sujetos para materializar el deseo y, al mismo tiempo, el derecho. Por tal motivo, la maternidad subrogada, al ser una vulneración a la dignidad humana de las personas involucradas, aunque se invoquen argumentos aparentemente fuertes, ha de ser prohibida e incluso sancionada. Esto es porque no todo lo físico o científicamente posible es jurídicamente amparable.

(4) Las personas, para materializar su deseo de tener descendencia, en lugar de optar por las técnicas de reproducción asistida, podrían recurrir al procedimiento de adopción; por el cual un niño es incorporado en una familia y no es el producto de la celebración y ejecución de un convenio entre particulares; convenio respecto del cual, tras haber sido analizado a la luz del derecho civil y constitucional, se afirma y defiende categóricamente su incompatibilidad, por una parte, con las instituciones y categorías jurídicas, y, por otra, con los principios, valores y derechos que informan el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el procedimiento de adopción es respetuoso y tuitivo de la dignidad que le es debida al menor, como a todas las personas. Por consiguiente, el Estado, en lugar de promover la legalización de la subrogación gestacional, debería apuntar a reducir la burocracia para la adopción, sin que ello signifique dejar desprotegido al infante. (pp. 91-92)

Por su parte, Ticse (2018), en su tesis titulada *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana*, para optar el grado académico de maestro en Derecho con mención en derecho civil y comercial en la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, desarrolla una investigación dogmática jurídica, y arriba a las siguientes conclusiones:

(1) De la presente investigación se ha llegado a comprobar que la regulación legal de la figura de filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, sería beneficioso para el derecho peruano, pues existiría marco legal, frente a una disyuntiva, entre la madre genética, la gestante y el que anhela ser padre.

(2) Se ha llegado a concluir que la reproducción asistida heteróloga, es una alternativa para aquellas parejas que quieren tener hijos y no pueden porque son estériles, frustrando así su ideal de formar una familia.

(3) Se ha llegado a concluir que toda persona tiene derecho a formar una familia, consiguientemente a beneficiarse del avance científico de la ciencia, en este caso la técnica de reproducción asistida heteróloga, por ello urge una modificatoria al derecho civil peruano en el extremo que se regularice la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.

(4) En caso de existir disyuntiva, entre la madre gestante, frente a aquella que anheló ser madre, deberá preferirse a esta última, pues lo que debe primar no es lo genético, sino lo anhelado. (p. 52)

Además, Canessa (2011), en su tesis denominada *La filiación en la reproducción humana asistida*, para optar el grado académico de Doctor en

Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, desarrolla una investigación jurídica, arribando a las siguientes conclusiones:

(1) El Derecho como ciencia y creación social no es inmutable, inmodificable, inamovible, sino es variable y dinámico en esencia. Sin embargo, se advierte que el Derecho no avanza a la par con el vertiginoso avance científico y tecnológico desarrollado por las ciencias biomédicas, dándose por ello una suerte de asincronismo entre el Derecho y la realidad, no regulándose esta de manera inmediata.

(2) El asincronismo que se da entre el Derecho y la realidad, debido a que en ésta el avance científico impuesto por la tecnología deviene en vertiginoso, es audaz, con tendencia liberal, a diferencia del derecho que cumple o mantiene un rol conservador; por lo que se hace imperativo que nuestras normas jurídicas sean revisadas periódicamente, a la luz de las instancias éticas, jurídicas y morales; a fin de contar con un ordenamiento jurídico remozado, actual y adecuado a las cambiantes situaciones de la realidad social científica y tecnológica.

(3) La carencia de una ley específica o *ad hoc* sobre técnicas de reproducción humana en el Perú y menos aún la de una teoría del derecho genético conlleva que nuestros magistrados en una suerte de *lege data* recurran a los principios generales del Derecho para resolver las controversias que se suscitan en torno a la filiación como consecuencia de la aplicación de dichas técnicas, habida cuenta que el juzgador no puede dejar de administrar justicia por vacío, defecto o deficiencia de la ley.

(4) Un dato de nuestra realidad nacional es la utilización, cada vez más recurrente, de las técnicas de reproducción humana asistida por miembros de nuestra sociedad, a pesar de que éstas técnicas no han merecido mayor tratamiento por parte de nuestra legislación; de esta forma, los límites en su aplicación ha quedado supeditada a la particular formación ética de cada uno de los operadores de los servicios de salud que las aplican y de los escrúpulos, o de la falta de ellos, de los que se valen los usuarios de éstas.

(5) Dada la utilización efectiva y real de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra realidad, el legislador nacional no puede asumir posturas como la de los integrantes de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, que en un momento determinado prohibieron la aplicación de la fecundación in vitro en su país, pues tal hecho supondría negar una situación de hecho incontrovertible y considerar que las normas jurídicas pueden cambiar la realidad fáctica, cuando en realidad son las normas las que deben adecuarse a las constantes cambios que se producen en la sociedad en que se aplican; por tal motivo consideramos errada la postura abstencionista que se aplica entre nosotros, pues hasta el momento no se norma o regula jurídicamente en nuestro país, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

(6) El desarrollo biotecnológico logrado hoy en día muy especialmente, en la procreática asistida, a trastocados principios jurídicos tradicionales en materia de Personas, Familia, Sucesiones y muy especialmente dentro del Derecho de Familia en lo concerniente a la filiación y sus consecuencias jurídicas como tema de mayor repercusión.

(7) Haciéndose patética la necesidad de modificar nuestra legislación sustantiva con el carácter de urgente necesidad se hace imperativa la incorporación de una sección especial en el Derecho de Familia o la promulgación de una ley que regule lo concerniente a la filiación a través de las técnicas de la reproducción humana asistida.

(8) Para la incorporación definitiva de una sección especial en el libro de familia del Código Civil vigente o la promulgación de una ley que regule la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, o la promulgación de una ley sobre la materia (que regule la filiación civil) es necesario y conveniente que el legislador nacional propicie y cree un escenario adecuado de reflexión y desarrollo en el que participen todos los integrantes del debate bioético, que se rodee de científicos que conozcan a profundidad las técnicas en cuestión, para que así, se logre un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana. (pp. 211-212)

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Neoconstitucionalismo

Se puede señalar que el llamado neoconstitucionalismo es una doctrina de caracteres difusos. Entre los autores que a menudo son adscritos a la misma los más mencionados son Dworkin, Alexy, Nino o Zabrebelsky. Ciertamente, son importante las diferencia entre todos ellos, lo cual marca una primera dificultad para decantar esos elementos comunes que permitirían identificar esa doctrina

neoconstitucionalista, que ha sido a veces calificado como nuevo paradigma. Posiblemente la formulación más radical y terminante del neoconstitucionalismo aparece en el libro *El derecho dúctil* de Gustavo Zabrebelsky, obra que ha tenido importante eco, pero que no deja de ser producto de menor enjundia que los escritos capitales de los otros autores mencionados. En cualquier caso nos hallamos ante una teoría que no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia, por lo que sus caracteres deben ser espigados de aquí y allá, más contruidos como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante y presente en la teoría constitucional y jusfilosófica de hoy y, muy particular, en la propia jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales, que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien preciso y delimitados (García, 2013, p. 313).

El término “neoconstitucionalismo”

... es empleado en mi libro para indicar la perspectiva iusfilosófica que se propone como vía media entre el ius positivismo y iusnaturalismo: doctrina de la cuales el neoconstituiconalismo habría, por así decirlo, eliminando los defectos y reunido las virtudes. En particular, esta doctrina permitiría evitar el defecto del legalismo iuspositivista (o sea el legicentrismo y la aplicación formalista del principio de legalidad, que no mira a los contenidos de las normas sino solo a sus formas, o sea a su mera validez formal) a través de la importancia jurídica atribuida y reconocida en la constitución, sobresaliendo e incentivando la invasividad. Observando las cosas desde la perspectiva neoconstitucionalista, en efecto, la “gran división” no se plantearía entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, sino entre un tipo

constitucionalista y un tipo legalista de concebir el derecho y el sistema jurídico. (Pozzolo, 2013, p. 55)

Debemos tener presente que:

El neoconstitucionalismo adopta una noción específica de constitución que ha sido denominada “modelo normativo de la constitución concebida como norma. La constitución así identificada resulta dotada de una amplia permisividad en grado de condicionar todo el ordenamiento remodelando las relaciones sociales y perdiendo su labor de limitar el poder y la misma ley, que había caracterizado al constitucionalismo liberal. La constitución invasiva se configura como constitución —dirección o como constitución— fin: como un proyecto jurídico que debe ser desarrollado. Tal documento no es (más) reducible al acto fundacional del sistema jurídico, del cual precisamente “desciende o deriva” la restante parte del ordenamiento presuponiendo en ello la unidad del sistema mismo. (Pozzolo, 2013, p. 56)

En efecto los valores son centrales en las tesis del neoconstitucionalismo pues son estándares morales hoy positivizados; ellos se encuentran principalmente en la Constitución “formal” pero no solo allí: la materia constitucional puede encontrarse también en diferentes fuentes. Por tanto, todo lo que entra en relación con el derecho (todo “operador jurídico”) tiene la tarea de constitucionalizar del ordenamiento”. Otro aspecto, viceversa, resalta la naturaleza de los principios respecto a las otras normas jurídicas, sostiene la exclusiva competencia de un “juez especial”, solo competente para aplicar y actuar la constitución (Perini, 2013, p. 98).

La teoría neoconstitucionalista de la interpretación del derecho puede ser resumida, siguiendo a Pozzolo (2013), en seis puntos:

1) El caso típico de interpretación jurídica está representado por la técnica de la ponderación entre principios; 2) no es posible distinguir entre interpretación y aplicación del derecho; 3) la interpretación del derecho no es significativamente diferente de la interpretación de otros sectores de experiencia; 4) el razonamiento jurídico es un tipo particular de razonamiento práctico; 5) la técnica de la ponderación permite excluir la discrecionalidad del intérprete (en otras palabras: es siempre una única solución interpretativa correcta); 6) a través de la técnica de la ponderación “la doctrina se encuentra facilitada e asumir la tarea de soportar la práctica del derecho y después participar en la construcción del mismo”. (Schiavello, 2013, p. 126)

2.2.2 La maternidad subrogada y/o vientre de alquiler

2.2.2.1 Antecedentes del contrato de maternidad subrogada

La primera referencia que se tiene respecto de contratos para maternidad subrogada mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida proviene del bloque anglosajón. En el año de 1975 en California, Estados Unidos, “un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración” (Eleonora, 2007, p. 23).

Debemos recordar que, al momento de publicarse este aviso periodístico, todavía no se había producido el primer nacimiento mediante la técnica de fecundación *in vitro*. Sin embargo, ya podemos encontrar en el mismo, algunos de los elementos que caracterizan lo que vendría a llamarse el “contrato para la

maternidad subrogada” como son la solicitud de llevar un embarazo por encargo de terceros, y la contraprestación por el servicio que se brinde.

“En los Estados Unidos comenzaron a aparecer un conjunto de agencias y compañías que ofrecían el servicio de intermediar entre los padres que solicitaban el servicio, y las candidatas a madres sustitutas, ello a falta de regulación específica, y en aplicación de los principios del *right to privacy* y el *right to reproduce*” (Moran, 2005, p. 25), derechos que tienen rango constitucional. El desarrollo de dichos contratos pues, se llevaría a cabo en forma absolutamente privada, hasta que se presentara el primer conflicto entre los padres comitentes y la madre sustituta.

El caso más famoso y emblemático es el de la niña llamada Baby M. En el año de 1985, el matrimonio Stern (Elisabeth, una pediatra de 41 años, y William, un bioquímico), contrató con Mary Whitehead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con él bebe, no fumar, no beber, no tener relaciones sexuales que pudieran afectar la fertilización ni el parto y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de U\$S 10.000. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían; asimismo, un estudio de su

personalidad determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe. El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M, invocando el principio del interés superior del niño. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

De otro lado, en el año de 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad. Esta asociación y otras creadas con la misma finalidad se declararon ilegales, y tuvieron que disolverse, e inclusive las que no lo hicieron de mutuo propio, fueron disueltas por orden judicial.

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de

Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción (Moran, 2005).

2.2.2.2 Concepto de maternidad subrogada y/o vientre de alquiler

Para conceptualizar la maternidad subrogada señalaremos algunas definiciones dadas por doctrinarios conocedores en el tema.

Es el contrato por el cual una persona o más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez pueden aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación —aportándolo o no su óvulo— y nacimiento de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio de una prestación económica o a título gratuito. (Moran, 2005)

“El convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto”. (Peralta, 2018, p. 372)

Es entonces que la maternidad subrogada es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos *madre gestacional* y *vientres de alquiler* para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre portadora, se utiliza la fecundación *in vitro* o inseminación artificial, dependiendo del caso.

2.2.2.3 Técnicas que se usan para conseguir el embarazo

Para alcanzar el estado de gestación, la madre subrogada, gestacional o portadora (como se suele llamar en algunas ocasiones), se utilizan técnicas como la fecundación in vitro, o la inseminación artificial, la elección de una técnica u otra depende del caso particular (Araya, 2019).

A. Fecundación *in vitro* (FIV)

La fecundación in vitro (o también llamada FIV) es una técnica de fecundación artificial donde se busca la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides.

Este tipo de fecundación asistida se produce fuera del cuerpo de la madre. De esta forma, extrayendo uno o varios ovocitos de los ovarios maternos, se busca la fecundación de los espermatozoides en el medio líquido. Cuando el ovocito ha sido fecundado (generalmente a esto se le suele llamar preembrión), este se transfiere al útero de la mujer, buscando que este anide en el propio útero, y siga su desarrollo hasta el parto.

B. Inseminación artificial

La inseminación es un método de reproducción asistida, que consiste en depositar espermatozoides de una manera no natural en la futura mujer gestante.

¿Cómo se produce la depositación de espermatozoides? Este tipo de técnica se suele producir con instrumental especializado, usando técnicas que reemplazan a la propia copulación, con el único fin de conseguir un embarazo.

2.2.2.4 Naturaleza jurídica del contrato de alquiler de vientre o subrogación materna

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos, consideramos que dicho contrato; no es netamente de carácter privatista, por el contrario priva en él, el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana, y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo, por lo que compete al interés público del Estado, regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo (guarda, ampara o defiende) y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo él quien prevenga, el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del órgano jurisdiccional con la intervención y derecho de contradicción por parte del Ministerio Público, es por ello que es necesario la autorización judicial para contratar este tipo de servicios, hay algunos que consideran que este tipo de relaciones jurídicas es de interés social, *un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público* (Vidal, 1998, p. 191), por la cual se entiende que dicho acto jurídico como contraveniente a las buenas

costumbres aceptadas, sería nulo, viciado de invalidez y de repudio moral por parte de la sociedad, si bien esta posición es respetada, este punto de vista, no conduce a la solución del problema sino por el contrario lo agrava, ya que es un fenómeno social que requiere solución por parte de la ciencia jurídica, es así que nosotros consideramos que dicha relación es de interés público pero de derecho privado, al igual que el derecho de familia que adopta una enfoque ecléctico (Cornejo, 2004, p. 33).

2.2.2.5 Formas de maternidad subrogada

Según la genética del bebé, la maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

2.2.2.5.1 Maternidad tradicional

En este caso de subrogación tradicional, una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y esta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura. Lo particular de estos casos de inseminación artificial es que la criatura que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de la subrogada. “Se presentan cuando una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y esta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura” (Cano, 2007, p. 68).

Entonces se debe entender que en este tipo de maternidad gestacional la madre aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación *in vitro*.

2.2.2.5.2 Maternidad gestacional

Cuando el óvulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación *in vitro* (Cano, 2007, p. 47).

Este tipo de maternidad se presenta a través de la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada. El consentimiento en la maternidad subrogada claramente se manifiesta antes de la concepción. Este hecho ha estado sujeto a críticas, específicamente se ha argumentado que el consentimiento a la entrega de custodia antes de haber tenido la experiencia de llevar en el vientre a un niño por nueve meses, es uno no informado y por lo tanto no es válido. Este tipo de subrogación también es conocido como alquiler de útero. En estos casos la madre genética de unos embriones, no los puede anidar en su vientre por algún motivo. Bajo esta premisa la misma le pide o contrata a otra mujer para que esta gaste el feto y al nacer le entregue el niño.

- **Ovodonación:** Es el caso inverso a la subrogación gestacional ya que la mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulo, la donante no se encargará de la gestación, ni tampoco del alumbramiento. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana (espermatozoide del marido, óvulo de una mujer cedente y gestación de la mujer).
- **Embriodonación:** La pareja padece de infertilidad absoluta. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita

ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana (el espermato de un cedente, el marido y mujer infértiles, e inseminación a una mujer).

La maternidad subrogada también puede categorizarse según las finanzas de por medio (Araya, 2019).

- a) **Altruista:** Cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se suelen responsabilizar por los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o son necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal.
- b) **Lucrativa:** Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo.

2.2.2.6 Causas para recurrir a la maternidad subrogada

De un lado tenemos las causas que llevan a los padres contratantes a recurrir estas técnicas entre las que destacan: la esterilidad de la pareja o dificultad para tener hijos, unida bien a la imposibilidad o demora para adoptar o al temor por los defectos genéticos de la familia del adoptado, a lo que no se conoce. Asimismo, tenemos el deseo de paternidad de hombres solteros o divorciados o el ansia de

maternidad (de actuar como madres) unida al deseo de no interrumpir la carrera profesional por la gestación.

Por otro lado, las madres subrogadas recurren a esta técnica debido a la necesidad económicas al ser mayormente mujeres jóvenes, de clase de media baja y con estudios de nivel intermedio, otras veces lo hacen por un deseo de experimentar un nuevo embarazo para olvidar el sentimiento de culpa, y la alegría de traer una nueva vida o incluso muchas veces el contrato es celebrado de modo gratuito por ayudar a algún pariente que no ha podido tener hijos por problemas de infertilidad.

2.2.2.7 Principios vulnerados con la maternidad subrogada

- **La protección de la vida y de la dignidad de la persona**

EL principio está regulado en la Constitución Política del Perú: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (art.1). Lo mismo se puede decir sobre la protección de la vida de todo ser humano: la constitución se encarga de garantizar que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...” (art. 2.1). Asimismo, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, “nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” (art.6), ni “nadie será sometido a torturas ni a penas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos o científicos” (art.7). Por su lado, la Convención Americana sobre derechos humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, declara que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción” (art.4.1). La referencia a instrumentos jurídicos de carácter internacional, ya que ellos tienen en nuestro ordenamiento una influencia y obligatoriedad directa, al establecer en la Cuarta Disposición Final y Transitoria: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

En el uso de la técnica de maternidad subrogada es necesaria la inseminación artificial o fecundación in vitro mediante el cual se fertiliza un grupo de óvulos, de los cuales son seleccionados algunos de ellos para ser implantados en el útero materno, con la esperanza de que alguno de ellos en el embarazo se gesten el feto. Pero la ilicitud jurídica no termina aquí, sino que los embriones sobrantes son sometidos a una crioconservación (congelamiento) quedando en manos de los investigadores que lo manipulan si llega o no a implantarse ni a estos embriones. Aquí podemos ver claramente que el embrión es rebajado a la categoría de “cosa” u “objeto” a la deriva de cualquier manipulación para ser implantado (con una poca probabilidad que sea un resultado exitoso de postcongelamiento), y ser tratado como un medio adecuado para permitir la realización de aspiraciones o finalidades de otros, es así pues aparte que con dichos procedimientos se les expone a serios problemas de muerte, se atenta contra su dignidad de seres humanos que en ningún caso consiente en que se les trate como cosas susceptibles de almacenamiento e intercambio. El embrión humano debe ser tutelado de manera afín como el

ordenamiento protege a la persona nacida, lo cual excluye toda manipulación que vulnere su derecho desarrollarse y nacer.

Persona y dignidad son dos realidades inseparables, y toda persona merece ser tratada conforme a justicia, y particularmente conforme a los derechos que le son inherentes: los derechos humanos. Al ser la persona humana el origen, sujeto y fin mismo del Derecho, todo el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger socialmente la dignidad de la persona, *fons omnis iuris*.

- **Interés superior del niño**

La Constitución Política reconoce una protección especial al niño y al adolescente en el artículo 4. Además, establece en el artículo 6, como objetivo de la política nacional de población, la promoción de la paternidad y maternidad responsable; el deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como la igualdad de los hijos sin considerar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación. El Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX: “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”. El Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, asimismo determina que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna..., a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la convención del menor que requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad”.

“La Convención sobre los Derechos del Niño proclama de forma completa los derechos del niño y es la primera en conceder fuerza legal dentro del derecho internacional. El concepto de interés superior del niño hace referencia a la protección integral y simultánea del desarrollo integral de la calidad o nivel de vida adecuado (art.2.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino que también su importancia relativa.

Por lo tanto este principio está relacionado con la maternidad subrogada en la medida que es obligación del estado proteger al niño de toda violencia que pueda ir contra la dignidad, libertad, igualdad, el cual debe garantizar la vida del concebido, protegiéndolo de manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico mental (art. 1 del Código de Niños y Adolescentes), esta protección normativa se hace extensiva a las formas de manipulación genética tales como la fecundación de embriones por mezcla de componentes genéticos, clonación, procesos de hibridación, cesión de útero, ovondación, etc. Así también es contrapeso del principio de verdad biológica ya que exige que al momento de resolver el juez para determinar la filiación del niño engendrado mediante esta técnica (a pesar de ser un acto ilícito) deberá tener en cuenta las circunstancias personales que establezcan determinadas condiciones de protección de vida que implique una mejor protección a los derechos fundamentales, teniendo en cuenta además la necesidad de mantener una relación familiar estable.

La protección de la familia, cuyo cauce de constitución, social, jurídica y éticamente deseable, se encuentra en el matrimonio.

La Constitución hace mención expresa que “la comunidad y el Estado (...) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos declara que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho de la protección de la sociedad y del Estado” (art. 23). Lo propio declara el Pacto de San José de Costa Rica (art.17). Teniendo en cuenta la relevancia jurídica que se otorga a la familia en todos estos textos se puede identificar: la familia es una realidad prejurídica que se valora como un elemento natural, básico o fundamental del orden social al que se le debe brindar un reconocimiento y protección jurídica, ello implica una protección especial a la familia, generando así un tratamiento preferencial o privilegiado el cual exige un respeto por la autonomía de sus fines y la libertad de desarrollo de cada una de las familias para alcanzar esas finalidades.

2.2.3 Teoría sobre la contratación en el Perú

2.2.3.1 Formación del contrato

Sabemos que el Derecho, en su concepción más general y abstracta, es visto como un conjunto de normas que están orientadas a regular la convivencia pacífica de los miembros de la sociedad. A partir de esta definición, que no hace distingo alguno de las diversas ramas que el Derecho ha ido generando y que, según podemos presentir, irá aun desarrollando, se concibe al Derecho como una creación del hombre para impartir reglas de conducta o sanciones en caso de incumplimiento

de las mismas. Pero, definitivamente, esta apreciación es sumamente reducida y se olvida del sentido mismo, del contenido esencial que tiene el Derecho, como ciencia y como expresión de la realidad de la vida social de las personas, que son finalmente su fuente principal y a la vez su destino.

En efecto, el Derecho no es solo una suma de reglas y sanciones, no es simplemente un código ni una ley. El Derecho, como expresión de la creación del hombre, va más allá de esta simple definición porque, para empezar, creemos que el derecho, más que una creación del hombre, es una realidad latente, es una manifestación continua y es tan evidente su presencia que nadie puede negar que este existe desde que existen las relaciones sociales (incluso las más incipientes). Y, sin embargo, su existencia, si bien es evidente, no es físicamente palpable, no es perceptible por los sentidos, pero definitivamente constituye un aspecto de la realidad que nos envuelve.

Los juristas tratan la realidad no menos que los médicos, los físicos, los sociólogos y los economistas. En particular, aquellos conceptos del Derecho que sirven para construir, entre otras cosas, los artículos de las leyes, son instrumentos del Derecho, pero no son todo el Derecho; por ej.: la definición de la venta o del hurto, que se leen en las páginas del Código Civil o del Penal, no son aquello sobre lo que, sino con lo que opera el Derecho, como un eclipse o una enfermedad no es la descripción que de ello se hace en un libro de astronomía o de medicina”. Esta distinción entre lo que es el Derecho y aquello con lo que opera el Derecho nos da una idea de cuánto se ha avanzado, en términos doctrinarios, en el esfuerzo de definir y entender el verdadero sentido y objeto del Derecho. No está de más señalar que existe coincidencia en los autores en que todavía hoy resulta difícil intentar una

definición que satisfaga completamente toda la amplitud del Derecho, pero la doctrina es pacífica en consentir que definitivamente el Derecho es mucho más que simples normas y reglas, elementos con los que opera (Carnelutti, 1995, p. 14).

La ardua tarea de buscar una definición del Derecho, que algunos consideran arte y otros una ciencia, no es materia de nuestro estudio, pero es conveniente referirnos a esta parte del estudio de la Teoría General del Derecho para entender que la función social que se le reconoce al Derecho tiene muchos matices de controversia. No obstante, ello, es claro que esta función social está orientada a regular la convivencia pacífica, armónica de los hombres, por ello se dice que ella requiere un orden, pero este orden no nace a partir de abstracciones filosóficas o de creaciones intelectuales, sino que es mucho anterior a estas. “Dios ha establecido la base del orden justo al prescribir unas reglas fundamentales a las que debe atenerse tal convivencia. El conjunto de ellas constituye el derecho natural, derecho que es perceptible por la razón humana, que es congruente con la naturaleza del hombre, y que representa la perfecta justicia o el ideal de lo justo”. Y añade más adelante que “el Derecho positivo ha de inspirarse en el natural, no contradiciéndolo, sino desarrollando sus principios y reglas en tenor de las circunstancias y necesidades de cada momento y lugar. Solo su armonía con el Derecho natural legitima al Derecho positivo”. Entonces, siguiendo a este autor español, es claro que las relaciones sociales y las normas de conducta que de ellas se derivan, se han dado aún incluso sin la existencia de una norma positivizada que las regule. Las normas y leyes que han venido a reglamentar estas relaciones, solo han contribuido para ordenarlas positivamente, es decir se ha traducido en reglas positivizadas aquellas que el derecho natural ya había reconocido anteriormente.

Estas relaciones entre los hombres dan como resultado la aparición de ciertas normas de conducta que son de obligatorio cumplimiento, incluso antes de su traducción en normas positivas. Es claro suponer que, para efectos de nuestro estudio, nos interesa particularmente las relaciones consensuales de tipo patrimonial que se dan entre particulares principalmente, puesto que en ellas vamos a identificar las diferentes etapas de la formación de estos acuerdos y vamos a poder establecer sus particulares características.

Entendemos que la más pura expresión de la voluntad recíproca de las personas, en materia civil, es la celebración de acuerdos, de negocios bilaterales, de contratos, en los cuales se plasma la común intención de las partes y se fijan las normas particulares que van a regir la naciente relación obligatoria (Albaladejo, 1987, p. 9). El contrato tiene una función normativa, ya que a partir de su celebración se van a fijar pautas de obligatorio cumplimiento entre sus otorgantes. Estos acuerdos, como sinónimo de expresión de la libertad de las personas, si bien tienen vida propia a partir de su existencia, también tienen un antecedente, traducido en el proceso previo a su celebración, en el cual han existido, por derecho propio, reglas particulares de conducta que han normado la relación entre los otorgantes.

2.2.3.2 Concepto de contrato

El contrato es el acuerdo de voluntades libres, concordantes y recíprocas de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. El Código Civil peruano lo define de la siguiente manera:

El Código Civil, en su art. 1351, señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica

patrimonial. Arias-Schreiber (2000) concuerda con esta definición, al señalar que, en “términos generales, el contrato es el acuerdo entre dos o más partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir relaciones obligatorias y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia” (p. 11).

El contrato “aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas”. Asimismo, agrega que “es una de las ideas centrales de todo el sistema de derecho privado, y, junto con la propiedad, constituye uno de los pilares básicos del orden económico, pues a través de él se realiza la función de intercambio de los bienes y servicios” (Diez-Picazo y Gullón, 2001, p. 29).

“El contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial” (Taboada, 2002, p. 85). En esta definición, el autor resalta fundamentalmente hasta tres características del contrato: que es un acto jurídico (concebido como la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir un derecho, según la doctrina francesa que el autor explica en su obra y que ha sido seguida por nuestro Código), que es plurilateral (pues necesita el concurso de las manifestaciones de voluntades de varias partes, de lo contrario sería únicamente una promesa unilateral) y que es de naturaleza patrimonial (puesto que debe versar sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica, es decir que deben ser objeto de valoración, dentro del tráfico del comercio, lícito por supuesto).

“El contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los

contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol. Lo que subsiste es la relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida.” Se distingue pues, de esta manera, el momento de la celebración del contrato con los efectos que se generan a partir de dicho momento. Este autor explica luego que lo que obliga a las partes es la relación obligatoria que nace del contrato y no el contrato en sí, e insiste en afirmar que deja de existir en el momento en que este se perfecciona. Entonces, debemos tener en cuenta que es un error identificar al contrato con la relación obligatoria generada entre las partes: ambos conceptos son complementarios, pero no son sinónimos. El contrato es fuente de obligaciones mientras que la relación jurídica creada por el contrato son esas obligaciones (Taboada, 2002).

El contrato y hacen un símil con la convención puesto que en el derecho francés dichos términos suelen confundirse (De la Puente, 2003, p. 23). “La Convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico y el contrato es una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones” (Planiol y Ripert, 1996). Existe pues coincidencia con la doctrina francesa en concebir al contrato como una fuente generadora de obligaciones y no constitutiva de derechos reales, pese a que existe una corriente, italiana fundamentalmente, que sostiene que el contrato puede generar efectos reales. Si bien este tema, esta discusión académica, no es materia de nuestro estudio, resulta conveniente tener en cuenta que los diferentes sistemas jurídicos pueden tener muchos aspectos comunes, pero que existen determinados temas sobre los cuales no existe un acuerdo unánime, como el que acabamos de señalar. Por otro lado, según la doctrina francesa, el contrato es una especie de convención, es decir

que son género y especie, respectivamente, ya que existen convenciones que no tienen categoría de contrato.

Estos elementos han sido recogidos por la Corte Suprema de la República, que ha definido el concepto de contrato en los siguientes términos:

CAS. N° 1345-1998/LIMA

Primero.- Que el artículo mil trescientos cincuentiuno del Código Civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, que es lo que se denomina el consentimiento, esto es compartir el sentimiento, de donde surge una voluntad común. **Segundo.-** Normalmente, la voluntad constitutiva del contrato puede manifestarse por los medios que se quiera (contratos consensuales) pero hay ciertos casos en que la ley prescribe un determinado medio de manifestación, una forma, la que persigue poner en claro la voluntad, dar mayor margen a la reflexión, dificultar la manifestación de la voluntad, o asegurar la prueba del contrato, según el caso.

CAS. N° 984-2000/Cajamarca

Segundo.- Que, en virtud al acuerdo, nace del contrato una relación jurídica que obliga a las partes contratantes a dar cumplimiento al contenido del contrato, presumiéndose que lo declarado en él, responde a la voluntad común de ambas partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo mil trescientos sesentiuno del Código Civil, el que debe concordarse con el artículo ciento sesentiocho del mismo Cuerpo

Legal, que refiere a la interpretación del acto jurídico en base a lo expresado en dicho acto y según el principio de buena fe (...).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional:

1. Como lo define el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. Uno de los elementos esenciales del contrato es, precisamente, la voluntad.
2. Este elemento se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar —consagrada en los artículos 2, inciso 14), y 62 de la Constitución Política del Perú— llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato.

Finalmente, la palabra *contrato* encierra dos acepciones: 1) Contrato como acto; y 2) Contrato como norma. Kelsen tiene el mérito de haber realizado dicho distingo. Según este autor, desde su primera acepción, “el contrato se nos aparece como un acto jurídico, esto es, como una acción de los interesados a la que el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos”. Desde su segunda acepción, “el contrato se nos aparece como un precepto o una regla de conducta (*lex contractus*, regla contractual), es decir, como una determinada ordenación a la cual las partes someten su propia conducta” (Arias-Schreiber, 2000, p. 46).

2.2.3.3 Elementos del contrato

2.2.3.3.1 Acuerdo de voluntades

La regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Los principios clásicos de la autonomía de la voluntad reconocen la existencia de la libertad de contrata y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes; en cambio, la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación.

Esta libertad supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han convenido celebrar. En realidad, la libertad de configuración interna se refiere solo a los contratos, típicos en los cuales la finalidad digna de tutela jurídica está garantizada por el hecho de ser tales contratos obra del legislador, ya que, tratándose de contratos atípicos, en los que no existe esta garantía, quedará sin explicación que no se haya puesto a la libertad de configuración interna el límite de la citada finalidad.

Si bien es cierto que en los contratos atípicos no existe el control legislativo, debe tenerse presente que todo contrato está sujeto a la limitación establecida por la ley y las buenas costumbres.

El art. 1354 del Código Civil reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley”.

La libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción. La pluralidad de personas presupone pluralidad de voluntades.

Estas voluntades no deben ser mantenidas en el fuero interno de cada uno, porque entonces no podrían conocerse, sino que deben ser expresadas y exteriorizadas.

El acuerdo de voluntades requiere que ambas voluntades deben ser recíprocas coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, tal como lo establece el art. 1352, que dice: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes...”.

El art. 168 del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

El Código ha definido una posición en el sentido de que las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado, Sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista.

En el área contractual, el artículo 1361 del Código Civil dispone que los contratos sean obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarla (Balladares, 1999).

“El código ha optado por una fórmula distinta a las clásicas, por lo que si bien su punto de partida está en la teoría o sistema de la declaración, puede llegar mediante demostración contraria, a la de la voluntad y la figura, en realidad, se invierte” (Arias-Schreiber, 2000).

2.2.3.3.2 Pluralidad de sujetos

Presupone la existencia de dos o más partes cuyos intereses son distintos. La relación obligacional creada por el contrato presupone la existencia de dos o más

partes; por ello, se afirma que el contrato es un acto jurídico bilateral o plurilateral cuyos intereses son distintos.

Suele denominarse parte y contraparte a los sujetos que intervienen en el contrato. En los contratos bancarios una parte es el banco y la contraparte es el cliente.

Un aspecto importante en relación con los sujetos es el relativo a la capacidad de las partes. Al respecto se reconoce a la persona desde su nacimiento el derecho de goce o capacidad jurídicas; en cambio, la capacidad de ejercicio solo es ejercida cuando la persona tiene aptitud para celebrar un contrato. Por ejemplo, la capacidad de ejercicio se adquiere en las personas naturales a los 18 años de edad y en las personas jurídicas cuando estas han cumplido con constituirse y registrarse con arreglo a ley.

La ley señala que los mayores de 18 años de edad, puedan contratar por sí mismos, mientras que los menores y los incapaces deberán hacerlo a través de sus representantes legales. En el primer caso serán los padres o tutores del menor, y en el segundo caso deberá intervenir en su representación un curador.

El art. 43 del Código Civil establece que son incapaces absolutos.

- Los menores de 16 años de edad.
- Los que se encuentran privados del discernimiento
- Los sordomudos, ciegosordos y los ciegosordos, que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable

Por otro lado, el art. 44 establece que son relativamente incapaces.

- Los menores de 18 pero mayores de 16 años.
- Los retardados mentales.

- Los que adolecen de deterioro mental.
- Los pródigos.
- Los ebrios habituales.
- Los que incurren en mala gestión.
- Los toxicómanos.
- Los que sufren Pena que lleva anexa la interdicción civil.

Los incapaces relativos no privados de discernimiento pueden celebrar válidamente contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida cotidiana (art. 1358). Los representantes legales requieren autorización expresa del representado para disponer los bienes o gravarlos celebrar transacciones compromisos arbitrales, entre otros actos.

Un aspecto especial e importante es el referirnos a la contratación entre cónyuges, la misma que se encontraba prohibida en el Código Civil anterior. El Código Civil de 1984, regula expresamente los casos en que los cónyuges pueden celebrar contratos válidamente. Tal es el caso referido en el art. 312, que establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre si respecto de los bienes sociales y en cambio para gravarlos o disponer de ellos, se requiere la intervención del marido y la mujer.

Por otro lado, la contratación es posible entre ellos, cuando los esposos hayan establecido un régimen de separación de bienes o tengan bienes propios. Otras limitaciones las encontramos en el art. 440 del Código Civil que prohíbe a los padres enajenar o gravar los bienes de los hijos, salvo autorización judicial. Similares limitaciones contienen el Código con relación al ejercicio de la tutela y curatela (arts. 572 al 575).

Es importante resaltar que la doctrina actual no vacila en afirmar que no puede identificarse los conceptos de personas y de parte. La primera se refiere a un ser o entidad dotado de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual. Se requiere que tenga personalidad propia, es decir, la aptitud para ser sujeto de derecho.

El concepto de parte no es tan fácil de explicar. Algunos la consideran a la del sujeto del acto, ante la tendencia moderna de prescindir de los sujetos y referirse, más bien, a lo que se denomina “centro de interés”. En tal sentido, la parte es el “centro” en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato.

Según esta tendencia moderna, si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el de parte, porque en la mayoría de los contratos cada parte está formada por un solo sujeto (el vendedor es una persona y el comprador es otra), no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés y en tal caso la parte contractual es el centro de interés que agrupa a los sujetos.

Es así que el art. 1351 en cuanto se refiere a que el contrato resulta del acuerdo de dos o más partes, debiendo entenderse, que cada una de esas partes está constituida por una o más personas.

2.2.3.3 Consecuencia jurídica

Los contratos son acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial (Zamora, 1997).

2.2.4 La seguridad social

El concepto de seguridad social se relaciona con el riesgo social, con las contingencias sociales, por eso es necesario previamente a la conceptualización de seguridad social tratar sobre el riesgo social, y la contingencia social.

Podetti (1997), al referirse a los riesgos sociales, indica: «El recurso a la locución *riesgo social* obedeció como lo explica Novia Fuenzalida a que la expresión riesgo, “trasplantada desde el seguro privado no satisfacía las inquietudes doctrinarias de los tratadistas de la seguridad social”; y que, si bien autorizados maestros franceses se refieren a “cargas sociales”, “a parte importante de la doctrina, la expresión *riesgo social* y no solo riesgo, a secas”» (pp. 94-97).

Los riesgos sociales constituyen, según Alcanza Pastor, la “base y núcleo en torno al cual se centra la seguridad social”. Cabe distinguir, siguiendo a aquel, entre la visión institucional y la visión sistemática del riesgo. En la primera, “el riesgo especifica los diversos regímenes asegurativos” de vejez, invalidez, sobrevivientes, enfermedad, desempleo, accidentes del trabajo, cargas de familia, etcétera, en la segunda, aquél “constituye el objeto de la relación jurídica” del respectivo régimen protectorio.

2.2.4.1 La calificación como sociales

Cuando a determinados eventos los riesgos se les califica como sociales, lo es porque respecto a ellos la sociedad asume su protección. Ordinariamente así acontece cuando se conjugan dos factores, uno valorativo y otro de factibilidad. En virtud del primero, se experimenta a la vez la aspiración de las personas a recibir amparo de las personas respecto del evento de que se trate, y la conciencia social

de que debería otorgarse dicho amparo. En cuanto a lo segundo, se da la trágica paradoja, puntualizada por Fourastié, de que “cuando más pobre es un país y más necesidad tiene, por ende, de un sistema de seguridad social, más difícil le resulta establecerlo”. Por eso, sin la necesidad real de proveer de prestaciones a quienes están sometidos a las consecuencias de los riesgos sociales, tampoco se alcanza la protección en relación con ellos.

2.2.4.2 Riesgo carga y contingencia

Los vocablos riesgo, carga y contingencia, con la calificación de social a cada uno, son de uso corriente en la legislación y la doctrina de la seguridad social. Pero cabe distinguir el sentido de cada cual, y señalar la preferencia por el tercero de los vocablos.

El riesgo es la contingencia o proximidad de un daño; la carga es una obligación aneja a un estado; y la contingencia, la posibilidad de que una cosa suceda o no suceda. El vocablo contingencia aparece actualmente como el de más conveniente utilización, por cuanto es comprensivo de los conceptos de riesgo y carga.

Por otra parte, esta ha sido la terminología de la OIT en obras impresas en español, y en instrumentos como el convenio 102, sobre la Seguridad Social para las Américas, 1996, entre otros.

Para fundar su preferencia por el vocablo contingencia, Deveali ha explicado que, dentro del sistema del seguro privado y en los casos de accidentes de trabajo y de enfermedad resulta admisible hablar de riesgos; pero no es correcto

calificar así a otros eventos como la maternidad, que es una contingencia feliz, o como la vejez y la muerte, que son acontecimientos inevitables.

Por lo demás, el recurso al vocablo contingencia acentúa “en cada instante el desgaje y separación del seguro social de los seguros privados”.

2.2.4.3 Noción conceptual de contingencia

La vida del hombre ha sido descrita como fenómeno de interacción entre el ser humano y el medio. El mundo del hombre transcurre tanto en el medio natural como en el social y en el espiritual; y su vida se halla inserta dentro de un ámbito al que Ortega y Gasset llamó las circunstancias o mundo, y agregó que este era el repertorio de nuestras posibilidades vitales.

En el medio natural y en el social, las circunstancias son capaces de afectar más directa y, diríase, cotidianamente a la existencia. Aquí cabe ubicar a las contingencias de variada índole que amplían, o disminuyen y aun eliminan el repertorio de posibilidades de la vida concreta de cada persona.

En general, cabe distinguir a aquellas como las que aparejan una “diversidad de necesidad resultante de distintas situaciones en las cuales una persona puede ser privada de sus medios de existencia o sufrir cargas particulares”.

Caracterizan a las contingencias sociales tres notas distintivas: su individualidad, en atención a la “situación de cada individuo en concreto”; la personalidad, en tanto “afectan a la persona sujeta a ellos y no a su patrimonio”, y su naturaleza económica, porque “generan un defecto o insuficiencia en los recursos económicos personales”.

En suma, cabe considerar configurada como una contingencia social, que da lugar al amparo de la seguridad social, cuando tiene por efecto que una persona o los miembros de su familia a cargo, o unos y otros (nota de individualidad), resultan desfavorablemente afectados (nota de personalidad), en perjuicio de su nivel de vida, a consecuencia de un incremento en el consumo o de disminución o suspensión de los ingresos (nota económica).

En tanto se entienda el riesgo o contingencia como un “juicio de probabilidad de verificación de determinados eventos, asume relevancia jurídica en cuanto el ordenamiento, justamente en consideración de su verificación, regula las consecuencias”. En el respectivo sistema jurídico provisional, al verificarse dichos eventos, y derivar de ellos una situación de necesidad, legalmente es soportada por los entes provisionales. Éstos están obligados a satisfacer las prestaciones, cuando se verifican dichos eventos.

Sobre la noción de contingencia social, Vásquez (1982) propone:

Las contingencias sociales son eventos que dan lugar a específicos estados de necesidad, frente a los cuales el instrumento político, también específico, es la seguridad social. Entre ambas hay una relación de antecedente a consecuente, ya que, a modo de una primera aproximación, la seguridad social, como lo ha explicado Alonso de Olea, “es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo, y una situación corregible y quizás evitable de siniestro”. (p. 527)

Hay dos notas que sustentan la noción conceptual de contingencia social: una atiende a la individualidad de la contingencia y otra a su naturaleza económica. En cuanto a la primera, debe puntualizarse que la seguridad social consiste

primeramente en la protección de las personas individuales. En cuanto la nota económica, que resulta que, cuando se configura la respectiva contingencia social, se traduce en quien la sufre “en un aumento en el consumo de bienes económicos o en una disminución de los ingresos para la adquisición de tales bienes”; es decir, una directa incidencia desfavorable en el nivel de vida de una persona o de quienes están a su cargo, o conjuntamente de una y otros.

En suma, cabe considerar que, configurada una contingencia social, se requiere el amparo de la seguridad social, cuando aquella tiene como efecto que una persona o los miembros de su familia a su cargo, o uno y otros (nota de individualidad), resultan desfavorablemente afectados, en su nivel de vida, a consecuencia de un aumento en el consumo, o de la disminución o suspensión de los ingresos (nota económica).

Cuando determinados eventos merecen la calificación de “contingencias sociales”, es porque, respecto de las que reúnen los caracteres resultantes de la noción entredicha, la sociedad asume su protección. Ordinariamente, así ocurre cuando se conjugan dos factores, uno valorativo y otro de factibilidad. En virtud del primero, se experimenta a la vez la aspiración de las personas a recibir amparo respecto del evento de que se trate, y la conciencia social de que debería otorgarse dicho amparo. En cuanto a lo segundo, hay la trágica paradoja, puntualizada por Fourastié, de que cuando más pobre es un país y mayor necesidad tiene de un sistema de seguridad social, más difícil le resulta establecerlo. Por eso, sin la posibilidad real de proveer de prestaciones a quienes sufren las contingencias sociales, tampoco se alcanza la protección, en donde se aprecia cómo el perfeccionamiento de aquellos va unida a su factibilidad”.

2.3 Definición de términos

Derechos sociales

Derechos sociales que precisan acciones positivas de los poderes públicos para garantizar una vida digna de la condición humana. Existen unos derechos sociales fundamentales de mínimos que sirven de presupuesto para la progresión y promoción de estos derechos en el bien entendido de que en esta materia rige el criterio de la prohibición de la regresión salvo en casos muy excepcionales a los que debe acompañar una serie de rigurosos y exigentes requisitos que ciertamente es muy difícil que se puedan acreditar. (Rodríguez-Arana, 2015, p. 115)

Embriodonación

La pareja padece de infertilidad absoluta. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil, por lo que deben buscar un cedente de espermatozoides y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana (el espermatozoides de un cedente, el marido y mujer infértiles e inseminación a una mujer).

Gestación subrogada

La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el

semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte. (Colemán, 1982, p. 75)

Seguro social

Es una institución legal, reglamentada especialmente para proteger los llamados derechos fundamentales, entre los que se encuentran: la vida, salud e integridad de todos los ciudadanos. Se llama seguridad social debido a que desde el plano normativo, tiene la pretensión de brindar seguridad a toda la población, desde la provisión de estos llamados “servicios elementales” sin distinciones basadas en raza, edad, sexo o condición socioeconómica; y es integral porque abarca un grupo de protecciones especiales para los trabajadores y sus familias; igualmente quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad, también pueden beneficiarse de la seguridad social, pues es un servicio público de obligatorio cumplimiento a cargo del Estado. (Pérez y Calderón 2012, p. 80)

Ovodonación

La ovodonación es un tratamiento de reproducción asistida que ofrece la oportunidad de tener un hijo a pacientes que no pueden gestar un embrión por sí mismas. En una ovodonación, se realiza una FIV (fecundación *in vitro*) con la peculiaridad que los óvulos son de una donante y los espermatozoides son de la

pareja receptora. También puede existir el caso, si se trata de mujeres que afrontan la maternidad en solitario, que el esperma también sea de donante. Así, la donación de óvulos hace posible el milagro de la vida en mujeres que de otra manera no podrían tener hijos. (IVI, 2020)

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios

3.1.1 *La maternidad subrogada como contrato*

De modo general, se debe precisar, con Sánchez (como se citó en Lobo, 2019):

Se conoce como maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler de vientre/útero al acto reproductor mediante el cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez el embarazo llega a término, entregar el recién nacido al comitente o comitentes y renunciar a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado. (p. 80)

Asimismo, Sánchez (como se citó en Lobo, 2019) afirma:

La mujer que recibe este encargo (mujer subrogada, madre subrogada o portadora) está sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual, además de gestar y entregar la criatura, debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este (madre subrogante, contratante o comitente). (p. 80)

Por su parte, Silva (como se citó en Lobo, 2019) propone que las características esenciales de dicho acuerdo son “(a) la gestación, alumbramiento y entrega del hijo encargado a favor del comitente; (b) la cesión de los derechos sobre el recién nacido por parte de la mujer subrogada y, (c) el reconocimiento del hijo encargado por parte de los comitentes” (p. 80).

Se debe considerar que el desarrollo de la ciencia y la tecnología ha impactado de manera clara y profunda en todos los aspectos de la vida en sociedad. Sin duda alguna, los nuevos descubrimientos e inventos han traído como consecuencia que los seres humanos vivan hoy en una forma muy distinta a la que lo hacíamos hacían hace algunas décadas.

Es de notar que, en el campo médico, los avances científicos han sido particularmente importantes y significativos. Allí, año tras año, la sociedad ha sido testigo de la aparición de nuevas vacunas, procedimientos o instrumentos científicos encaminados a la cura o tratamiento de enfermedades físicas o psicológicas. La búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los campos en donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida.

Desde este contexto, emergió la figura de la subrogación, la cual puede dividirse en tradicional y gestacional. La primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre casado, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su esposa. Por su parte, la subrogación gestacional existe cuando la esperma de un hombre casado se integra con el ovocito o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer. Estas modalidades también se conocen con el nombre de subrogación parcial y subrogación total.

La subrogación permitió la aparición de la figura de la maternidad subrogada. Esta ha sido considerada por muchos como un procedimiento controversial debido a los efectos negativos que produce para las madres

subrogadas, es decir, aquellas que aceptan quedar embarazadas y gestar un bebé en su cuerpo. Por ejemplo, se ha dicho que la renuncia de la madre subrogada al recién nacido constituye un acto muy doloroso para ella, el cual puede dar lugar a la aparición de problemas psicológicos. Igualmente, se ha señalado que la maternidad subrogada puede poner en riesgo la salud de la madre gestante y el bebé, pues aquella puede distanciarse de este al considerar que no es suyo o no le pertenece. Finalmente, se ha afirmado que luego de producida la separación de la madre subrogada del recién nacido, esta puede desarrollar sentimientos de depresión postparto, rabia o culpa.

Por su parte, las parejas que han decidido tener un hijo mediante la figura de la maternidad subrogada han tenido como motivaciones principales la infertilidad de la pareja, el tiempo y los costos inherentes a un proceso de adopción, la existencia de una anomalía genética en la esposa que puede ser transmitida al bebé, y la decisión de la mujer, por razones de conveniencia y sin que exista una razón médica, de no tener un hijo por ella misma.

El fenómeno de la maternidad subrogada ha tenido un gran desarrollo en países como Estados Unidos, en donde, por medio de normas y decisiones judiciales, se ha ido regulando su ejercicio, aunque no de manera uniforme. En consideración a lo anterior, se identifican las características o principios fundamentales que conforman la visión de los Estados Unidos en materia de los contratos de maternidad subrogada. La determinación de estas características es el resultado de la revisión y análisis de las distintas normas y pronunciamientos judiciales proferidos por las cortes estadounidenses.

Bajo este contexto, los rasgos distintivos que han sido identificados como característicos de la postura estadounidense son los siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez, y d) la regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del fenómeno de maternidad subrogada.

Es de notar que el contrato de madre subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.

El contrato de maternidad subrogada puede clasificarse en altruista y comercial. El primero se presenta cuando la madre no recibe pago alguno por el alquiler de su vientre, o si recibe alguna contraprestación, esta se limita al pago de los gastos derivados del embarazo. Por el contrario, el contrato de maternidad subrogada de carácter comercial existe cuando la madre sí recibe un pago como contraprestación de las obligaciones derivadas del contrato, pago que puede consistir, no solamente en una suma de dinero, sino también en la entrega de objetos, servicios o cualquier otra cosa de valor pecuniario.

A partir de las anteriores consideraciones, es posible identificar un conjunto de obligaciones particulares que surgen para las partes del contrato. Para el caso de

la madre subrogada, estas consistirán en: 1) permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico, 2) llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé, y 3) renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.

3.1.2 Seguridad social en el Perú

3.1.2.1 Concepto

La definición de la seguridad social es muy extensa y variada, en torno a ella existen múltiples enunciados; resulta conveniente analizar el significado de los dos vocablos que la componen, con el objeto de obtener una idea más clara de cada uno de ellos.

La palabra *seguridad* proviene del vocablo latino *securitas, -ātis*, el cual significa ‘Cualidad de (estar) seguro o libre de peligro daño o riesgo, cierto, indubitable y en cierta manera infalible’; en tanto que la palabra *social*, se deriva del vocablo *sociālis*, por el cual se concibe todo aquello que le pertenece a la sociedad. Por sociedad se entiende toda agrupación natural o pactada de personas que se unen con el propósito de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida.

Por consiguiente, por seguridad social debe entenderse toda protección que la propia sociedad debe dar a todos y a cada uno de sus miembros para que estos tengan la confianza de poder hacer frente a cualquier eventualidad que ponga en peligro su existencia, su salud, en cualquier etapa de su vida y tenga la certeza de contar con ingreso suficiente para llevar una vida digna durante su vejez, junto con su familia (Alemán y Morales 2009, p. 51).

3.1.2.2 Los seguros sociales en otros países

Los seguros sociales tienen entre otras características: a) protegen exclusivamente a los trabajadores, y solo contra ciertos riesgos; b) las prestaciones son otorgadas independiente por cada institución o caja, c) en los seguros sociales no existe idea alguna de un plan general de protección social, dentro de una política social.

Los principales seguros sociales que existen en el mundo son los siguientes (Slideshare, 2019, pp. 4-5):

A. El seguro social en Alemania

En el año 1881 el emperador Guillermo I lanzó un mensaje a la nación anunciando la instauración del seguro social obligatorio en el país, que había sido preparado por Bismarck, llamado el Canciller de Hierro, quien gobernó Alemania desde 1865 hasta 1890.

El 5 de junio de 1883 se aprobó la Ley del Seguro de Enfermedad para proteger a los obreros de la industria de forma obligatoria con prestaciones otorgadas durante un término máximo de trece semanas financiadas por cotizaciones pagadas en una porción de dos terceras partes los obreros y una tercera los empresarios.

El 6 de junio de 1884 se dio la Ley del Seguro de Accidentes de Trabajo, estableciendo que la carga de la reparación del daño recaía totalmente sobre los empleadores, quienes debían pagar una renta por incapacidad total equivalente a dos tercios del salario.

Y en 1889 la Ley del Seguro de Invalidez y Vejez con aportaciones del Estado los patronos y los trabajadores. En 1901 se esbozó en Código de Seguros Socio Patronos y fue promulgado en 1911, constituyéndose el primer código de este tipo.

B. El seguro social en Italia

El estado italiano, en abril de 1886, dio una ley favoreciendo la mutualidad voluntaria. Luego en marzo 1898 se instituyó por otra Ley el Seguro Obligatorio contra accidentes de trabajo a cargo del empleador.

En julio de 1898 se creó la Caja Nacional de Previsión para la vejez y la invalidez de los trabajadores de bajos ingresos y con cotizaciones a cargo solo de estos.

C. Seguros sociales en Inglaterra

El parlamento de Inglaterra aprobó dos medidas importantes. La ley de pensiones de vejez de 1908, la que establecía que el Estado debía pagar pensiones de 5 chelines por semana a cada pensionista que tuviera por lo menos 70 años de edad, hubiera residido en Reino Unido 20 años o más y no hubiera gozado algún auxilio por Ley de pobres durante los dos años anteriores. Se otorgaban pensiones completas a quienes hubieran tenido ingresos de 24 libras o menos por año. Estas pensiones financiaban el tesoro público.

Asimismo, el parlamento de Inglaterra aprobó la Ley del Seguro Nacional de 1911, la cual se dividía en dos partes: La primera se refería al seguro de enfermedad. Disponía que todos los trabajadores de más de 16 años que ganaran

menos de 160 libras al año fuesen asegurados obligatorios. El empresario debía pagar 3 por ciento por semana, el trabajador 4 y el Estado 2 por ciento; se establecía el subsidio por enfermedad y maternidad y la pensión de invalidez y se creaba el derecho a la atención en un sanatorio.

La segunda parte de la ley establecía el pago de una asignación o subsidio por desempleo de 7 chelines por semana, luego de un periodo de espera de una semana, durante un máximo de 15 semanas en un periodo de 12 meses. Por primera vez en el mundo se creó así el seguro obligatorio de desempleo.

3.1.2.3 Evolución de la seguridad social en el Perú

A. Incanato

La seguridad social es una idea nativa del Perú, en el incanato todos contribuían con esfuerzo, existía una gran solidaridad humana, de ahí que se haya dicho de la previsión social del Tahuantinsuyo ha sido profundamente humana y reflexiva. Los antiguos peruanos trabajaban: a) las tierras del sol; b) las tierras del inca; c) las tierras de la comunidad. Las cosechas se guardaban en graneros especiales a fin de atender las necesidades sociales de todo el imperio; los huérfanos, los inválidos y todas aquellas necesidades eran atendidos sin discriminación y de acuerdo a sus necesidades, las viudas asegurada su subsistencia.

B. Colonia

Durante los tres siglos de dominación española el país deviene en amnésico respecto a la extraordinaria organización política y económica del incario. Y en

absoluto se practica la previsión social, aunque hubiera de ella imperativamente legislación indiana.

El 8 de julio de 1820, el virrey Joaquín de la Pezuela promulga la Real Orden de 1803, mandando, en consecuencia, que al empleado que hubiera servido 30 años se le proponga con todo el sueldo que está disfrutando, si hubiera servido 20 con las dos terceras partes.

C. República

Dentro de esta etapa podemos mencionar los siguientes dispositivos que se refieren a la seguridad social:

- El 22 de enero del 1850, el presidente Ramón Castilla promulgó la primera Ley de Goces, que pese a su antigüedad está vigente en sus lineamientos básicos.
- El 12 de agosto de 1936, con la Ley N° 8433 se marca un hito en la seguridad social ya que se crea la Caja Nacional del Seguro Social Obrero, cubriendo los riesgos de enfermedad, invalidez vejez y muerte.
- El Fondo de Jubilación Obrera se creó por Ley N° 13640 del 21 de abril de 1961, que otorga pensiones de jubilación para los obreros.
- Por Ley N° 13724 se dio la Ley del Seguro Social del Empleado, Caja de Enfermedad Maternidad y Caja de Pensiones.
- Por Decreto Ley N° 17262 del 29-11-1969 se creó el Fondo de Jubilación de Empleados particulares (FEJEP).
- Por el Decreto Ley N° 19846, vigente desde el 1° de enero de 1973, se establece el régimen de pensiones del personal militar y policial.

- A partir de mayo de 1973 entra en vigencia el Sistema Nacional de Pensiones a través Decreto Ley N° 19990 que integra a los asegurados y pensionistas de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado, asimismo los empleados del fondo de jubilación de Empleados Particulares.
- Por Decreto Ley N° 20212 del 6-11-1973, se creó el Seguro Social del Perú, fusionó en una sola entidad la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado. Tenía por finalidad administrar el Sistema Nacional de Prestaciones de Salud, el Sistema Nacional de Pensiones y otros sistemas de prestaciones económicas de la seguridad social.
- El 27 de marzo de 1979 se crea el Régimen de Prestaciones de Salud por Decreto Ley N° 22482, unificando los regímenes de las Leyes N° 8433 y 13724 otorgando prestaciones asistenciales, preventivo promocionales, prestaciones de dinero.
- El 29 de diciembre de 1987, por Ley N° 24786, se da la Ley General del Instituto Peruano de Seguridad Social, la que tiene por objeto desarrollar las acciones de Seguridad Social.
- El 29 de noviembre de 1992 se da el Decreto Ley N° 25897 por el que se crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, conformado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).
- El 17 de mayo de 1997 se publicó la Ley N° 26790 de Modernización de la Seguridad Social, por la que se da cobertura de prestaciones de salud.
- El 20 de julio de 1997 se publicó la Ley General de Salud N° 26842.

- Con fecha 30 de enero de 1999, se publicó la Ley N° 27056 de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD), sobre la Base del Instituto Peruano de Seguridad Social, cuya finalidad es dar cobertura a los asegurados y a sus derechos habientes, a través de las prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud.
- La Ley N° 27657 del Ministerio de Salud, publicada el 29 de enero del 2002, establece que ese Ministerio es el ente rector del sector salud.
- La Ley N° 27813, Ley del Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud, publicada el 13 de agosto de 2002, tiene la finalidad de coordinar el proceso de aplicación de la política nacional de salud.
- La Ley N° 28449 del 30 de diciembre del 2004 establece las nuevas reglas del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530.

3.1.2.4 Concepto de seguridad social

El concepto de seguridad social se relaciona con el riesgo social, con las contingencias sociales; por eso, es necesario previamente a la conceptualización de seguridad social tratar sobre el riesgo social y la contingencia social.

A. Riesgo social y contingencia

Podetti (1997), al referirse a los riesgos sociales, manifiesta: «El recurso a la locución *riesgo social* obedeció, como lo explica Novia Fuenzalida, a que la expresión *riesgo*, “trasplantada desde el seguro privado, no satisfacía las inquietudes doctrinarias de los tratadistas de la seguridad social”; y que si bien

autorizados maestros franceses se refieren a “cargas sociales”, a parte importante de la doctrina, la expresión *riesgo social* y no solo *riesgo*, a secas». (pp. 94-97)

Los riesgos sociales constituyen, según Alcanza Pastor, la “base y núcleo en torno al cual se centra la seguridad social”. Cabe distinguir, siguiendo a aquel, entre la visión institucional y la visión sistemática del riesgo. En la primera, “el riesgo especifica los diversos regímenes asegurativos” de vejez, invalidez, sobrevivientes, enfermedad, desempleo, accidentes del trabajo, cargas de familia, etcétera, en la segunda, aquel “constituye el objeto de la relación jurídica” del respectivo régimen protectorio. (Slideshare, 2019)

B. La calificación como sociales

Cuando a determinados eventos los riesgos se les califica como sociales, lo es porque respecto a ellos la sociedad asume su protección. Ordinariamente así acontece cuando se conjugan dos factores, uno valorativo y otro de factibilidad. En virtud del primero, se experimenta a la vez la aspiración de las personas a recibir amparo de las personas respecto del evento de que se trate, y la conciencia social de que debería otorgarse dicho amparo. En cuanto a lo segundo, se da la trágica paradoja, puntualizada por Fourastié, de que “cuando más pobre es un país y más necesidad tiene, por ende, de un sistema de seguridad social, más difícil le resulta establecerlo”. Por eso, sin la necesidad real de proveer de prestaciones a quienes están sometidos a las consecuencias de los riesgos sociales, tampoco se alcanza la protección en relación con ellos. (Slideshare, 2019)

C. Riesgo, carga y contingencia

Los vocablos *riesgo*, *carga* y *contingencia*, con la calificación de social a cada uno, son de uso corriente en la legislación y la doctrina de la seguridad social. Pero cabe distinguir el sentido de cada cual, y señalar la preferencia por el tercero de los vocablos (Slideshare, 2019).

El riesgo es la contingencia o proximidad de un daño; la carga es una obligación aneja a un Estado; y la contingencia, la posibilidad de que una cosa suceda o no suceda. El vocablo *contingencia* aparece actualmente como el de más conveniente utilización, por cuanto es comprensivo de los conceptos de riesgo y carga. Por otra parte, esta ha sido la terminología de la OIT en obras impresas en español, y en instrumentos como el Convenio 102, sobre la Seguridad Social para las Américas, 1996, entre otros.

Para fundar su preferencia por el vocablo contingencia, Deveali ha explicado que, dentro del sistema del seguro privado y en los casos de accidentes de trabajo y de enfermedad resulta admisible hablar de riesgos; pero no es correcto calificar así a otros eventos como la maternidad, que es una contingencia feliz, o como la vejez y la muerte, que son acontecimientos inevitables. Por lo demás, el recurso al vocablo contingencia acentúa “en cada instante el desgaje y separación del seguro social de los seguros privados”. (Slideshare, 2019)

D. Noción conceptual de contingencia

Como señala Podetti (1997), “la vida del hombre ha sido descrita como fenómeno de interacción entre el ser humano y el medio. El mundo del hombre transcurre tanto en el medio natural como en el social y en el espiritual; y su vida se halla inserta dentro de un ámbito al que Ortega y Gasset llamó las circunstancias o mundo, y agregó que este era el repertorio de nuestras posibilidades vitales” (p. 649)

En el medio natural y en el social, las circunstancias son capaces de afectar más directa y, diríase, cotidianamente a la existencia. Aquí cabe ubicar a las contingencias de variada índole que amplían, o disminuyen y aun eliminan el repertorio de posibilidades de la vida concreta de cada persona. En general, cabe distinguir a aquellas como las que aparejan una “diversidad de necesidad resultante de distintas situaciones en las cuales una persona puede ser privada de sus medios de existencia o sufrir cargas particulares”. (Podetti, 1997, p. 649).

Caracterizan a las contingencias sociales tres notas distintivas: su individualidad, en atención a la “situación de cada individuo en concreto”; la personalidad, en tanto “afectan a la persona sujeta a ellos y no a su patrimonio”, y su naturaleza económica, porque “generan un defecto o insuficiencia en los recursos económicos personales”.

En suma, cabe considerar configurada como una contingencia social, que da lugar al amparo de la seguridad social, cuando tiene por efecto que una persona o los miembros de su familia a cargo, o unos y otros (nota de individualidad), resultan desfavorablemente afectados (nota de

personalidad), en perjuicio de su nivel de vida, a consecuencia de un incremento en el consumo o de disminución o suspensión de los ingresos (nota económica). En tanto se entienda el riesgo o contingencia como un “juicio de probabilidad de verificación de determinados eventos, asume relevancia jurídica en cuanto el ordenamiento, justamente en consideración de su verificación, regula las consecuencias”. En el respectivo sistema jurídico provisional, al verificarse dichos eventos, y derivar de ellos una situación de necesidad, legalmente es soportada por los entes provisionales. Estos están obligados a satisfacer las prestaciones, cuando se verifican dichos eventos. (Podetti, 1997, pp. 649-650)

Según Vásquez (1982), la noción de contingencia social se refiere a un conjunto de

eventos que dan lugar a específicos estados de necesidad, frente a los cuales el instrumento político, también específico, es la seguridad social. Entre ambas hay una relación de antecedente a consecuente, ya que, a modo de una primera aproximación, la seguridad social, ...es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo, y una situación corregible y quizás evitable de siniestro. (p. 527)

Hay dos notas que sustentan la noción conceptual de contingencia social: una atiende a la individualidad de la contingencia y otra a su naturaleza económica. En cuanto a la primera, debe puntualizarse que la seguridad social consiste primeramente en la protección de las personas individuales. En cuanto la nota económica, que resulta que, cuando se configura la respectiva contingencia social, se traduce en quien la sufre “en un aumento en el consumo de bienes económicos o

en una disminución de los ingresos para la adquisición de tales bienes”; es decir, una directa incidencia desfavorable en el nivel de vida de una persona o de quienes están a su cargo, o conjuntamente de una y otros.

En suma, cabe considerar que, configurada una contingencia social, se requiere el amparo de la seguridad social, cuando aquella tiene como efecto que una persona o los miembros de su familia a su cargo, o uno y otros (nota de individualidad), resultan desfavorablemente afectados, en su nivel de vida, a consecuencia de un aumento en el consumo, o de la disminución o suspensión de los ingresos (nota económica).

3.1.2.5 Clasificaciones de las contingencias sociales

Podetti (1997) propone la clasificación de los efectos de las contingencias sociales de acuerdo con varios criterios.

A. Criterios de calificación

Considerado el conjunto de contingencia social como un todo complejo, el ordenamiento de ellas mediante su clasificación constituye un necesario punto de partida metodológico, capaz de allanar dificultades para la programación y para el conocimiento de la seguridad social, aspectos ambos que si bien satisfacen un saber “práctico” no excluyen el “especulativo”.

Se plantea así una suerte de “pre-problema” que es el de efectuar las clasificaciones, para conocer los criterios seguidos en la elaboración de estas.

Así aparecen criterios que atienden a los efectos de las contingencias sociales; ora a las prestaciones que las amparan; ora a los estadios de la vida humana

en que aquellas aparecen; ora, en fin, a su origen. Con todo, siendo que esos “distintos criterios doctrinales” son particularmente interesantes, en cuanto recogen distintas fuentes o características, o bien del riesgo o bien del ordenamiento jurídico a que está sometido, no pocas veces se manifiestan criterios mixtos, atentos a contener más de uno de los objetivos reseñados.

B. Clasificación según los efectos

a. Clasificación de Cannella

Giorgio Cannella ha propuesto una clasificación que distinguen las contingencias según su naturaleza, las prestaciones, y la incidencia económica considerada por la previsión social; esta última categoría corresponde a los efectos que el respectivo sistema de seguridad social procura compensar, y es la siguiente:

Eventos que inciden solamente sobre el rédito

- Muerte
- Invalidez
- Vejez
- Desocupación
- Suspensión o reducción de trabajo
- Convocatoria a las armas

Eventos que aumentan las necesidades

- Cargas de familia

Eventos mixtos

- Accidentes
- Enfermedades (comunes, profesionales, y tuberculosis, esta última es una referencia concreta al sistema italiano).

b. Clasificación de Dupeyroux

También con relación a los efectos, Jean-Jacques Dupeyroux ofrece una clasificación que considera separadamente los acontecimientos relativos a la adquisición de la renta y los relativos al empleo a la renta. Se tiene así la siguiente calificación:

Acontecimientos relativos a la adquisición del ingreso (pérdida o reducción del ingreso profesional):

(I) Físicos:

De origen profesional:

- accidentes de trabajo
- enfermedad profesional

De origen no profesional:

- enfermedad
- maternidad
- invalidez
- vejez
- muerte (sobrevivientes).

(II) Económicos:

— Desempleo.

Acontecimientos relativos al empleo del ingreso (reducción del nivel de vida en razón de gastos extraordinarios):

- Enfermedad (gastos médicos, paramédicos, etcétera),
- Cargas de familia

C. Clasificación según las prestaciones

Cannella es, asimismo, quien ofrece una clasificación según las prestaciones las que las contingencias dan derecho.

a) Eventos tutelados con prestaciones económicas:

- muerte
- invalidez
- vejez
- desocupación
- suspensión o reducción de trabajo
- convocatoria a las armas

b) Eventos tutelados con prestaciones mixtas (sanitario y económicas):

- accidentes
- enfermedades (comunes, profesionales, y tuberculosis).

D. Clasificación según los estadios de la vida humana

Un criterio original de clasificación de las contingencias es el de Hoeffner que asocia a cada una de ellas con los diversos estadios de la vida humana, del modo siguiente:

a) Infancia y juventud:

- Falta de la familia (deficiencia familiar).
- Dificultad de formación profesional o de incorporación al trabajo (deficiencia social),
- familia numerosa (amenaza de descalificación social).

b) Edad de pleno rendimiento

- Invalidez prematura
- Enfermedad
- Paro
- Viudez

c) Vejez

- Contingencia de vejez

E. Clasificación según el origen

a. Clasificación de Aznar

Una muy difundida clasificación, que ha gozado de mucho favor doctrinario en España y fuera de ella, es la elaborada por Severino Aznar:

a) Contingencias de origen patológico:

- enfermedad

- invalidez
- accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

b) Contingencias de origen biológico:

- maternidad
- vejez
- muerte

c) contingencias de origen económico social:

- paro forzoso
- cargas familiares excesivas

b. Clasificación de Borrajo Dacruz

Con base en la clasificación de Aznar, pero aplicando la distinción de Carnelutti entre riesgos genéticos y riesgos específicos, Borrajo Dacruz ofrece la siguiente:

i) Riesgos profesionales:

- accidentes de trabajo
- enfermedad profesional
- paro

ii) Riesgos no profesionales:

De naturaleza biológica

- enfermedad
- maternidad
- vejez

- invalidez
- muerte

De naturaleza económico-social

- obligaciones familiares

c. Clasificación de Durand

La clasificación de Durante se ajusta a lo siguiente:

a) Contingencias fisiológicas:

- enfermedad
- maternidad
- invalidez
- vejez
- muerte.

b) contingencias profesionales

- accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,
- paro.

c) Contingencias del grupo familiar

- cargas de familia.

3.1.2.6 La Seguridad social como medio de protección de riesgos y contingencias

La seguridad social conlleva la protección contra los riesgos sociales, contingencias humanas. La necesidad de seguridad de los seres humanos implica conservar el bien logrado y evitar los males que contra él conspiran.

El ser humano trata de protegerse contra la incertidumbre del mañana, contra la miseria que podría resultar al disminuir sus capacidades físicas o intelectuales.

La seguridad social tiene por objeto “crear, en beneficio de todas las personas y sobre todo de los trabajadores, un conjunto de garantías contra ciertas contingencias, que pueden reducir o suprimir su actividad, o bien imponerles gastos suplementarios” (Netter, 1982, pp. 9-11).

Un examen de los textos en que aparece dicha locución, revela al menos los siguientes sentidos de ella:

- a) Un derecho a la libertad contra la opresión de la miseria.
- b) Forma de distribución de la riqueza.
- c) Conjunto de medios técnicos.
- d) Conjunto jurídico normativo.
- e) Idea fuerza de la civilización contemporánea.
- f) Seguridad de la sociedad.

Al ser la seguridad social, como objetivo, uno de los que se pretende alcanzar con la política social, y responder las medidas concretas para ello a una política sectorial, deben regirla los mismos principios básicos de aquella, de solidaridad, subsidiariedad y de libertad y dignidad humana. De ese modo, y recogiendo en concepto el concepto de contingencia social antes explicado, cabría conceptualizarla como un conjunto de medios técnicos, regulado por normas jurídicas, con fundamento en la solidaridad y en la responsabilidad personal y social, tendiente a liberar al hombre de la opresión de la miseria, mediante el otorgamiento de prestaciones, cada vez que se configuren contingencias sociales que afecten

desfavorablemente el nivel de vida de las personas protegidas, sus familias y quienes estén a su cargo.

El prestigioso laboralista Alfredo Montoya Melgar sostiene:

Seguridad social es el conjunto sistemático de medidas (normativas y de ejecución) a través de las cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones legalmente previstas. La idea de la seguridad social respondió “a un clamor universal”. (De la Cueva, 1983, p. 57)

El maestro Manuel Alonso de Olea al respecto precisa que, tomando el momento actual de la evolución de las nociones de riesgo, mecánica de cobertura y redistribución, se puede aventurar esta definición de seguridad social:

Conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables, agregando la idea de que tendencialmente tales medidas se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra la situación de necesidad garantizando un nivel mínimo de rentas.

José Francisco Blasco Lahoz y otros nos dicen: En una primera aproximación, podría conceptuar se el derecho de la seguridad social como el conjunto de normas, procedimientos y técnicas que, procedentes de campos distintos del derecho privado (seguro privado, seguro social, mutualidad, etc.) pasan a configurarse como instituciones propias y específicas derecho público y a regularse por normas de carácter internacional y transnacional y también por las

específicas de cada sistema nacional y que tiene por finalidad abordar la cobertura y protección de determinadas necesidades sociales que aparecen comprendidas en su campo y que constituyen como resultante histórico una de las parcelas más importantes, así mismo dicen: En cualquier caso una de las características de la mayoría de los sistemas de seguridad social es que definen la dosis de protección y las contingencias y situaciones de necesidad a su juicio merecedoras de protección definidas legalmente y mediante los mecanismo de seguridad social, acogiéndose a los estándares generales de protección que a veces las propias normas internacionales y normas comunitarias establecen. (Blasco, 1997, pp. 25-27)

Zamora y Castillo (1972) sostienen:

la seguridad social es parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda de previsión o asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y prosperidad de la sociedad a través del bienestar individual de todos sus miembros. (p. 394)

En resumen, de las distintas opiniones definidoras, dos ideas merecen destacarse al final de este análisis de la seguridad social, una relacionada con la política social, que muestra a la seguridad social como lucha contra la miseria y los males que comprometen el nivel de vida y el bienestar de la población; y otra que se refiere a la seguridad social como institución jurídica, caracterizada por ser un sistema obligatorio, administrado por un organismo público o semipúblico que concede prestaciones médicas preventivas, curativas y readaptadoras y prestaciones económicas substitutivas de la remuneración.

La seguridad social podemos conceptuarla como un conjunto normativo a través del cual el Estado garantiza a ciertos colectivos (y a los familiares a su cargo)

una protección frente a determinadas situaciones de necesidad legalmente previstas (Quesada, 1998, p. 383).

Fajardo (1997) considera que la seguridad social “es un sistema de protección contra las contingencias humanas, que procura a la vez la elevación del nivel de vida y el bienestar colectivo, en base a la distribución a la renta” (p. 18).

No obstante, en muchos de estos países se continúa con un sistema de seguridad social que solo alcanza a los asalariados, no porque sean los más necesitados, sino por la facilidad del financiamiento sin la participación del Estado. Esta situación puede ser muy cuestionable, pero estamos frente a lo que conceptualmente debe entenderse como un “sistema de seguridad”.

La seguridad social podría ser definida como el conjunto de esfuerzos realizados por una sociedad, con la finalidad de prevenir los registros sociales y reparar sus efectos. Estos esfuerzos se integran en un sistema de políticas, normas, actividades de administración, procedimientos y técnicas. “La seguridad social es un conjunto de medios de protección frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna” (Naranjo, 2001, p. 668).

3.1.2.7 Contenido de la seguridad social

Se debe tener en cuenta que la seguridad social constituye la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.

Todo sistema de seguridad social puede resumirse, para su debido funcionamiento, en estos aspectos que marcan su contenido: a) riesgos, contingencias o necesidades previstos o que hayan de cubrirse; b) personas comprendidas o amparadas; c) prestaciones o beneficios concesibles; d) financiación, sea mediante impuestos, aportes o contribuciones públicas, de los interesados o mixtas; e) inversión transitoria o productiva de los fondos reunidos, para evitar con esto resultados anti económicos y el elevado costo del sistema administrativo.

Sumariamente, el contenido de esta ciencia y organización social está constituido por la serie de medidas adoptadas a fin de conjurar ciertos riesgos a que se hayan sometidos los situados en inferioridad de condiciones en la vida de sociedad.

En lo científico y en lo positivo, la seguridad social se integra por las instituciones peculiares que originan y por los organismos que la promueven, orientan y propulsan.

Desde esa perspectiva, y de acuerdo con lo que propone Rodas (s. f.), la seguridad social constituye una

...tendencia omnicomprendiva que (...) ha llevado a un cierto estallido del concepto de seguridad social, de tal manera que, hoy por hoy, dos de esos pilares fundamentales diseñados por Beveridge al Servicio público de la salud y la asistencia social (que tiende a traer a su seno años heterogéneos servicios sociales) tienden a automatizarse de la seguridad social, pero integrando junto a ello eso que ha pasado de denominarse el sistema de protección social. La seguridad social sería, en este nuevo diseño, una

insatisfacción encargada de suministrar a los ciudadanos seguridad económica, tanto a través del brazo contributivo (que otorga de sustitución de las rentas profesionales dejadas de percibir por los sujetos) como del brazo no contributivo (que provee de rentas de subsistencia, también llamadas de compensación, a quienes carecen de los más elementales recursos). Pero se trata de un diseño cuyos perfiles no aparecen aún con suficiente nitidez y homogeneidad. (Rodas, s.f., párr. 9)

El profesor de la Universidad de Castilla La Mancha Joaquín Aparicio Tovar, reflexiona sobre el concepto de seguridad y propone:

Si es necesario dedicar alguna atención a lo que debemos entender por seguridad social, no solo es por la razón apuntada anteriormente, sino, además porque este concepto ha estado lleno de no poca confusión y se ha prestado a un uso propagandístico y escasamente técnico. En parte porque, al contrario de lo que pretenden las corrientes de pensamiento contrarias al mismo, goza de una gran popularidad, de ahí que en algunos países se presenten medidas de política social como si fueran de seguridad social cuando sin embargo no tiene nada que ver con una recta forma de entenderla; se procede así a una especie de contrabando intelectual, al que se recurre precisamente porque la seguridad social ha sido aceptada como un valor universal. (Aparicio, 2008)

Uno de los motivos por los que se puede proceder a esa operación de contrabando se debe a que, como ya se ha repetido, la seguridad social es un ideal original fruto de la voluntad política que no responde a las categorías jurídicas

tradicionales y, por tanto, su código epistemológico puede ser manipulado con relativa facilidad.

3.1.2.8 Estrategia del financiamiento

Los recursos financieros que tiene el Estado se originan en la capacidad económica de sus habitantes. De manera que cuando la población cuente con recursos, el Estado será rico. Por el contrario, de no ser esta la situación el Estado será pobre. Consecuentemente, un Estado es el ente que determina qué es lo que grava y qué es lo que hasta el producto de sus tributos. Por lo general los Estados suelen gravar directamente los resultados de la rentabilidad de la gente, tal es el caso del impuesto a la renta, que permite establecer, el tributo en forma proporcional de acuerdo con la renta que obtiene el contribuyente, en este caso queda obligada la población con mayor capacidad contributiva, pero también se da el caso del impuesto indirecto que recae sobre el consumo que hace la persona que en caso del Perú se denomina impuesto general de ventas (IGV) y en otros países se denomina impuesto al valor agregado (IVA).

La forma de financiamiento del sistema no contribuye a una correcta redistribución de la riqueza. Si bien las aportaciones se determinan sobre la base de los montos remunerativos de los trabajadores, estas no se distribuyen como renta nacional. Las contribuciones significan un valor agregado que tienen que pagar los consumidores del producto o servicio que produce el trabajador. Es decir, el sistema no logra desplazar riqueza de los grupos con mayor capacidad contributiva, a las clases más necesitadas.

El tema de la distribución de la riqueza, a través de la seguridad social implica el cambio de la forma del financiamiento contributivo. En este aspecto, encontramos experiencias vigentes de aquellos países que abandonando el sistema Bismaeckiano, han evolucionado hacia modelos, que les ha permitido ampliar la cobertura. En tal sentido, como afirma Américo Plá, la seguridad social contemporánea apunta a que la protección sea costada por la economía de la totalidad de los habitantes de un país.

No cabe duda de que en el nuevo sistema la estrategia tiene que ser distinta a la utilizada por el sistema contributivo. El Estado se debe convertir en factor fundamental, puesto que la protección social es uno de sus roles principales. En el nuevo modelo, tal como se ha hecho en diferentes países. La población vuelca sus recursos hacia el Estado, para que este, a su vez, utilizando a los entes administrativos de la seguridad social, devuelva tales ingresos en prestaciones a la comunidad.

De esta manera, la seguridad social se transforma en un adecuado mecanismo de distribución de la renta nacional. Algunos países desarrollados dedican a tales fines hasta un 30% de su producto bruto interno.

La utilización de esta vía es más adecuada que la que se emplea en el modelo clásico de la seguridad social, pero puede ser contraproducente si no se adoptan criterios para la captación de recursos de la población por parte del Estado. Tradicionalmente, los mecanismos tributarios que utilizan los Estados, para captar los ingresos de los contribuyentes, han consistido en gravar el consumo o la renta, es decir, la creación de los impuestos que añaden al valor de los productos y que indirectamente lo abona la población al momento de adquirir los bienes. La otra

forma, es el impuesto que directamente grava de manera proporcional, la renta de las personas.

Cabe entonces preguntarse, ¿cuál de las dos formas impositivas resultará más conveniente para el cumplimiento de los fines de la seguridad social? Es claro que la financiación de estas, a través de un impuesto al consumo, podría resultar contraproducente por su efecto regresivo. En efecto, para el que tiene menos recursos implica un freno al consumo indispensable para poder subsistir. Por otra parte, para clases menos pudientes significa volcar a las arcas del tesoro público, una mayor posición de sus ingresos, restándoles la posibilidad de un ahorro.

En cambio, para los que cuenta con una mayor potencialidad económica, el impuesto al consumo será menos significativo y con posibilidades de una mayor capacidad de ahorro.

Distinto es el efecto de un sistema impositivo a la renta de una persona. En este caso, lo que se grava es una riqueza, en forma proporcional y progresiva, de manera que el que más tiene, será el que más impuesto abone. Consiguientemente, aquí si se produce un desplazamiento de recursos económicos, de los que tiene un mayor potencial, en beneficio de los que no cuentan con riqueza; es decir, se experimenta una efectiva distribución vertical.

No cabe duda de que esta es la forma más viable para el establecimiento de un sistema de seguridad social más amplio, que puede permitir la transformación de la imposición al que más pueda, en prestaciones para el que más lo necesite.

Nosotros consideramos que debe encontrar una combinación de ambas formas para lograr un adecuado financiamiento.

3.1.2.9 Seguridad del financiamiento

Cuando se trata de distribuir los recursos económicos públicos, mediante la respectiva asignación presupuestal, los Gobiernos locales han mostrado una tendencia a posponer los gastos destinados a rubros que tengan que ver con aspectos sociales, tales como educación, salud, seguridad social, vivienda, etc., priorizando aquellas actividades que puedan expresarse mejor en los resultados políticos, tales como obras públicas.

Frente a esta eventualidad, si bien el nuevo modelo de seguridad social, debe ser financiado con ingresos suficientes para el logro de tal propósito, debe precisarse la fuente del financiamiento, y su recaudación debe permitir que los recursos ingresen directamente a la entidad encargada de su administración. En otras palabras, las fuentes de financiamiento deben ser intangibles; de esta manera, se logrará una seguridad económica de sus recursos que garanticen el otorgamiento de las prestaciones adecuadas, que fundamentalmente sean preventivas. Los organismos internacionales que se preocupan, sobre todo de la salud, expresado que el mejor camino para los países pobres consiste en la prevención, cuyo costo es menos oneroso que la medicina curativa.

3.1.3 *Sistemas normativos o contributivos de seguridad social*

En lo que se refiere a los posibles sistemas normativos se ha considerado tradicionalmente que existen dos, al que se debe añadir un tercero o mixto (Monereo, et al., 2019, pp. 383-384):

3.1.3.1 El sistema contributivo

También llamado germánico o continental, sus características son las siguientes:

- a) Su campo subjetivo está constituido por concretos colectivos asegurados, determinados según el principio de la profesionalidad, esto es, en tanto prestadores de servicios, no necesariamente laborables.
- b) Se cubren determinados riesgos sociales, no todas las situaciones de necesidad.
- c) Existe una rígida relación entre la cuantía de prestaciones que se otorgan y de las cotizaciones previas realizadas por los beneficiarios.

Esta última es la que explica su carácter normativo.

3.1.3.2 El sistema no contributivo

También llamado asistencial, anglosajón o atlántico, está basado en la ruptura del binomio cotización prestación, de modo que dicha correlación deja de ser necesaria, pasándose a tener derecho a determinadas prestaciones (muy señaladamente, la sanitaria) sin que sea imprescindible una previa cotización.

Además, las prestaciones económicas otorgadas no tienen por qué ser proporcionales a las cotizaciones, dado que la financiación del sistema es fundamentalmente estatal y no de los particulares.

La protección asistencial o no contributiva puede definirse como un mecanismo colectivo de solidaridad, cuya protección se otorga independientemente de la existencia de una cotización previa y de la pérdida o reducción de los ingresos profesionales y se destina a los individuos, familias y grupos que se encuentran en una situación de necesidad y cuyos recursos (materiales, culturales y sociales) son

tan débiles que quedan excluidos de los modos de vida mínimos aceptables en el Estado en el que residan.

Para su existencia es imprescindible la reunión de los siguientes elementos:

- La protección se reconocerá con independencia de que el interesado haya realizado una contribución (cotización) previa al organismo competente, lo que supone la no necesidad de que se hubiera producido una pérdida o reducción de los ingresos profesionales.
- Es necesario que el posible beneficiario se encuentre en una verdadera y probada situación de riesgo.
- Su fundamento consistirá en el otorgamiento de rentas que permitan la subsistencia de las personas que se encuentren en situación de necesidad y carezca de los recursos necesarios para la solvencia.

3.1.3.3 Sistema mixto

Hoy por hoy, la mayoría de los sistemas de seguridad social contienen elementos de ambos modelos. Se aprecia, así, la existencia de dos modalidades de prestaciones:

- a) Una, las no contributivas, se otorgan por igual a todos los ciudadanos, sin distinción, estando financiadas exclusivamente por el Estado.
- b) Otras, las contributivas, se requieren cotizaciones previas y su cuantía es proporcional a estas correspondiendo al Estado solo la parcial financiación.

3.1.4 Principios de seguridad social

3.1.4.1 Universalidad

Esta concepción enfrenta la idea equivocada de que la seguridad social en salud es un patrimonio exclusivo y excluyente del trabajador. Con este principio se sienta las bases de que la salud como derecho fundamental no está restringido a una clase o grupo social, sino que tiene que abarcar a todos para no desnaturalizar su esencia (Ángeles, 2017, p. 219)

Todas las personas deben participar de los beneficios de los sistemas de seguridad social. Este enunciado supera todas las limitaciones propias de los seguros sociales que nacieron con un carácter clasista, como un sistema de protección exclusivo de los trabajadores asalariados. La función de la seguridad social es proteger al ser humano como tal, dentro de una determinada colectividad social, sin discriminación alguna. El acceso a la protección mediante la seguridad social integral deja de ser un derecho para un grupo o grupos determinados y se constituye en un derecho subjetivo público, como un derecho fundamental del ser humano que debe ser elevado a rango constitucional sin restricciones. (Pérez, 2019, párr. 2)

3.1.4.2 Solidaridad

“Debe entenderse no solo en la perspectiva de lo ético sino también como un imperativo social de ayuda compartida de los que contribuyen para los que no puede contribuir por su situación económica” (Ángeles, 2017, p. 219).

La solidaridad implica postulados fundamentales, como son la libertad del individuo y la dignidad del hombre, y debe practicarse como “adhesión personal y responsable de las necesidades ajenas” (Lastra, 1994).

... el principio de universalidad consiste en “la tendencia a proteger a toda la población, reconociendo igual derecho a la protección a todo individuo residente sin limitaciones o discriminaciones de clase o nacionalidad. Probablemente, el principio de universalidad subjetiva sea el rasgo ético más distintivo de la institución de la seguridad social, que surgió con la vocación específica de extenderse a toda la población de un país. En el marco de la evolución histórica de los diversos mecanismos de protección frente a los riesgos físicos o sociales ligados a la propia existencia, la seguridad social nace precisamente como una institución superadora de los seguros sociales, caracterizados por extender su protección solo a un determinado sector de la población. (Buenaga, 2016, p. 308)

El principio de solidaridad guarda una relación estrecha entre lo económico y lo social en virtud de que la seguridad social debe servir como una medida redistributiva del ingreso nacional; en su financiamiento participan tanto los empleadores, los trabajadores y el Estado.

La procedencia tripartita de los recursos financieros y el destino de los mismos, a través del gasto público, es donde el Estado tiene la más grande responsabilidad en materia de rectoría del desarrollo social del país, donde el artículo 25 constitucional establece que «corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que,

mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo de una más justa distribución del ingreso y la riqueza permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales..» (Alemán y Morales, 2009, p. 55)

Por este principio, frente a las contingencias sociales, existe solidaridad de la comunidad unos responden por otros, existe la colaboración.

3.1.4.3 Principio de subsidiariedad

En una medida considerable, los integrantes de la sociedad somos beneficiarios de la cooperación ajena. Cada cual debe tomar por sí las providencias necesarias para solucionar sus problemas; y únicamente cuando no pueda resolverlos por sí solo, recurrirá a los beneficios que le otorga la seguridad social, sin dejar de cumplir obligatoriamente con los aportes.

Debemos indicar que el principio de subsidiariedad surge, ante la imposibilidad o insuficiencia de que los demás colaboren.

La subsidiariedad se desintegra en tres funciones:

- a) Subsidiariedad escrita, que se concreta en que lo factible por una entidad menor no debe efectuarlo una mayor, por deber reservarse esta para circunstancias de mayor amplitud y gravedad.
- b) La supletoria, en virtud de la cual las agrupaciones mayores han de auxiliar a las menores, para un mejor desempeño y para aportar lo que no esté al alcance de estas últimas.
- c) La coordinadora, que asigna a los núcleos sociales mayores la planificación general de sectores más reducidos y la conciliación de las

acciones respectivas, para evitar suspensiones o abandonos. (González, s.f., p. 4)

3.1.4.4 Principio de igualdad

Este principio no es exclusivo de la seguridad social, sino que es consustancial a todas las materias e implica que todas las personas deben ser amparadas igualitariamente ante una misma contingencia. Analizando las desigualdades sociales y económicas, el tratamiento debe ser adecuado a efectos de que la prestación cubra en forma digna el riesgo en cuestión, independientemente de la referida desigualdad.

También puede definírsele como igualdad de trato: todo ser humano como tal tiene el derecho a la seguridad social prohibiéndose toda clase de discriminación en cuanto a raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (White, 2002, p. 34).

El principio de igualdad es un principio general de derecho y como tal es aplicable al campo de la seguridad social. De acuerdo con este principio, se debe dar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en la misma situación, y a la inversa, debe darse un trato distinto y adecuado a cada circunstancia a las personas que se encuentren en situaciones distintas (...) Este uno de los principios que menos se cumple particularmente por la tendencia de igualar sin considerar las diferencias. Se echa de menos, en los sistemas de seguridad social, una adecuada distinción de diferentes situaciones concretas tanto en lo que hace a los beneficios derivados de la seguridad social como a las obligaciones frente a ella. Es decir, ya

los sistemas en sí mismos tienen la tendencia a establecer criterios de igualdad frente a situaciones distintas y además esa tendencia se ve reforzada por la actitud de los órganos jurisdiccionales de interpretar de forma favorable a igualar, pese a estar en presencia de situaciones distintas (Calvo, 2010, pp. 3-4).

Según este principio, la idea de seguridad social consiste en que “donde se presenta la misma necesidad cualquiera que sea la causa que lo origine, deben otorgarse las mismas pretensiones para cubrirla, o con mayor brevedad, identidad de prestaciones, en efectivo y en especie, para necesidades iguales”.

3.1.4.5 Principio de integralidad

De acuerdo con este principio, las prestaciones de la seguridad social del sistema deben ser acordes con las necesidades de los colectivos que se pretende proteger. Las prestaciones de la seguridad social no deben quedarse en la protección de los riesgos clásicos (invalidez, vejez, muerte, enfermedad y maternidad), sino que debe tener un crecimiento constante tendiente a detectar las diferentes necesidades sociales para acudir a su protección.

Para satisfacer las diferentes necesidades, de acuerdo con cada uno de los sectores protegidos, deben establecerse beneficios adecuados a las diferentes circunstancias. (Calvo, 2010, p. 4)

Es te principio es aquel por el que se debe a las personas protegidas por los seguros sociales todo lo ineludible para lograr la cobertura de los infortunios y necesidades sociales. Consiste en la orientación hacia el amparo de todas las contingencias sociales.

3.1.4.6 Principio de unidad

De acuerdo con este principio, el sistema de seguridad social como un todo, debe funcionar con criterios congruentes y coordinados, y otorgar prestaciones o beneficios similares para los diferentes colectivos que se protegen.

Este principio se ha confundido muchas veces con la exigencia de centralización en una sola entidad de todo el sistema de seguridad social. Lo que se enfatiza con este principio es que debe existir una congruencia en la gestión de las diferentes entidades que participan en la administración del sistema de seguridad social, y en los beneficios otorgados por ellas, de modo que la multiplicidad de instituciones no quiebre el principio de igualdad.

En el ámbito del derecho a la salud, este principio ha tenido un desarrollo significativo, no así en relación con el derecho a la jubilación en el que, pese a algunos esfuerzos, se mantienen diferencias importantes en las prestaciones y en las formas de financiamiento, sin que dichas diferencias tengan respaldo técnico. (Calvo, 2010, p. 2)

El principio de unidad presupone que todas las prestaciones de la seguridad social deben ser suministradas en una sola entidad o por un sistema de entidades entrelazadas orgánicamente y vinculadas a un sistema único de financiamiento.

La multiplicidad de organismos, más o menos autónomos que intervienen contra los diversos riesgos, tiene la inconveniencia de implicar una compleja y costosa administración, limitada eficacia y, en muchos casos, duplicidad de funciones y mal empleo de recursos. Por ello, estos inconvenientes deben evitarse unificando los servicios de la seguridad social.

Etala (1966) indica al respecto: “Todos los sistemas exigen cierta unidad o armonía en la organización legislativa, administrativa y financiera del sistema, evitando contradicciones, desigualdades, injusticias y complejidades”.

El principio de unidad presupone que todas las prestaciones de la seguridad social deben ser suministradas por una sola entidad o por un sistema de entidades entrelazadas orgánicamente y vinculadas a un sistema único de financiamiento.

3.1.4.7 Principio de internacionalidad

Este principio consiste en la garantía que tiene toda persona de que los derechos adquiridos o en curso de adquisición le sean reconocidos en el país en que se encuentre ya sea presentando actividad laboral o de tránsito.

3.1.4.8 Dinamismo

Tovar (s.f.) sostiene:

El dinamismo es algo propio de todo sistema de seguridad. Es necesario explicar una aparente paradoja cual es que, junto a la necesaria estabilidad de sistema, esto es la garantía en la continuidad de la protección de las situaciones de necesidad (de ahí que las reformas si requieren ser justas deben resolver dedicadas cuestiones del derecho transitorio), y que precisamente para conseguir esa garantía, debe de ser dinámico, lo que exige la movilidad legislativa para adaptarse a las nuevas situaciones sociales. Las reformas que tengan que hacerse entonces no solo tienen nada de dramático, ni tienen necesariamente implicar una crisis degenerativa, sino que son por el contrario son expresión de esa característica interna del sistema. Su

dinamismo, que empuja por una parte hacia la consecución de la universidad subjetiva de cobertura (todos los ciudadanos e incluso en el territorio del Estado deben estar integrados en el campo de la aplicación del sistema), y la universidad objetiva, esto es la protección frente a los estados de necesidad en que pueden verse los individuos cuando se concretan en ellos ciertos riesgos sociales identificados según el ideal de cobertura alumbrado por nuestra civilización. Esos riesgos sociales en su expresión mínima cristalizaron en el convenio 102 de la OIT, como ya se ha dicho, pero no pueden permanecer fosilizados por la sencilla razón de que van apareciendo nuevas necesidades debidas a los cambios en la forma de vivir y las transformaciones en la sociedad que obligan a una adaptación de los instrumentos utilizados por el sistema de la seguridad social. Los estados europeos signatarios de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, conscientes de esta idea, asumieron el compromiso de que los niveles de protección del convenio 102 OIT deberían de ser superados, como ya se indicó que se establece en el artículo 12 de la Carta, porque la seguridad social hace “aflorar necesidades nuevas cuando se cubren las que estaban mal o simplemente no atendidas”, para las que es necesario proveer prestaciones. Los cambios sociales, como cambios en los modos de trabajar, modificación en la estructura familiar o las modificaciones de la población debido a la baja tasa de natalidad o el envejecimiento de la población que se observa en muchos países europeos, tienen necesariamente que encontrar respuesta en las formas del sistema para realizar su función de provisión de

prestaciones frente a las situaciones de necesidad que van surgiendo.
(Aparicio, 2008, p. 128)

El dinamismo, por otro lado, no tiene por qué generar la sensación de caos que las dificultades de conocimiento del derecho de la seguridad social provocan en el estudioso.

... Al no responder a categorías jurídicas tradicionales, como ya se ha dicho, algunas dificultades pueden estar justificadas, pero con ciertos límites. Ciertas carencias de técnicas jurídicas que a veces se observan son injustificables por que generan una sensación de inseguridad (justamente lo contrario de lo que es una de las finalidades del sistema) pues como desde hace tiempo se señaló, las técnicas con las que opera permanecen sustancialmente con pocas variaciones. La seguridad social es la garantía de permanencia y continuidad en el alivio de los estados de necesidad de los individuos, hay que insistir las carencias de técnicas legislativas pueden ser entonces expresión de algo más profundo, de una crisis que no es ya de crecimiento y de perfeccionamiento, sino degenerativa, porque la calidad de las leyes en este ámbito “no es aquí un lujo o menos prescindible, sino un ingrediente necesario de la calidad de la prestación dispensada”. (Slideshare, 2019, pp. 19-20)

3.1.4.9 Obligatoriedad

Es importante reconocer que las normas de seguridad social tienen carácter imperativo. Así, como destaca White (2002):

El ingreso al sistema no depende de la voluntad del interesado, sin perjuicio de que pueda aceptarse la cobertura optativa y/o voluntaria de acuerdo a ciertas condiciones, y como adecuado complemento de los regímenes obligatorios indispensables. Surge a este respecto en muchas ocasiones la necesidad de hacer cumplir la norma, como vía práctica de extender la cobertura. (White, 2002, p. 34)

El esquema solidario no existiría si se dejara a los individuos estar dentro o fuera de él según su voluntad. Nadie puede decidir por sí mismo entrar o no en el sistema, decisión que normalmente cada uno la tomaría según que sus posibilidades fueran mayores o menores de ser desempleado, o enfermo, o inválido. O lo que es lo mismo los ricos deben estar juntos con los pobres en la organización técnica de la solidaridad en la comunidad políticamente organizado por el Estado, creándose así vínculos de pertenencia a impedir la exclusión social. Este riesgo excluye de la seguridad social a los sistemas de previsión que estén basados en la voluntariedad. Así como nadie elige nacer peruano, argentino, español o ruso, cuando en una comunidad se ha adoptado el pacto de establecer un sistema de solidaridad como el que aquí se ha indicado, no es dado a individuo alguno romper unilateralmente dicho pacto. El caso de las dictaduras latinoamericanas es bastante expresivo en este sentido. La experiencia histórica ha probado que la experiencia tiene que ser impuesta, de otro modo no existe. La experiencia de los seguros sociales es esclarecedora, por eso hizo fortuna la frase de que el seguro obrero será obligatorio o no será.

Si como acaba de verse no hay relación entre lo aportado y lo percibido y que siempre encontramos la mediación en la ley, queremos decir que el mundo de la seguridad social está extramuros del mundo de la voluntariedad.

3.1.5 Seguridad social en salud

3.1.5.1 Definición de salud

La salud se define como “un estado de equilibrio de los órganos del cuerpo humano que permite su normal desenvolvimiento desde el punto de vista fisiológico y en relación con el ambiente en el que el hombre vive”.

En la Ley General de Salud N° 26842, en el artículo I de su título preliminar, se establece que la salud es condición indispensable para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Asimismo, en el artículo de esta ley se establece que toda persona tiene derecho al libre acceso de prestaciones de salud y a elegir el sistema previsional de su preferencia.

En el Perú, tal como lo sostiene Francisco Javier Romero Montes, la salud se encuentra a cargo de cuatro sectores: a) El Ministerio de Salud, con sus hospitales y postas médicas que dan atención a los sectores de más bajos recursos que no tienen acceso ni a EsSalud ni a las Fuerzas Armadas, ni obviamente las clínicas privadas; b) EsSalud, a este sector acceden los trabajadores dependientes así como sus derechohabientes, los pensionistas (de la Ley N° 19990, Ley N° 20530 y AFP) y los asegurados potestativos (facultativos); c) La Sanidad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que atiende a los miembros de estas instituciones o a sus padres, cónyuges e hijos; d) La medicina privada que está a cargo del médico a través de sus consultorios y de las clínicas particulares.

La seguridad social en salud, de acuerdo a lo que establece la mencionada ley, se fundamenta en los principios constitucionales que reconocen el derecho al bienestar y garantizan el libre acceso a las prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas. Se desarrolla en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud.

El Ministerio de Salud tiene a su cargo el régimen estatal con el objeto principal de otorgar atención integral de salud a la población de escasos recursos que no tienen acceso a otros regímenes o sistemas. Dicho régimen se financia con recurso del Tesoro Público y brinda atención a través de la red del establecimiento del Estado, así como mediante otras entidades públicas o privadas que cuenten con convenios para tal efecto. Los reglamentos establecen los alcances, condiciones y procedimientos para acceder al presente régimen.

El artículo 2 de la Ley 27790, Ley de Modernización de la Seguridad Social, establece que “el Seguro Social de Salud otorga cobertura a sus asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales”.

3.1.5.2 De los asegurados

El artículo 2 de la Ley N° 26790 establece dos clases de asegurados:

A. Asegurados regulares

Son afiliados regulares:

- a) Los trabajadores activos que laboran bajo la relación de dependencia o en calidad de socios de cooperativas de trabajadores.

b) Los pensionistas que perciben pensión de jubilación, incapacidad o de sobrevivencia.

Bajo responsabilidad de la entidad empleadora correspondiente, la inscripción en el seguro social de los afiliados regulares y sus derechohabientes es obligatoria.

Son derechohabientes el cónyuge o el concubino a que se refiere el artículo 326 del Código Civil, así como los hijos menores de edad o mayores incapacitados en forma total y permanentemente para el trabajo, de acuerdo con la calificación que efectuará el IPSS, siempre que no sean afiliados obligatorios. La cobertura de los hijos se inicia desde la concepción, en la atención a la madre gestante.

La calidad de asegurado del derechohabiente deriva de su condición de dependiente del afiliado regular.

B. Consideraciones regulares y específicas del seguro regular (portal ESSALUD)

¿Qué es +SEGURO o Seguridad Regular?

El +SEGURO es el seguro regular al que se encuentran afiliados obligatoriamente todos los trabajadores activos que laboran bajo relación de dependencia o como socios de cooperativas de trabajadores.

También son afiliados a este grupo los pensionistas que reciben función de jubilación, por incapacidad y de sobrevivencia.

¿En qué centro asistencial se atiende un asegurado?

El centro asistencial le asigna de acuerdo a la dirección domiciliaria indicada en el DNI.

¿Qué cobertura tiene este seguro?

Este seguro otorga cobertura por:

- Prestaciones de prevención y promoción: comprende la educación para la salud, evaluación y control de riesgos e inmunizaciones.
- Prestaciones de recuperación de la salud: comprende la atención médica, tanto ambulatoria como de hospitalización, medicinas e insumos médicos, prótesis y aparatos ortopédicos indispensables, servicios de rehabilitación.
- Prestaciones de bienestar social: comprende actividades de protección, ayuda social y de rehabilitación para el trabajo, orientadas a la promoción de la persona protección de salud.
- Prestaciones económicas: Es el monto de dinero que EsSalud otorga, para compensar una pérdida económica derivada de la incapacidad temporal para el trabajo (enfermedad o accidente), del parto, así como para contribuir al cuidado del recién nacido. Asimismo, se otorga a la persona que demuestre haber efectuado los gastos de los servicios funerarios por la muerte del asegurado titular.
- Prestaciones de maternidad: consiste en el cuidado de la salud de la madre gestante y la atención del parto, extendiéndose al periodo de puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido.

¿La familia también tiene derecho a este seguro?

Sí, este seguro le brinda atención médica a sus derechohabientes que son:

1. La (el) cónyuge o concubina(o)
2. Hijos menores de edad
3. Hijos mayores de edad incapacitados de forma temporal y permanente en el trabajo.
4. Madre gestante del hijo extramatrimonial.

¿Qué trabajadores incluye este seguro?

Este seguro comprende a:

- Trabajadores dependientes
- Trabajadores del hogar
- Trabajadores de construcción civil
- Trabajador portuario
- Pescador y procesador artesanal independiente
- Trabajadores pesqueros y pensionistas exafiliados a la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP)
- Pensionista

¿Quiénes son trabajadores dependientes?

Es aquel que tiene relación de dependencia con uno o varios empleadores. Su registro y declaración mensual se realiza a través del Programa de Declaración Telemática o Formulario N° 402. Estos documentos se presentan en la red de

bancos, o a través de la SUNAT virtual. En el caso de las empresas consideradas Principales Contribuyentes (PRICO) los presentan en las dependencias de SUNAT.

Las fechas para la prestación mensual las establece la SUNAT.

¿Quién está a cargo de los aportes de los trabajadores?

La declaración y pago de los trabajadores está a cargo del empleador.

Base legal: Ley N° 26790 (17.05.97) y su Reglamento D.S. N° 009-97-SA (09.09.97) y las normas modificatorias: Ley N° 28791 (21.07.06 y D.S. N° 020-2006 TR (28.12.06)

¿Quiénes son trabajadores del hogar?

Se consideran como trabajadores del hogar a aquellas personas que efectúan labores de aseo, cocina, lavado, asistencia, cuidado de niños y demás propias de la conservación de una residencia o casa habitación y el desenvolvimiento de la vida del hogar, que no importen lucro o negocio para el empleador o sus familiares. Deben trabajar un mínimo de 4 horas diarias.

¿Dónde se registra al empleador y trabajador del hogar?

El registro del empleador y trabajador del hogar se realiza en las intendencias, oficinas zonales o en los centros de servicios al contribuyente de SUNAT. El trámite debe hacerlo personalmente el empleador, presentando el documento de identidad del empleador y trabajador.

¿En qué formularios se realiza la declaración y pago de aportes de los trabajadores del hogar?

La declaración y pago de aportes se realiza mensualmente utilizando el Formulario N° 1076 y se presenta en la red de bancos.

¿Quiénes no pueden afiliarse como trabajadores del hogar?

Aquellos que tengan alguna familiaridad con el empleador, según el grado de parentesco de consanguinidad o afinidad.

Por consanguinidad hasta el cuarto grado:

En línea recta:

1° grado: padres-hijos

2° grado: abuelos-nietos

3° grado: bisabuelos-bisnietos

En línea colateral:

2° grado: hermanos.

3° grado: tíos-sobrinos.

4° grado: primos, sobrinos, nietos tíos, abuelos.

Por afinidad (parientes políticos) hasta el segundo grado:

1° grado: suegros/yernos-nuera.

2° grado: abuelos del cónyuge.

En línea colateral

2° grado: hermanos del cónyuge (cuñados).

Asimismo, no puede existir relación laboral como trabajador del hogar entre los cónyuges.

Base legal: Ley No 27986 (03.06.03) y su Reglamento D.S. N° 015-2003 (20.11.03) y Resolución de Superintendencia N° 191-2005/SUNAT.

¿A quiénes se les llama trabajadores de construcción civil?

Son trabajadores que prestan servicios en la actividad constructora caracterizados por la temporalidad de sus servicios supeditados a la ejecución la obra.

Su registro y declaración mensual se realiza a través del Programa Declaración Telemática o Formulario N° 402. Estos documentos se presentan en la red de bancos, a través de SUNAT virtual. En el caso de las empresas PRICO lo presentan en las dependencias de SUNAT

Las fechas para la presentación mensual las establecen SUNAT.

¿Quién es el empleador del trabajador de construcción civil?

El empleador puede ser el contratista, el subcontratista o el propietario de la obra.

¿Quién está a cargo de los aportes de los trabajadores?

La declaración y el pago de los trabajadores están a cargo del empleador.

Base legal: Los trabajadores de construcción civil son afiliados regulares.

No tienen una norma especial en lo que respecta a EsSalud. Por tanto, se rigen a través de la Ley N° 26790 (17.05.97) y su Reglamento D.S. N° 009-97-SA (09.09.97) y las normas modificatorias: Ley N° 28791 (21.07.06) y D.S. N° 020-2006 TR (28.12.06).

¿Quiénes son los trabajadores portuarios?

Es la persona natural que, bajo relación de subordinación al empleador portuario, realiza un servicio específico destinado a la ejecución de labores propias del trabajo portuario, tales como, estibador, tarjador, winchero, gruero, portalonero, levantador de costado de nave y/o las demás especialidades que según las particularidades de cada puerto.

Su registro y declaración mensual se realiza a través del Programa de Declaración Telemática o Formulario N° 402. Estos documentos se presentan en la red de bancos, a través de SUNAT virtual. En el caso de PRICO lo presentan en las dependencias de SUNAT.

Las fechas para la presentación mensual las establecido SUNAT.

¿Quién está a cargo de los aportes de los trabajadores?

La declaración y pago de los trabajadores está a cargo del empleador.

¿Quién es el empleador portuario?

Es la persona jurídica debidamente autorizada para operar en determinado puerto y contratar trabajadores portuarios.

¿Qué labores se consideran trabajo portuario?

Se considera trabajo portuario al conjunto de labores efectuadas en los puertos privados de uso público y en los puertos públicos de la República, para realizar las faenas de carga, descarga estiba, desestiba, trasbordo y/o movilización de mercancías, desde o hacia naves mercantes, entre bodegas de la nave y bahía, incluyendo el consolidado y desconsolidado de contenedores, efectuado dentro del área operativa de cada puerto.

Base legal: Ley N° 27866 (16.11.02) y su Reglamento D.S.N° 013-2004-(27.10.04).

¿Quién es el pescador y procesador artesanal independiente?

Pescador artesanal independiente: Son personas que realizan labores de pesca de forma independiente en el ámbito marítimo y/o continental, con o sin embarcación.

Procesador pesquero artesanal independiente: Son las personas que realizan el procesamiento de los recursos hidrobiológicos para el consumo humano directo en forma independiente, empleando instalaciones y técnicas simples, con predominio del trabajo manual.

¿Quién los declara a estos trabajadores?

EsSalud: Estos trabajadores se afilian a una organización social, quien tendrá responsabilidad de declararlos ante EsSalud.

¿Quién realiza los aportes a EsSalud?

Los mismos trabajadores realizan los aportes al Banco de la Nación. Las constancias de aportación deberán ser entregadas a su organización social, quien se encargará de presentar el reporte mensual ante la SUNAT.

Base legal: Ley N° 27177 (25.09 99) y su Reglamento D.S. N° 002-2000-TR (26.03.00).

¿Quiénes son los trabajadores pesqueros y pensionistas exafiliados a la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP)?

Por reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP) se estableció que EsSalud asumiría las prestaciones de salud y económicas para los trabajadores pesqueros y pensionistas, así como a sus derechohabientes.

Su registro y declaración mensual se realiza a través del Programa de Declaración Telemática. Estos documentos se presentan en la red de bancos, o a través de SUNAT virtual. En el caso de las empresas PRICO lo presentan en las dependencias de SUNAT.

Las fechas para la presentación mensual lo establece SUNAT.

¿Quién está a cargo de los aportes de los trabajadores y pensionistas?

La declaración y pago de los trabajadores está a cargo del empleador o el armador.

En el caso de los pensionistas la declaración y pago está a cargo de la CBSSP.

Base legal: Ley N 28320 (07.08.04) y las Normas Reglamentarias D.S. N° 005-2005-TR (11.08.05) y D.S. N° 010-2005-TR (30.09 05).

¿Quiénes son pensionistas?

Se le considera pensionista a quien percibe pensión de cesantía, jubilación incapacidad o de sobrevivencia (viudez y orfandad) cualquiera fuere el régimen legal al cual se encuentre sujeto.

Su registro y declaración mensual se realiza a través del Programa de Declaración Telemática. Este documento se presenta en la red de bancos, o través de SUNAT virtual o en las mismas instalaciones de la SUNAT.

Las fechas para la presentación mensual lo establece SUNAT.

¿Quién está cargo del aporte por salud?

El aporte por salud está a cargo del pensionista, el cual equivale al 4% a su pensión percibida.

¿Quién está a cargo de la declaración de los pensionistas?

La declaración mensual de los pensionistas estará a cargo de la entidad que otorga la pensión al asegurado como la Oficina de Normalización Provisional ONP, las AFP o institución pública.

Base legal: Ley N° 26790 (17.05 97), Ley N° 28791 (21.07 06) y las Normas Reglamentarias D.S. N° 009-97 SA (09 .09.97) y D.S. N° 020-2006-TR (28 12.06).

Si cumpro con la condición de acreditado, pero en el centro asistencial dicen que no lo estoy ¿qué se debe hacer?

Nuestros sistemas cuentan con la información actualizada; sin embargo, los empleadores al declarar sus datos personales en el programa de declaración o en los formatos de pagos, cometen errores por lo que no se actualiza su vigencia.

Si requiere atención médica solo deberá acercarse donde el representante de seguros de su centro asistencial y mostrar los documentos que demuestran que se encuentra acreditado de acuerdo al tipo de asegurado, como boletas de pago, Formulario N° 1076 o vouchers de pago. El representante de seguros verificará si la información es conforme y procederá a emitirle la acreditación complementaria a fin de que reciba la atención médica que requiere.

Posteriormente para que no tenga inconvenientes en la próxima cita deberá comunicar a su empleador este impase para que regularice la información declarada.

Si el asegurado sufre un accidente, pero no cuenta aún con los tres meses de aportación, ¿podría atenderse en EsSalud?

Sí, en caso de accidente el asegurado podrá atenderse en cualquier centro asistencial por el servicio de emergencia ya que solo basta la afiliación al seguro para contar con este servicio.

Si mi contrato de trabajo se vence y me quedo desempleado, ¿puedo seguir atendiéndome en EsSalud?

En caso de desempleo, los asegurados regulares pueden contar con la cobertura especial por desempleo. Esta cobertura le permitirá atenderse en EsSalud

durante un periodo máximo de hasta 12 meses dependiendo del número de aportes que cuente dentro de los 3 últimos años anteriores a la fecha del cese.

Tiempo de aportación	Periodo de atención
De 05 a 09 meses	02 meses
De 10 a 14 meses	04 meses
De 15 a 19 meses	06 meses
De 20 a 24 meses	08 meses
De 30 a 36 meses	12 meses

Para contar con este seguro deberá presentar los siguientes documentos en las agencias u oficinas de aseguramiento:

- DNI del titular.
- Formulario N° 1022 debidamente llenado.

Al presentar estos documentos se le emitirá la carta de latencia, donde podrá ver el periodo de atención que le corresponde, el cual se inicia al día siguiente de su fecha de cese.

Esta cobertura incluye a sus derechohabientes

Nuestros sistemas contarán con la información de sus aportes siempre que su empleador haya declarado correctamente, sino sería recomendable que presente, además, su certificado de trabajo o liquidación.

¿Cómo y cuáles son los requisitos para registrar a los derechohabientes en EsSalud?

Para registrar a los derechohabientes solo se debe llenar el Formulario N° 1085 y presentarlo firmado por el empleador y el titular adjuntando:

Cónyuge:

- DNI de titular y cónyuge.
- Partida de matrimonio civil (con vigencia máxima de 1 año).
- Concubina.
- DNI de ambos titular y concubina (debe indicar la misma dirección domiciliaria).
- Hijos menores de edad.
- DNI del titular.
- DNI del menor de edad.

Hijo mayor de edad incapacitado en forma total y permanentemente para el trabajo:

- DNI del titular y el hijo.
- Partida de nacimiento del hijo.
- Resolución directoral de incapacidad otorgada por EsSalud (Este documento es emitido luego de una evaluación médica solicitada por el asegurado titular en la Agencia u Oficina de Aseguramiento de EsSalud del hijo más cercana a su centro de trabajo a nivel nacional).
- Es una condición que el derechohabiente no sea asegurado en EsSalud.

Gestante de hijo extramatrimonial:

- Documento de identidad del asegurado titular y de la gestante.
- Copia simple de la escritura pública o del testamento del asegurado que acredite reconocimiento del concebido o copia simple de la sentencia de declaratoria de paternidad.

Es una condición que la gestante no sea asegurada en EsSalud.

¿Qué condición deben cumplir los asegurados para solicitar la atención médica?

Además de presentar su documento de identidad (DNI) original, los asegurados deben cumplir con la condición de estar acreditados. Esta condición varía de acuerdo al tipo de asegurado:

- Trabajador dependiente y construcción civil: Debe contar con 3 meses de aportación consecutivos o 4 no consecutivos durante los 6 meses anteriores al mes de solicitar la atención médica y tener vínculo laboral vigente.
- Trabajador del hogar: Debe contar con 3 meses de aportación consecutivos o 4 no consecutivos durante los 6 meses anteriores al mes de solicitar la atención médica y tener vínculo laboral vigente.
- Trabajador portuario: Debe contar con 3 meses de aportación consecutivos o 4 no consecutivos durante los 6 meses anteriores al mes de solicitar la atención médica. No requiere tener vínculo laboral, salvo que hayan transcurrido más de tres meses sin prestar labor alguna.
- Pescador y procesador pesquero artesanal independiente: Debe contar con 3 meses de aportación consecutivas previas al mes en que solicita la atención médica.
- Extrabajador afiliado a la Caja de Beneficios de Seguridad del Pescador (CBSSP): Contar con 2 aportaciones consecutivas o no consecutivas canceladas en el semestre anterior al mes de solicitar atención médica además de tener vínculo laboral.

- Pensionista (incluye al de la CBSSP): Basta con tener la condición de pensionista para que tenga derecho de atención médica. Posteriormente el asegurado debería contar con 3 meses de aportación consecutiva 4 no consecutivas durante los 6 meses anteriores al mes de solicitar la atención médica, con excepción del pensionista de la ex-CBSSP que debería tener 3 aportes consecutivos

¿Cuánto es el aporte por este seguro?

Cuadro de aportes de +Salud.

Tipo de trabajador	De acuerdo a ley
Trabajador dependiente Trabajador del hogar Trabajador de construcción civil Trabajador portuaria	Equivale al 9% de la remuneración o ingreso mensual. Esta no puede ser menor a la Remuneración Mínima Vital vigente.
Pescador y procesador artesanal independiente	Equivale al 9% del Valor del Producto Comercializado. Dicho aporte no podrá ser menor al 9% de la RMV vigente.
Trabajador de la CBSSP	Equivale al 9% de su remuneración o ingreso mensual. Esta no puede ser menor al 4.4 de la Remuneración Mínima Vital vigente.
Pensionista de la CBSSP	Equivale al 4% de la pensión.
Pensionista Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador	Remuneración Mínima Vital desde enero de 2008 = S/ 550.00

¿Quién está a cargo del aporte del seguro?

El aporte del + SEGURO está a cargo del empleador, con excepción del pescador y procesador pesquero artesanal independientes que está seguro cargo del comercializador, el armador y el pescador.

En el caso de los pensionistas el aporte está a cargo del asegurado.

¿Quién es el empleador?

El empleador es la persona natural o jurídica que tiene a su cargo personal que labore en relación de dependencia o que paguen pensiones de cesantía, incapacidad o sobrevivencia.

¿A partir de qué mes se tiene derecho a la atención en EsSalud?

El asegurado titular, así como sus derechohabientes tienen derecho de atención desde el primer mes de aportación (del titular) en caso de accidente.

Tiempo de aportación	Periodo de atención
De 05 a 09 meses	02 meses
De 10 a 14 meses	04 meses
De 15 a 19 meses	06 meses
De 20 a 24 meses	08 meses
De 30 a 36 meses	12 meses

¿En qué centro asistencial se atiende un asegurado?

El centro asistencial se asigna de acuerdo a la dirección domiciliaria indicada en el DNI.

¿La familia también tiene derecho a este seguro?

Sí, este seguro le brinda atención médica a sus derechohabientes, que son:

- La (el) cónyuge o concubina(o).
- Hijos menores de edad.
- Hijos mayores de edad incapacitados en forma total y permanente para el trabajo.
- Madre gestante de hijo extramatrimonial.

C. Asegurados potestativos

Son afiliados potestativos todas las personas que no son asegurados regulares y que se afilian en EsSalud o en la entidad prestadora de salud de su elección.

Asimismo, son asegurados los derechohabientes de los asegurados regulares y potestativos. Son derechos habientes el cónyuge o el concubino a que se refiere el art. 326 del Código Civil, así como los hijos menores de edad o mayores incapacitados en forma total y permanente para el trabajo, siempre que no sean afiliados obligatorios. La cobertura de los hijos se inician desde la concepción, en la atención a la madre gestante.

El Seguro Social de Salud es de carácter obligatorio para los afiliados regulares y los demás que señale la ley.

El Seguro Social de Salud está autorizado para realizar directa o indirectamente, programas de extensión social para la atención de los no asegurados de escasos recursos.

Desde el 1 de enero del 2005 rige el nuevo seguro potestativo que fue aprobado por acuerdo del Consejo Directivo N° 46-18-ESSALUD 2004. Con resolución de la Gerencia Central de Seguros N 062-GCSEG-GDA ESSALUD 2004, de fecha 03 de diciembre del 2004 (publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 27 de diciembre del 2004), se aprobaron los siguientes planes de seguro potestativo:

- Plan “A”: Plan Protección Total.
- Plan “B”: Plan Protección Vital.
- Plan “C”: Plan de Emergencias Accidentales.

- Este nuevo seguro potestativo con sus respectivos planes, reemplaza a los regímenes especiales como eran facultativo independiente, continuación facultativa, ama de casa, chofer profesional independiente (que tuvieron vigencia hasta el 31 de diciembre del 2004).

Consideraciones generales y específicas del seguro potestativo (portal EsSalud).

¿Qué es el seguro + SALUD O Seguro Potestativo?

Es un seguro que brinda cobertura médica, en los centros asistenciales de EsSalud a aquellas personas que se afilien voluntariamente (trabajadores independientes, vendedores, amas de casa), que no son asegurados regulares de EsSalud; cabe decir que no tiene vínculo laboral o no tienen condición de pensionistas.

¿Qué beneficios otorga + Salud?

Cubre las atenciones de las enfermedades comprendidas en el Plan Mínimo de Atención.

- Atención médica, ambulatoria, hospitalaria y de emergencia.
- Medicamentos e insumos médicos, según petitorio institucional.
- Ayuda al diagnóstico (según oferta institucional).
- Atención por maternidad, que incluye control de la estación puerperio y atención del recién nacido, siempre que la gestante se encuentre afiliado al momento de la concepción.
- Prestaciones de prevención y promoción de la salud.

- Cobertura de enfermedades preexistentes siempre que estén dentro del plan mínimo de atención.

¿Cuáles son los requisitos para la afiliación?

- Formulario N° 1065.
- Documento Nacional de Identidad (DNI).
- En el caso de ser extranjero podrá mostrar su carnet de extranjería pasaporte con visa vigente.

Para realizar la afiliación deberá acercarse a una Agencia Oficina Aseguramiento más cercana a su domicilio.

Si me afilio a este seguro, ¿puedo acceder inmediatamente a la atención médica?

Para acceder a la atención médica los afiliados deberán tener 3 meses contados desde la fecha de inicio de cobertura. A este periodo conoce como el periodo de carencia en el cual los afiliados solo podrán acceder a los servicios en casos de emergencias accidentales y médico quirúrgicas.

¿Cuánto cuesta + Salud?

El aporte mensual es individual de acuerdo a la edad del titular y de los derechohabientes que se afilien, según el sistema del cuadro:

Rango de edad	Prima S/
Menores de 18 años	S/ 40.00
De 18 hasta 24 años	S/ 49.00
De 25 hasta 34 años	S/ 68.00
De 35 hasta 49 años	S/ 86.00
De 50 hasta 64 años	S/ 113.00
De 65 años a más	S/ 140.00

El aporte total considerará el aporte del titular más los derechohabientes (Incluye IGV 19%).

¿Cómo se paga +Salud?

El pago del primer aporte se realiza dentro de los primeros cinco días hábiles en que el asegurado solicita su afiliación al +Salud. Los pagos siguientes se realizan en forma mensual y por adelantado en los bancos autorizados. La falta de un aporte dará lugar a la suspensión de la cobertura. La falta de dos aportes consecutivos dará lugar a la resolución del contrato.

¿Dónde, cómo y cuándo se realizan los aportes de este plan de salud?

El aporte mensual se realiza en cualquier agencia del Banco de la Nación o del Banco de Crédito a nivel nacional, solo deberá indicar su número de contrato y abonar el pago. El número del contrato lo encuentra en el comprobante de información recibida (CIR), que se hizo entrega el día de su afiliación a este seguro. Los aportes los debe realizar de acuerdo a las fechas indicadas en el cronograma de pagos que se le entrega al momento de la afiliación.

¿Desde cuándo puedes gozar de los servicios de +Salud?

Nuevos afiliados:

Tres meses desde la fecha de inicio de vigencia del contrato. En este periodo, los asegurados no podrán gozar de la cobertura de salud contratada, a excepción de la atención por emergencias accidentales y/o médico quirúrgicas.

Afiliados provenientes de otros seguros potestativos de EsSalud:

Podrán tener atención inmediata (continuidad) de acuerdo a la naturaleza del contrato anterior. Afiliados con cobertura por desempleo (latencia).

Tendrán atención al inicio de vigencia de su contrato siempre que la afiliación se realice antes del vencimiento de la latencia.

El contrato se inicia a las 24 horas de efectuado el primer aporte.

¿Cuánto tienes que pagar al momento de tu atención?

Al momento de solicitar atención en consulta externa el afiliado deberá realizar un pago que asciende a S/ 10.00 por cada consulta externa e interconsulta. No están sujetas a este pago, las recetas o citas control, atenciones en el servicio de emergencia. Prestaciones de maternidad, ni las atenciones de tipo preventivo promocionales.

En caso de hospitalización, el afiliado deberá pagar el equivalente a un día de habitación, de acuerdo al nivel del Centro Asistencial donde se ha atendido independientemente del número de días que dure esta. La cobertura que brinda +Salud es al 100%.

¿Porque afiliarse a +Salud?

- EsSalud cuenta con la más importante red asistencial del país.
- Cobertura sin tope en los montos de las atenciones en salud, siempre que la dolencia esté considerado en este plan.
- No tiene límite de edad afiliarse.
- Médicos altamente especializados.

- Sistema Nacional de Referencia y Contrarreferencia para la atención integral de la salud según el grado de su dolencia.
- No tiene costo de afiliación.

¿Si dejo de pagar alguna cuota tendré algún inconveniente para mi atención médica?

Si deja de pagar una cuota se le suspenderá la atención médica hasta que regularice el pago. El derecho de atención lo recuperará al día siguiente de regularizado el pago. Si deja de pagar dos cuotas consecutivas el contrato será resuelto en cumplimiento a la cláusula decimoprimera, perdiendo su condición de asegurado a este plan de salud.

Si quiero renovar el contrato, ¿qué debo hacer?

El contrato tiene una vigencia anual. Si desea renovar su contrato deberá acercarse a la Agencia u Oficina de Aseguramiento; ahí se le entregará su nuevo cronograma de pagos.

3.1.6 Derecho de cobertura

De acuerdo a lo que establece el artículo 10 de la Ley de Modernización de la Seguridad Social, los afiliados y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones del Seguro Social de Salud siempre que aquellos cuenten con tres meses de aportación consecutivos dentro de los 6 meses calendario anteriores al mes en que se inició la causal de accidente basta que exista afiliación.

Tratándose de afiliados regulares, se considera periodos de aquellos que determinan la obligación de la entidad empleadora de declarar y pagar los aportes. Cuando la entidad empleadora incumpla con la obligación de pago del aporte y ocurra un siniestro, el EsSalud o la entidad prestadora de salud que corresponda deberá cubrirlo, pero tendrá derecho a exigir a aquella en reembolso del costo de las prestaciones brindadas.

En el caso de los afiliados potestativos, los periodos de aportación son los que corresponden a aportes electivamente cancelados. La cobertura no puede ser rehabilitada con aportes efectuados con posterioridad a la ocurrencia de la contingencia.

Las entidades empleadoras están obligadas a cumplir las normas de salud ocupacional que se establezcan con arreglo a la ley. Cuando ocurra un siniestro por incumplimiento comprobado de las normas antes señaladas, EsSalud o la entidad prestadora de salud que lo cubra, tendrá derecho a exigir de la entidad empleadora el reembolso del costo de las prestaciones brindadas.

3.1.7 Latencia (derecho especial de cobertura por desempleo)

3.1.7.1 Concepto

El derecho a la latencia es el derecho que tiene un desempleado y sus derechohabientes a seguir gozando de las prestaciones asistenciales hasta por un lapso de 1 año.

3.1.7.2 Consideraciones generales

- En caso de desempleo o suspensión perfecta de labores que genere la pérdida del derecho de cobertura, los afiliados regulares que cuenten con un mínimo de cinco meses de aportación, consecutivos o no consecutivos, durante los 3 años precedentes al cese o, suspensión perfecta de labores, y sus, derechohabientes, tienen el derecho a las prestaciones médicas previstas en los artículos 11 y 12 del DS.009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social, a razón de dos meses de latencia por cada cinco meses de aportación.
- Los periodos de latencia que se generen no podrán exceder de doce meses consecutivos, contados a partir de la fecha de cese o pérdida de la cobertura ocasionada por la suspensión perfecta de labores.
- Los periodos de aportación que se hayan computado efectivamente para otorgar periodos de latencia, no se consideran para el cómputo de los periodos de calificación de los próximos periodos de latencia que se generen.
- Las prestaciones o suspensión perfecta de labores, se brindarán de acuerdo a las condiciones establecidas en los párrafos anteriores, de la siguiente forma:

Periodos aportados en los 3 años previos al cese o perdida de cobertura	Total del periodo de latencia	Cobertura durante periodo de lactancia	
		Capa simple y compleja	Capa compleja y maternidad
De 5 a 9 meses	2 meses	Primer mes	Segundo mes
De 10 a 14 meses	4 meses	2 primeros meses	2 siguientes meses
De 15 a 19 meses	6 meses	3 primeros meses	3 siguientes meses
De 20 a 24 meses	8 meses	4 primeros meses	4 siguientes meses
De 25 a 29 meses	10 meses	5 primeros meses	5 siguientes meses
30 o más meses	12 meses	6 primeros meses	6 siguientes meses

- El asegurado tiene derecho a las prestaciones a que se ha hecho referencia, aun en el supuesto que su empleador haya incumplido, el pago de las contribuciones o retribuciones correspondiente a los periodos de aportación computables para acceder al derecho especial de cobertura por desempleo o suspensión perfecta de labores, sin perjuicio de las facultades de EsSalud y de las EPS, cuando corresponda, de determinar y cobrar las obligaciones que pudieran estar adeudando las entidades empleadoras por tales periodos.

Cuando una entidad empleadora cambia de EPS, la nueva EPS contratada deberá asumir las obligaciones de la anterior.

- Durante el periodo de latencia no se devenga la obligación de efectuar aportes a favor de EsSalud, ni la retribución a favor de la EPS correspondiente a los trabajadores desempleados o cuyo vínculo se encuentre suspendido, en forma perfecta.

Los períodos en los que el afiliado regular en actividad tuviere derecho al subsidio por incapacidad temporal o maternidad, son considerados periodos de aportación para todos los efectos que establece la Ley N° 26790 y el Decreto Supremo N° 009-97-SA, sus normas modificatorias, ampliatorias y reglamentarias. Dichos periodos no determinan la obligación de la entidad empleadora de pagar las contribuciones correspondientes al afiliado regular que percibe subsidios por incapacidad temporal o maternidad.

3.1.7.3 Régimen especial temporal del período de acceso a servicios de seguridad social en Salud para desempleados Ley N° 29353

Conforme a la ley publicada el 1 de mayo del 2009, se establece un régimen especial temporal del derecho de cobertura por desempleo (latencia) previsto en el artículo 11 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, con el fin de aliviar la situación de los desempleados como efecto de la crisis financiera internacional.

¿Quiénes están comprendidos?

Están comprendidos en este régimen especial los afiliados regulares que hubieran sido cesados cuyos contratos de trabajo hubieran sido suspendidos de manera perfecta durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de julio de 2010; inclusive tienen derecho a las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud, siempre que cuenten con un periodo de aportación no menor de cinco (5) meses en los últimos tres (3) años precedentes al cese o suspensión. Dicho derecho se hace extensivo a sus derechos habientes de acuerdo con el siguiente detalle:

Periodos aportados	Plazo de latencia
De 5 a 9 meses	6 meses
De 10 a 14 meses	6 meses

¿Desde cuándo se inicia el plazo de latencia?

El plazo de latencia se inicia a partir de la fecha en que se hizo efectivo el cese o a partir de la fecha de pérdida del derecho de cobertura en el caso de suspensión perfecta del contrato.

3.2 Resultados normativos

3.2.1 Derecho interno

Ley General de Salud, Ley N° 26842:

(..) Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

(Ley General de Salud, Ley N° 26842, art. 7)

3.2.2 Derecho internacional

A) Convenio de Oviedo:

Convenio aprobado por el Consejo de Europa en 1996 y posteriormente abierto a la firma en Oviedo en 1997. Este convenio establece lo siguiente:

- Prohíbe la clonación de seres humanos.
- Prohíbe la elección del sexo del ser humano que va a nacer, salvo que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

- Permite la experimentación sobre embriones *in vitro* siempre que se garantice una protección adecuada del embrión.
- Prohíbe la creación de embriones con fines de experimentación.
- Permite intervenciones sobre el genoma humano cuando medien razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

B) Declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos:

La Declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, emitida el 11 de noviembre de 1997, establece:

- El genoma humano es patrimonio de la humanidad.
- Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad, cualesquiera que sean sus características genéticas, respetando el carácter único y la diversidad de cada individuo.
- La confidencialidad de los datos genéticos.
- Ninguna investigación relativa al genoma humano podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana del individuo o de los grupos humanos.
- Prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos.

C) Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana:

Dictada el 08 de marzo de 2005, establece la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida

humana en la aplicación de las ciencias biológicas. Establece también la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana.

D) Declaración de las Naciones Unidas sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para las generaciones futuras:

Dictada el 12 de noviembre de 1997 por la ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura, establece la obligación de las generaciones actuales de proteger el genoma humano, respetándose plenamente la dignidad de la persona humana y los derechos humanos, y preservarse la diversidad biológica.

E) Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos:

Del 19 de octubre de 2005, emitida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, exige el respeto de la dignidad humana, de los derechos humanos y libertades fundamentales, privilegiando el interés del individuo sobre el de la ciencia. Asimismo, establece que se debe siempre maximizar los beneficios de la aplicación de los conocimientos científicos, prácticas médicas o tecnologías asociadas, minimizando en todo lo posible el daño.

F) Declaración de Bioética de Gijón:

Aprobada en junio del 2000. Por medio de esta declaración el Comité Científico hace las siguientes recomendaciones:

- El genoma humano es patrimonio de la humanidad, y por lo tanto no puede ser patentable.
- Una finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces. Estas técnicas podrán utilizarse también para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, así como en la investigación autorizada.
- Prohíbe la clonación humana.
- La investigación y experimentación sobre seres humanos debe desarrollarse respetando su dignidad.

3.2.3 Derecho comparado

3.2.3.1 Estados Unidos – California

A partir del 1 de enero de 2013, la Ley de California (AB1217) especifica claramente la legalidad de la gestación subrogada siempre que se sigan las reglas apropiadas. Según la ley, los padres de un niño nacido bajo un acuerdo de maternidad subrogada serán la pareja nombrada en el contrato, y los tribunales locales de derecho de familia deben respetar los términos del acuerdo de maternidad subrogada. Además, puede conseguirse una resolución judicial previa al nacimiento, que otorga derechos legales de paternidad a los futuros padres incluso antes de producirse el nacimiento.

Del texto de la ley: “La sentencia o resolución [respecto a los padres legales de un niño] establecerá la relación padre-hijo del padre o los padres designados en el contrato de maternidad subrogada. También establecerá que la madre subrogada,

su cónyuge o pareja no son padres de, ni tienen derechos o deberes parentales con respecto al niño o niños”.

Si tenéis un contrato válido de maternidad subrogada que os declara los futuros padres del niño, seréis los padres legales aunque el recién nacido no tenga relación genética con vosotros. En otras palabras, podéis ser reconocidos como padres legales de un bebé, independientemente de si el niño es concebido o no con vuestros óvulos o vuestro semen.

Los padres pueden usar óvulos y/o semen procedente de donaciones y seguir siendo los padres legales de su hijo, siempre y cuando se cumplan todas las leyes de maternidad subrogada. En California, la maternidad subrogada es una opción igualmente buena y legal tanto para personas solteras como para parejas, tanto para parejas no casadas como para parejas casadas, y tanto para parejas homosexuales como para parejas heterosexuales. Lo que importa es que el padre o los padres se aseguren de que cuentan con la representación de un abogado experto y experimentado que garantizará que se cumple con todos los requisitos legales. Siempre y cuando todo se haga correctamente, todas las partes, padres y madres subrogadas, contarán con la protección adecuada.

3.2.3.2 México – Sinaloa

Para poder realizar un proceso de gestación subrogada en Sinaloa es necesario que los futuros padres sean ciudadanos mexicanos y, además, que la madre de intención tenga incapacidad médica de gestar un bebé.

Tal y como se refleja en el artículo 283 de la ley sobre técnicas de reproducción asistida del estado de Sinaloa:

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Del mismo modo, los requisitos para ser gestante son:

- Tener entre 25 y 35 años.
- Ser madre de un hijo consanguíneo sano.
- Tener una buena salud física y mental.
- Dar el consentimiento voluntario de prestar su vientre.
- Debe acreditar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante el año previo a la implantación del embrión y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en este procedimiento.

Asimismo, se admite cualquier modalidad de gestación subrogada, esto es, parcial, total, altruista o con compensación.

La realidad es que, actualmente, existe una propuesta de ley con intención de prohibir la gestación subrogada en este Estado mexicano, aunque todavía no ha sido aprobada y por tanto continúa siendo únicamente una propuesta.

3.2.3.3 Canadá

La maternidad subrogada en Canadá es legal, pero está muy restringida. La legislación solo permite la subrogación altruista, lo que significa que las gestantes subrogadas solo pueden recibir dinero para cubrir los gastos básicos; están prohibidas las agencias que pongan en contacto a gestantes subrogadas con los

futuros padres y tampoco están permitidas las agencias que proporcionan apoyo a los padres o a las gestantes.

La legislación canadiense es muy explícita y está regulada por la ley C-6 (Ley de Reproducción Asistida). La ley especifica las siguientes restricciones a la maternidad subrogada en Canadá:

Nadie puede pagar contraprestaciones a una mujer para que sea madre de alquiler, ofrecerse a pagar dichas contraprestaciones o anunciar que se pagarán.

Nadie puede aceptar contraprestaciones por gestionar los servicios de una madre subrogada, ofrecerse a gestionar dichos servicios cobrando una contraprestación o anunciar la gestión de estos servicios.

Nadie puede pagar contraprestaciones a otra persona por gestionar los servicios de una madre subrogada, ofrecerse a pagar contraprestación por dichos servicios o anunciar el pago de estos.

3.2.3.4 Portugal

La ley portuguesa de gestación subrogada, la Ley 25/2016, referente a la gestación subrogada define la gestación por sustitución como “cualquier situación en la que una mujer se disponga a llevar a término el embarazo en favor de terceros y a entregarles el niño tras el parto, renunciando a los derechos y deberes propios a la maternidad.”

Recurrir a una gestante subrogada debe ser una solución reproductiva excepcional. Solo se podrá recurrir a este método de reproducción asistida en caso de ausencia o disfunción del útero que impida el embarazo de forma terminante. No se puede practicar una gestación subrogada por placer.

Como tratamiento de fertilidad y desde la reforma de la ley de técnicas de reproducción asistida, la gestación subrogada está destinada a parejas heterosexuales y parejas homosexuales femeninas, casadas o viviendo como tal.

3.3 Resultados jurisprudenciales

3.3.1 Poder Judicial

A) Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05:

Si el sistema convencional que vincula al Estado peruano protege a una persona que ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para tener descendencia, sería un contrasentido que luego de que esa técnica alcanza un resultado favorable, se perturbe o desconozca la condición de madre o padre de la persona que acudió a dicho método.

Esto ha indicado el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, que ha ordenado, mediante su resolución N° 5, recaída en el Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, al Registro Nacional de Identidad y Registro Civil – Reniec, inscribir como padres a una pareja de esposos que contrató a una mujer para emplear la técnica de vientre subrogado con ovodonación para convertirse en padres.

— Hechos del caso:

El 4 de mayo de 2016, los esposos A.N.B.V. y F.D.N.R., así como los cónyuges E.B.R.U. y F.C.L.S., interpusieron, a favor propio y de los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo contra el Reniec.

Los dos primeros acreditaron estar casados y que intentaron procrear sin éxito. Ante esta situación, acudieron a la técnica de vientre subrogado

con ovodonación (donación de óvulos), pues sus óvulos de A.N.B.V. no lograban el nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo ni los óvulos donados fertilizados lograron anidarse en su cuerpo.

Los demandantes E.B.R.U y F.C.L.S., también casados, acordaron suscribir con la primera pareja un “acuerdo privado de útero subrogado”, en el que consta que los óvulos de una donante anónima de serían fertilizados por los espermatozoides de F.D.N.R. e introducidos en el útero de E.B.R.U.

Como resultado de este procedimiento, en noviembre de 2015, nacieron los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. Pese a lo declarado por los demandantes, el médico tratante consignó como madre a E.B.R.U. y como padre a F.D.N.R. Estos datos se repitieron en las actas de nacimiento correspondientes y el Reniec rechazó las impugnaciones formuladas por los demandantes.

— **Motivos concretos del Quinto Juzgado Constitucional de Lima**

El juzgado consideró que, al estar involucrados el derecho a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos, de los demandantes adultos, la demanda contenía materia con relevancia constitucional que podía ser atendida en vía de amparo. Respecto al caso concreto, estimó que le tocaba decidir si los demandantes A.N.B.V. y F.D.N.R. debían ser considerados madre y padre de los menores.

Respecto al uso de la reproducción asistida, el juez Hugo Velásquez Zavaleta recordó lo explicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*, en el sentido de que el derecho a la vida

privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, lo que incluye el derecho a beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida. En consecuencia, recordó que para la Corte IDH no deben existir restricciones desproporcionadas e innecesarias para que las personas ejerzan sus decisiones reproductivas.

En consecuencia, afirmó que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconoce la potestad fundamental de las mujeres para que, de manera informada, se asista de las técnicas científicas que existan para ser madres. A esta situación no solo pueden llegar con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada, comúnmente conocido como “vientre de alquiler”).

Si la normativa del Estado peruano no proscribiera el uso de técnicas médicas para la concepción y la formación de una familia y si la normativa convencional acepta tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida. Es decir, el juez consideró no existen razones para negar la condición de madre de la demandante A.N.B.V. y de padre del demandante F.D.N.R. (quién aportó los espermatozoides).

Adicionalmente, el juez se pronunció sobre la regulación de las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico peruano. Resaltó que el artículo 7 de la Ley General de Salud señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a

recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

Al respecto, entendió que esta norma no puede interpretarse en el sentido de que otros supuestos de reproducción asistida, no previstos en ella, estén proscritos. Lo único que puede afirmarse es que el artículo 7 de la Ley General de Salud solo regula los supuestos en los que la madre gestante comparte carga genética con su bebé.

— Las excepciones deducidas por el Reniec

Primero, el juzgado rechazó la excepción de falta de representación deducida por el Reniec, dado que se sustentaba en la ausencia de vínculo entre los demandantes A.N.B.V., F.D.N.R. y F.C.L.S., y los menores beneficiados con la demanda.

Si bien, en principio, estos demandantes no podrían demandar por los derechos de los menores, precisamente reclaman que la actuación del Reniec generó el problema. Además, según el acuerdo privado de vientre subrogado, la demandante E.B.R.U. tampoco podría ejercer la representación legal de los menores. En consecuencia, aceptar la excepción deducida generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, solo por haber nacido gracias a métodos de reproducción asistida, lo que fue suficiente para notar que estamos ante un agravio que amerita pronunciamiento de fondo.

Respecto a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, el juzgado explicó que esto no resultaba exigible porque podría causarse un agravio irreparable a los alegados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos, así como a la identidad e interés superior del niño. Esto porque los menores están al cuidado de los demandantes A.N.B.V. y F.D.N.R., quienes al no tener vínculo con estos podrían enfrentar cargos penales, así como la “madre”, la demandante E.B.R.U.

Decisión final

Por todo lo anterior, el juzgado decidió declarar fundada la demanda de amparo, anulando las actas de nacimiento de los menores en cuestión, imponiendo el pago de costos y ordenando al Reniec que inscriba, en el plazo de dos días, como madre a A.N.B.V., y, como padre a F.D.N.R.

B) Cas N°563-2011-Lima:

El derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear un ser humano para entregarlo luego en adopción a cambio de ciertos beneficios.

Así lo estableció la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el primer caso de vientre de alquiler enmarcado en un supuesto de adopción, donde se evidencia que las partes acordaron una fecundación asistida y producto de lo cual nació una menor.

Según la Casación N° 563-2011-Lima, en un proceso en que se encuentran involucrados derechos fundamentales —en este caso de una niña— corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción al citado principio, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, explica el procesalista Víctor Calderón Proaño.

De acuerdo con la norma, en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado, mediante los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, gobiernos regionales y locales, y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se deberá atender el principio del interés superior del niño y el respeto de los derechos del niño y adolescente.

En opinión de este colegiado, debe entenderse por interés superior del niño a la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado.

“Principio que nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos de los menores deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran su debida protección”, agrega Calderón al analizar la mencionada sentencia.

De acuerdo con el expediente, los demandantes y demandados (padres biológicos) acordaron que la esposa del demandado se someta a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a una menor, para que luego le sea entregada a los demandantes, lo que se concretó a los pocos días de nacida.

La intención de los demandados era mejorar su situación, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como “ayuda económica”.

En el proceso se evidenció que uno de los demandados era hermano de una de los demandantes y que la esposa de este se sometió a la fecundación asistida con el óvulo fecundado por el esposo de la demandante.

Inicialmente los esposos demandados se allanaron a la demanda; sin embargo, antes de que se emita la sentencia en el proceso de adopción correspondiente, la madre biológica —en su calidad de demandada— se desistió, desistimiento que presentaba un defecto procesal que no fue subsanado.

Ante la duda de asentimiento de la madre biológica, el juez tuvo en cuenta el principio del interés superior del niño y el respeto de sus derechos y por tanto determinó que la niña debía tener una familia con los preadoptantes cuya solvencia moral y salud física estaba acreditada.

Ese fallo fue apelado por la madre biológica y confirmada después por la sala civil superior respectiva.

C) Casación N° 5003-2007-Lima

Materia del recurso: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setenta y seis, de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene.

Fundamentos por los cuales se ha declarado procedente el recurso: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas

que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia.

Considerando: Primero: La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes; se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. Segundo: De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de este, mediante la técnica de reproducción asistida denominada “ovodonación”, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud (...).

Decisión: a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el

artículo 396 inciso 2 ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia NULA la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; INSUBSISTENTE la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. b) ORDENARON que el juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; interviniendo como vocal ponente el señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron.

3.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

➤ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación Vitro”) vs. Costa Rica:

Víctimas: Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquineta Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza

Representante: Boris Molina Acevedo, Gerardo Trejos Salas

Estado demandado: Costa Rica

Sumilla: El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro*.

Derechos violados

Convención Americana: Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos), Artículo 11 (Derecho a la honra y dignidad), Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), Artículo 24 (Igualdad ante la ley), Artículo 25 (Protección judicial), Artículo 27 (Protección a la familia), Artículo 4 (Derecho a la vida) , Artículo 5 (Derecho a la integridad personal), Artículo 7 (Derecho a la libertad personal), Artículo 8 (Garantías judiciales).

Otros tratados interamericanos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).

Otros instrumentos: Convención sobre los Derechos del Niño – Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Naciones Unidas, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos) – Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina – Consejo de Europa, Declaración de los Derechos del Niño – Naciones Unidas, Declaración sobre la utilización del progreso científico y

tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad – Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Naciones Unidas.

Hechos:

- Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación *in vitro* (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000.
- El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo.
- Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- a) Fecha de presentación de la petición: 19 de enero de 2001.
- b) Fechas de informes de admisibilidad (25/04): 11 de marzo de 2004.
- c) Fecha de informe de fondo (85/10): 14 de julio de 2010.

Puntos resolutivos

La corte decide:

- ✓ Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado.

La Corte declara:

- ✓ El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1 Discusión doctrinaria

4.1.1 *Posturas o argumentos a favor*

El argumento en favor de las mujeres que alquilan su vientre, gestación subrogada, está basado en los principios de universalidad y cobertura total, en virtud de los cuales dichas mujeres deben tener una protección especial del sistema de seguridad social.

La seguridad social aplicable a las personas que se encuentra con gestación subrogada (caso de la mujer que presta su vientre en alquiler) debe enmarcarse en:

- a) Riesgos, contingencias o necesidades previstos o que hayan de cubrirse, en lo que trata a la mujer que se somete a un vientre de alquiler, no solo es el riesgo de tener un embarazo, sino también las complicaciones que puedan generarse durante los meses de gestación, así como las ocurrencias de embarazos de riesgo a la vida de la mujer y en el concebido. Por ello, la gestación subrogada resulta ser materia de cobertura de seguridad social.
- b) Con respecto a las personas comprendidas o amparadas, claramente, desde la perspectiva de considerar la gestación subrogada como contrato (pese a las divergentes opiniones), se daría entre los contratantes, siendo el sujeto más débil de la relación contractual la madre gestante a la cual se debe coberturar por el riesgo.
- c) La otra arista se encuentra en la de establecer las prestaciones o beneficios concesibles; en este sentido, ello se ha hace sostenible gracias a la financiación que preliminarmente es obligación del Estado peruano, pero no es suficiente,

debiendo establecerse coberturas financiadas por las personas interesadas en el vientre de alquiler, situación que es posible, pero para cuyo efecto se hace necesario iniciar con el reconocimiento contractual o como acto jurídico de la gestación subrogada para poder establecer seguros de vida y salud a favor de las madres gestantes.

- d) Netamente la financiación deberá ser privada, por cuanto los contratantes son los que se someten al riesgo.

En la legislación nacional, apenas existen lineamientos a los que se podrían recurrir en búsqueda de la protección de la gestación subrogada; por ejemplo, en el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, de un lado, se señala que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida: pero, del otro, parece decir que solo estaría admitida la técnica si coinciden la condición de madre gestante y genética. Pero, tampoco se especifica una consecuencia jurídica cuando se contraviene esta indicación. Se agrega en el mismo artículo 7 que, para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. El tema es que el legislador no ha sido claro y que, de otro lado, hay una realidad dolorosa, desgarradora: la de quien o quienes están preparados para tener hijos, pues poseen salud física y mental, recursos económicos, pero no puede tenerlos en forma natural.

En ese sentido, es falso que en el Perú las familias puedan adoptar con facilidad. El Estado aún es muy ineficiente para hacer que todos los niños, niñas y adolescentes abandonados tengan un hogar adecuado. El Gobierno pasado, además, prácticamente destruyó el sistema de adopción administrativa admitiendo o

tolerando la emisión de frondosa e ineficiente normativa. Entonces, si la ciencia brinda opción a estas parejas, nos preguntamos si es justo que el Derecho, obstaculice tomarlas o seguir las. Se ha meditado mucho en torno al tema con base en muchos años de experiencia en adopción. Se ha llegado a la conclusión de que no hay principio ético que impida a las personas que no pueden tener hijos en forma natural usar técnicas de reproducción humana asistida y alcanzar el anhelo de ser padres; por lo tanto, un legislador no tendría apoyo claro ni en el Código Civil ni en la Ley General de Salud respecto de la propuesta a adoptar para enfrentar sus necesidades.

De ese modo, las únicas limitaciones a los acuerdos estarían dadas por el orden público y las buenas costumbres previstas como causal de nulidad de los acuerdos, en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil y no existiría ninguna contravención de reglas que afecten la convivencia social ni la moral pública.

En la actualidad, se debe dar solución a la necesidad de brindar una respuesta ante los requerimientos que plantean las técnicas de reproducción humana médicamente asistida mediante la ponderación de los derechos constitucionales.

4.1.2 Posturas o argumentos en contra

Existe unanimidad en precisar que la maternidad subrogada o vientre de alquiler no es un contrato o no tiene naturaleza jurídica, pues se considera que la fecundación *in vitro*, en general, contiene deshumanización implícita, que reemplaza la relación humana entre los seres por la intervención manipuladora de los laboratorios, pretendiendo ser factorías de vida.

Las técnicas de reproducción asistida, en general, no deben aplicarse por ser ilícitas al vulnerar el derecho a la vida y a la dignidad de los concebidos; pues implican muchas veces una instrumentalización subyacente de la mujer, y con ello la posibilidad de generar nuevas formas de discriminación, la comercialización de la reproducción asistida, la manipulación y pérdida de embriones, la aplicación del diagnóstico pre-implantario como si fuera un control de calidad de un producto mercantil, así como la discriminación de los embriones defectuosos que lleva a “desecharlos”, y los riesgos de taras o enfermedades genéticas; además, la aplicación de esas técnicas no remedian la esterilidad de las parejas, su uso es mera comodidad o capricho.

La introducción de una tercera persona en el proceso de procreación humana supone ataque demoledor a los valores fundamentales del matrimonio, marcando al hijo con el trauma de tener dos madres. Al respecto, sostiene Valverde (2011): “Me parece que el hacer uso de esta técnica, se atiende más a los intereses de los futuros padres que los de la criatura, intentando convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que no se puede disponer, ni tampoco celebrar acuerdos al respecto”.

Al es así que la reproducción subrogada o vientre de alquiler, al no ser un contrato o acto jurídico no tendría reconocimiento legal o efectos jurídicos, por lo cual no se podría exigir la imposición de seguridad social a favor de la mujer gestante, ni mucho menos seguros de vida y salud a su favor.

4.1.3 Posición o argumentos personales

En nuestra opinión, no existe regulación normativa en el ámbito nacional aplicable al embrión extracorpóreo, salvo aquella que limita la clonación de seres humanos. En referencia al respeto a su derecho a vivir, estamos pues ante un vacío o laguna del derecho. Como resultado del desarrollo de tendencias de reproducción humana médicamente asistida, y específicamente la fecundación *in vitro*, tras la unión del óvulo y el espermatozoide que se realiza fuera del cuerpo de la mujer, se genera un embrión extracorpóreo o extrauterino, pudiéndose congelar o criogenizar este o estos para un posterior implante en una mujer. Ello, en tanto no se desarrolle el útero artificial que generará mayores retos jurídicos.

Si bien el derecho peruano protege al concebido y los derechos y obligaciones de la persona, tanto en la Constitución como en normativas de inferior jerarquía, cabe discutir si se puede atribuir o conceder el tratamiento del concebido al embrión extracorpóreo o extrauterino. Las opiniones en la doctrina están divididas. Para muchos, es posible considerar que el embrión extracorpóreo merece ser considerado concebido y tener todos los derechos que corresponden a la persona.

Está prohibida la clonación o manipulación según el artículo 324 del Código Penal y el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley General de Salud (por el que “está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”), pero no hay mayor regulación; en todo caso, con el uso de la técnica de fecundación *in vitro* se tendría producción con óvulos humanos únicamente para los fines de la procreación, de lo que se deduce que no podría admitirse la experimentación o investigación, o el uso para fines industriales o comerciales.

Según el artículo 2, numeral 24, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal y, en consecuencia: “a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Con base en el artículo 7 de la Ley General de salud, toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de fertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. Sobre estos y sobre los principios enunciados en la sentencia creemos válida la concesión de vigencia y plena efectividad a la voluntad otorgada para la gestión.

Así, se hace necesario que se reconozca su naturaleza jurídica como un acto jurídico para pueda generar efectos sobre la seguridad social y seguros a favor de la mujer gestante.

4.2 Discusión normativa

4.2.1 Análisis o discusión de la normatividad interna

En el ordenamiento jurídico peruano, en la Ley General de Salud, Ley N° 268462, del 20 de julio de 1997, se establecen principios que guían las políticas en materia de salud y regula que toda persona tiene derecho a la protección de su salud, siendo este derecho irrenunciable. Reconoce que el concebido es sujeto de derecho en el campo de salud.

El artículo 7 de la mencionada ley prescribe:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se

requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos. (Ley N° 268462, Ley General de Salud, art. 7)

Por lo tanto, en atención al artículo 7 de la Ley General de Salud, no está permitida la llamada maternidad subrogada, ya que la madre gestante debe ser la misma madre gestante debe ser la misma madre genética. Se trata de un hecho que afecta al orden público, a la moral, a las buenas costumbres, conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Civil; de modo que el acuerdo privado sobre el particular sería nulo de pleno derecho, y la madre gestante no estaría obligada a entregar el hijo a los padres genéticos.

4.2.2 Análisis o discusión de la normatividad internacional

Los convenios internacionales resaltan la falta de regulación y tratamiento que el Estado ha omitido en esta materia, pues trata de establecer conductas prohibidas como la clonación, elección del sexo, así como la experimentación, la confidencialidad de los datos y otros. En este sentido en el Perú se le niega a la maternidad subrogada la posibilidad de contrato, por cuanto su contenido no es patrimonial, o mejor dicho el ser humano no puede ser objetividad en dicho contrato.

4.2.3 Análisis o discusión del derecho comparado

En el derecho comparado, la cuestión anda dividida, mientras Grecia, México, Portugal y Rusia la permiten bajo ciertas condiciones, la mayoría de los

países como Alemania, España, Francia, México, Noruega, Italia, Japón, Israel y Suiza prohíben esta práctica.

A su vez, el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”, definición en la que podría caer la figura de la maternidad subrogada.

Es decir, la única institución de la Unión Europea que se ha pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada ha sido el Parlamento Europeo, y lo ha hecho cuestionándola claramente en el 2015, en su informe anual sobre derechos humanos y democracia en el mundo, estableciendo en su numeral 115 que la Unión Europea: “Condena la práctica de la gestión por sustitución, que es contraria a la dignidad humana a la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima: estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.

En Suecia, en el 2014, el Comité Nacional de Bioética aprobó un informe en el que contemplaba la posibilidad de regular la maternidad subrogada altruista, pero en febrero de 2016 se publicó otro informe encargado por el gobierno a una comisión multidisciplinar, en el que, a diferencia del anterior, se propuso mantener el rechazo sin paliativos de la maternidad subrogada.

Vale mencionar algunos casos de interés en la jurisprudencia de otros países con más experiencia en el desarrollo de la maternidad subrogada, así tenemos:

- En el 2013, un matrimonio australiano que alquiló un vientre a una mujer en Tailandia decidió abandonar a uno de los bebés, nacidos en diciembre de 2013, porque tenía síndrome de Down y una grave afección en el corazón, volviendo a su país solo con la hermana sana, dejando al otro niño —llamado Gammy—, en Tailandia.
- En Estados Unidos, Delaney Ott-Dahl, una niña nacida con síndrome de Down, fue rechazada por quienes contrataron a su madre mediante un contrato de maternidad subrogada.
- En marzo de 2013, CNN reveló el caso de una pareja de Connecticut que ofreció a la madre subrogada —Crystal Kelley— la suma de US\$ 10,000 para que aborte el niño que estaba gestando, debido a que el niño venía con una serie de defectos físicos (quiste en el cerebro, paladar hendido y una normalidad compleja de corazón). La madre se marchó a Michigan para no tener problemas legales, teniendo allí a la niña que luego dio en adopción.
- En el 2010, se conoció en Canadá el caso de una pareja que instó a la madre de alquiler en contratar para que aborte el feto que gestaba por tener el síndrome de Down.
- En Londres, *The Sunday Times* difundió el 26 de agosto de 2001 el caso de una mujer estéril, de 47 años, que quería que se le implante un óvulo de una donante fertilizada nada menos que por su hermano.
- Hace poco se conoció también un caso en Estados Unidos en donde una mujer decidió darle a un hijo —gay y soltero— la posibilidad de ser padre,

embarazándose ella mediante una fecundación *in vitro* con esperma de su mismo hijo y óvulos de una donante.

4.3 Discusión jurisprudencial

4.3.1 Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial

En el Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, se resalta el derecho de reproducción como un derecho humano y se declara procedente la inscripción en registros personales con base en un contrato de vientre de alquiler o maternidad subrogada. Mientras que en la Cas N°563-2011- Lima, se establece que el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica.

Sin embargo, no se tiene en cuenta la configuración legal del vientre de alquiler, ni mucho menos se establece el derecho a la seguridad social y los derechos a la salud y vida a favor de la mujer gestante que es la parte más débil de la relación jurídica.

4.3.2 Análisis o discusión de la jurisprudencia de la CIDH

En el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, se puede resaltar que se establece responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro*.

La tendencia internacional va acorde con la tendencia de la realidad de que dichas formas de reproducción asistida se van incrementando; sin embargo, por la

falta de desidia de los Estados, se viene desprotegiendo a las madres gestantes que asumen los riesgos a sus salud y vida.

4.4 Validación de hipótesis

La presente hipótesis se ha probado conforme a los siguientes argumentos:

Hipótesis general

El vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú es por cuanto la negociación, celebración y ejecución de la gestación subrogada no se ha incorporado como contrato, mediante el cual se pueda establecer las condiciones del seguro de salud y vida a favor de la madre gestante.

Hipótesis específicas

- Las consecuencias jurídicas del vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú son la falta de protección de la salud y la vida de la madre gestante.
- Los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo son los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú.

4.4.1 Argumento 1: Argumento doctrinario

No hay regulación normativa en el ámbito nacional aplicable al embrión extracorpóreo salvo aquella que limita la clonación de seres humanos. En referencia

al respeto a su derecho a vivir, existe pues un vacío o laguna del derecho. Como resultado del desarrollo de tendencias de reproducción humana médicamente asistida, y específicamente la fecundación *in vitro*, tras la unión del óvulo y el espermatozoide que se realiza fuera del cuerpo de la mujer, se genera un embrión extracorpóreo o extrauterino pudiéndose congelar o criogenizar este o estos para un posterior implante en una mujer. Ello en tanto no se desarrolle el útero artificial que generará mayores retos jurídicos.

Si bien el derecho peruano se ocupa del concebido y obviamente de los derechos y obligaciones reconocidas a la persona, tanto en la Constitución como en normativa de inferior jerarquía, es discutible si se puede atribuir o conceder el tratamiento del concebido al embrión extracorpóreo o extrauterino. Las opiniones en la doctrina están divididas. Para muchos, es posible considerar que el embrión extracorpóreo merece ser considerado concebido y tener todos los derechos que corresponden a la persona.

El legislador apenas ha bosquejado lineamientos en el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud; de un lado, se señala que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida: pero, del otro, parece decir que solo estaría admitida la técnica si coinciden la condición de madre gestante y genética. Pero, tampoco se especifica una consecuencia jurídica cuando se contraviene esta indicación. Se agrega en el mismo artículo 7, que para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. El tema es que el legislador no ha sido claro y que, de otro lado, hay una realidad dolorosa, desgarradora y es la de quien o quienes estando

preparados para tener hijos, pues poseen salud física y mental, recursos económicos, no pueden tenerlos en forma natural. Es falso que, en el Perú, las familias puedan adoptar con facilidad. El Estado aún es muy ineficiente para hacer que todos los niños, niñas y adolescentes abandonados tengan un hogar adecuado. El Gobierno pasado, además, prácticamente destruyó el sistema de adopción administrativa admitiendo o tolerando la emisión de frondosa e ineficiente normativa. Entonces, si la ciencia brinda opción a estas parejas, nos preguntamos si es justo que el Derecho, obstaculice tomarla o seguirla. Hemos meditado mucho en torno al tema a través de años y de la experiencia en adopción. Hemos llegado a la conclusión de que no hay principio ético que impida a esas personas, a quienes no pueden tener hijos en forma natural, seguir técnicas de reproducción humana asistida y alcanzar el anhelo de ser padres.

Las únicas limitaciones a los acuerdos estarían dadas por el orden público y las buenas costumbres previstas como causal de nulidad de los acuerdos, en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil y no existe contravención de reglas que afecten la convivencia social ni tampoco la moral pública.

4.4.2 Argumento 2: Argumento normativo

La clonación o manipulación están prohibidas de acuerdo con el artículo 324 del Código Penal y el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley General de Salud (por el que “está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”), pero no hay mayor regulación. En todo caso, con el uso de la técnica de fecundación *in vitro* se tendría producción con óvulos humanos únicamente para los fines de la procreación de lo

que se deduce que no podría admitirse la experimentación o investigación, o el uso para fines industriales o comerciales.

Según el artículo 2, numeral 24, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal y en consecuencia: “a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Con base en el artículo 7 de la Ley General de salud, toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de fertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. Sobre estos y sobre los principios enunciados en la sentencia creemos válida la concesión de vigencia y plena efectividad a la voluntad otorgada para la gestión.

Otra normativa a la que se puede recurrir es al título preliminar de la Ley 26842, Ley General de Salud, artículo III, en el que se puntualiza que “toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derechos en el campo de la salud”.

El estatuto jurídico del embrión extrauterino o extracorpóreo destaca que, al haber vida humana desde la unión de óvulo y espermatozoide, ella merece respeto y protección; por ello, considera que dicho embrión está sujeto de derecho como el que es producto de la relación sexual, estando regulado en el artículo I del Código Civil (Espinoza, 2008).

4.4.3 Argumento 3: Argumento jurisprudencial

En el Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, se resalta el derecho de reproducción como un derecho humano y declara procedente la inscripción en

registros personales con base en un contrato de vientre de alquiler o maternidad subrogada. Mientras que en la Cas N°563-2011- Lima, se establece que el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica.

A este panorama, debemos agregar los lineamientos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, ante la prohibición de la técnica de fertilización *in vitro* que fuera ordenada por la Corte Suprema de Costa Rica. Mediante sentencia del 28 de noviembre de 2012, la citada Corte Interamericana resolvió la acción interpuesta por aquellos a quienes se imprimió el uso de la tenencia de fecundación *in vitro* por no garantizar el derecho a la vida y, en general, los derechos del embrión extrauterino.

Previamente para la indicada Corte, ante la infertilidad definida como “la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más”, es válido recurrir a “un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo”. Se definió a la fecundación *in vitro* o FIV como “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer.

CONCLUSIONES

1. Se ha descrito el vacío normativo que existe respecto a la seguridad social de salud y vida en la gestión subrogada en el Perú, pues, al negársele la condición de contrato o acto jurídico a la gestación subrogada o vientre de alquiler, no se generan efectos de coberturas para los riesgos que sufre la mujer gestante, y que deben ser asumidos por los interesados; es así, que se priva a las mujeres gestantes por subrogación de seguros de vida o salud.
2. Se analizó las consecuencias normativas del vacío normativo de la falta de regulación del seguro social de salud y vida de la gestante subrogada en el Perú, pudiendo advertirse que las posturas que deniegan que el vientre de alquiler constituye un contrato también no le dan pie a que en todo caso se le configure como acto jurídico; así, claramente le quitan efectos legales muy importantes como el cuidado de la parte más débil de la relación contractual, que, este caso, es la mujer gestante, pues se encontraría con riesgos que no estarían siendo cubiertos por seguros.
3. Los fundamentos jurídicos constitucionales de la seguridad social servirán para suplir el vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú, y pueden encontrarse en el cuidado de la mujer embarazada, que es obligación del Estado, así como otorgar seguridad social o coberturas frente a los riesgos del embarazo que pueda tener. Así mismo, se debe tener en cuenta que si no recibe protección sobre su salud y vida también pondrá en riesgo al concebido, de modo que protegiendo a la mujer gestante también se garantiza el interés superior del niño.
4. El análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial permite deducir que el vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada

en el Perú se debe a que la negociación, celebración y ejecución de la gestación subrogada aún no se ha incorporado como contrato, en el cual se puedan establecer las condiciones del seguro de salud y vida a favor de la madre gestante.

5. Los resultados del análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial permiten afirmar claramente que la escasa regulación normativa y la falta de una congruente política de maternidad constituyen las limitaciones normativas que presenta el seguro de salud y vida respecto a la gestación subrogada en el Perú; del mismo modo, las consecuencias jurídicas del vacío normativo en la regulación del seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú imposibilitan la protección de la salud y la vida de la madre gestante.

RECOMENDACIONES

Planteamos la regulación jurídica del vientre de alquiler como acto jurídico, ello con la finalidad de que se pueda regular su práctica en el Perú, así como establecer mínimamente estándares de protección social y de salud para las madres que se someten a los procesos de reproducción asistida, especialmente para las que son sometidas a maternidad subrogada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albaladejo, M. (1987). *Compendio de derecho civil*. Librería Bosch.
- Alemán, G. y Morales, R. (2009). Principios y fundamentos de la Seguridad Social. *APAUNAM Academia, Ciencia y Cultura*, (1), 51-56.
<https://www.medigraphic.com/pdfs/aapaunam/pa-2009/pa091o.pdf>
- Ángeles, K. (2017). Panorama de la Seguridad Social en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (18), 218-224.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/16971/17272/>.
- Antonio, C. (2012). *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?* [Tesis de pregrado, Universidad Alberto Hurtado]. Repositorio institucional.
<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aparicio, J. (2008). La seguridad social, pieza esencial de la democracia. En J. Monereo, C. Molina, M. Moreno, & J. Vida. (Eds.), *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria* (pp. 117-137). Editorial Comares.
- Araya, H. (2019, 01 de mayo). *Derecho España*.
<https://www.aboutespanol.com/que-es-la-maternidad-subrogada-1176895>
- Arias-Schreiber, M. (2000). *Exegesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica.
- Balladares, J. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Bosch.
- Buenaga, O. (2016). El derecho a la seguridad social. Fundamentos éticos y principios reguladores [Tesis de doctorado, Universidad de Cantabria]. Repositorio institucional.
<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/10790/Tesis%20OBC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Calvo, J. (2010). Principios de seguridad social. *Revista Jurídica de Seguridad Social*, (8), 36-40.
<https://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica8/art3.pdf>

- Canessa, R. (2011). *La filiación en la reproducción humana asistida* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio institucional. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/1487>
- Cano, M. (2007). *Maternidad subrogada*. Editorial Astrea.
- Carnelutti, F. (1995). *Teoría general del derecho* (F. Osset, Trad.). Editorial Reus.
- Colemán, P. (1982). Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*, 50(1), 71-119.
- Cornejo, H. (2004). *Derecho familiar peruano*. Gaceta Jurídica.
- De la Puente, M. (2003). *El contrato en general*. Palestra Editores.
- Delgado, A. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional* [Tesis de pregrado, Universidad de Piura]. Repositorio institucional. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER_156.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Diez-Picazo, L., y Gullón, A. (2001). *Sistema de derecho civil*. Tecnos.
- Eleonora, M. (2007). *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad*. La Perla.
- Espinoza, J. (2008). *Derecho de las personas*. Rodhas.
- García, J. (2013). Sobre neoconstitucionalismo y sus precursores. En S. Ortega. (Ed.), *¿Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos* (pp. 311-354). Jurista Editores.
- González, W. (s.f.). *Derecho de la seguridad social en la doctrina y en la legislación*. http://files.uladech.edu.pe/docente/21441406/DERECHO_LABORAL_Y_SEGURIDAD_SOCIAL/1_SESION/Contenido_01.pdf
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6.ª ed.). McGraw-Hill / Interamericana.
- IVI. (2020). *Ovodonación*. <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/ovodonacion/>
- Lobo, G. (2019). Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia. *Summa Iuris*, 7(01), 78-96. <https://doi.org/10.21501/23394536.3276>

- Monereo, J., Molina. C., Quesada, R. y Maldonado, J. (2019). *Manual de seguridad social* (15.ª ed.). Tecnos.
- Moran, C. (2005). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. ARA.
- Peralta, J. (2018). *Derecho de familia en el Código Civil*. Editorial Idemsa.
- Pérez, A. y Calderón, Y. (2012). El concepto de seguridad social: una aproximación a sus alcances y límites. *IUSTITIA*, (10), 75-99.
<https://doi.org/10.15332/iust.v0i10.878>
- Pérez, G. y Calderón, Y. (2019, 26 de marzo). *Principios y fines de la seguridad social*. <https://garciayperez.wordpress.com/principios/>
- Perini, M. (2013). Sobre el «Neoconstitucionalismo» de Susana Pozzolo. En S. Ortega. (Ed.), *¿Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos* (pp. 81-112). Jurista Editores.
- Planiol, M., y Ripert, G. (1996). *Derecho civil*. Pedagogica.
- Podetti, H. (1997). Los riesgos sociales. En N. de Buen Lozano y E. Morgado (Eds.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 647-656). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pozzolo, S. (2013). Metacrítica al neoconstitucionalismo. Una respuesta a los críticos del neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. En S. Ortega (Ed.), *¿Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos* (pp. 51-79). Jurista Editores.
- Rodas. (s. f.). *De los seguros sociales a la seguridad social*.
https://rodas5.us.es/file/a65815a2-75b5-4c1f-17e1-cfc1062a5e9f/1/formacion_historica_wimba.zip/pagina_06.htm
- Rodríguez-Arana, J. (2015). Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales. *AFDUC*, (19), 115-140.
https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16858/AD_2015_19_art_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Sánchez, R. (2010). La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. *Revista Humanitas, Humanidades Médicas*, (49), 1-38.
- Schiavello, A. (2013). ¿Neoconstitucionalismo o neoconstitucionalismos? En S. Ortega. (Ed.), *¿Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos* (pp. 113-132). Jurista Editores.

- Silva, P. (1996). *Arrendamiento de útero*. Editorial Jurídica CONOSUR.
- Slideshare. (2019, 19 de febrero). *Seguridad social*.
<https://es.slideshare.net/deztrella/monografia-constitucional-seguridad-social>
- Taboada, L. (2002). *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Editorial Grijley.
- Ticse, M. (2018). *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de la Amazonía Peruana]. Repositorio institucional.
<https://repositorio.unapiquitos.edu.pe/handle/20.500.12737/5571>
- Valverde, R. (2011). *Derecho genético, reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida*. Gráfica Horizonte.
- Vásquez, A. (1982). *Tratado del derecho del trabajo*. Astrea.
- Vidal, J. (1998). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Editorial Comares.
- White. (2002). *Principios y normas de seguridad*. Recuperado el 08 de julio de 2019, de http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/proyecto_ssos/formacion_distancia/modulo_002/02_unidad02.pdf
- Witker, J. (2008). Hacia una investigación jurídica integrativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (122), 943-963.
<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.122.3996>
- Zamora, M. (1997). *Contratos civiles*. Porrúa.

ANEXOS

1-A Matriz de consistencia

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables e indicadores	Metodología
<p>General</p> <p>¿Cuál es el vacío normativo en la regulación del Seguro de Salud en la Gestión Subrogada en el Perú?</p>	<p>General</p> <p>Determinar cuál es el vacío normativo del Contrato de Seguro de Salud en la Gestión Subrogada en el Perú.</p>	<p>General</p> <p>El vacío normativo en la regulación del Seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú es por cuánto la negociación, celebración y ejecución de la gestación subrogada no se ha incorporado como contrato en donde se podrá establecer las condiciones del seguro de salud y vida a favor de la madre gestante.</p>	<p>Variable independiente Contrato de seguro</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sujetos • Objeto <p>Variable dependiente Gestación subrogada</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Madre portadora • Madre sustituta • Ovodonación • Embriodonación 	<p>Tipo: Enfoque cualitativo</p> <p>Nivel: Descriptivo</p> <p>Diseño: No experimental y longitudinal</p> <p>Métodos: Los métodos generales de Investigación a emplearse:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método descriptivo • El método inductivo <p>Los métodos específicos a emplea en la investigación:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método dogmático: • Método hermenéutico • Método exegético • Método de la argumentación jurídica <p>Técnicas e instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fichajes • Ficha de análisis documental.
<p>Específicos</p> <p>1) ¿Qué limitaciones normativas presenta el Seguro de salud y vida respecto a la gestación subrogada en el Perú?</p> <p>2) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas del vacío normativo en la regulación del Seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú?</p> <p>3) ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo vacío normativo en la regulación del Seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú?</p>	<p>Específicos</p> <p>1) Describir las limitaciones normativas que presenta el Seguro de salud y vida respecto a la gestación subrogada en el Perú.</p> <p>2) Analizar son las consecuencias jurídicas del vacío normativo en la regulación del Seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú.</p> <p>3) Explicar cuáles son los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo vacío normativo en la regulación del Seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú.</p>	<p>Específicas</p> <p>1) La escasa regulación normativa y la falta de una congruente política de maternidad constituyen las limitaciones normativas que presenta el Seguro de salud y vida respecto a la gestación subrogada en nuestro país.</p> <p>2) Las consecuencias jurídicas del vacío normativo en la regulación del Seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú: falta de protección de la salud y la vida de la madre gestante.</p> <p>3) Los fundamentos jurídicos constitucionales de la seguridad social servirán para suplir el vacío normativo en la regulación del Seguro de salud y vida en la gestación subrogada en el Perú.</p>		