

Referencia: expediente T-361534

Acción de tutela instaurada por César Augusto Medina Lopera contra Comfenalco E.P.S.

Magistrado Ponente:
Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Noveno Civil Municipal de Medellín dentro de la acción de tutela instaurada por César Augusto Medina Lopera contra Comfenalco E.P.S.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del 20 de septiembre proferido por la Sala de Selección Número Nueve y repartido a la Sala Tercera de Revisión.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 01 de 1997, por el cual se adicionó el Reglamento de la Corte Constitucional, la Sala Plena, en la sesión ordinaria del 17 de enero de 2001, decidió asumir el conocimiento del presente expediente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El 30 de mayo de 2000, el señor César Augusto Medina Lopera interpuso una acción de tutela ante el Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín contra Comfenalco E.P.S. En su criterio, la entidad demandada vulneró sus derechos a la salud, a la seguridad social, así como sus

derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al negarle su vinculación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud.

1.2. El actor manifiesta que el día 12 de enero de 2000 solicitó a Comfenalco E.P.S., su afiliación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud, en su calidad de compañero permanente de John Jairo Castaño Suescún, cotizante de la mencionada E.P.S. Indica que si bien anexó los documentos exigidos por dicha entidad para tal fin, incluida la declaración notarial juramentada con dos testigos en la que consta que convive con el señor Castaño Suescún desde noviembre de 1994, el 15 de enero de 2000, la entidad demandada le comunicó que su solicitud de afiliación había sido negada.

1.3. Expresa que luego de conocida tal determinación, en comunicación de enero 19 de 2000 John Jairo Castaño, el cotizante, solicitó a las directivas de Comfenalco E.P.S. que le informaran por escrito los motivos por los cuales se le negó la solicitud de afiliación de su compañero. El 1 de febrero, sostiene el demandante, la entidad respondió que de acuerdo con la Constitución y la ley, la unión marital de hecho sólo se puede predicar para las uniones formadas entre personas heterosexuales y, en consecuencia, el derecho de afiliación a servicios de salud como beneficiarios de compañeros permanentes no puede extenderse a uniones entre homosexuales.

1.4. Luego de recibir la anterior comunicación, el demandante solicitó al juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales invocados y, por lo tanto, que se ordenara a la E.P.S. demandada la aceptación de su vinculación como beneficiario al sistema de seguridad social en salud.

1.5. Mediante escrito de junio 16 de 2000, el apoderado judicial de la Caja de Compensación Familiar, Comfenalco Antioquia, Programa E.P.S., manifiesta que no es cierto que se hayan vulnerado los derechos fundamentales del actor ya que la entidad tutelada ha actuado dentro del marco legal establecido. A este respecto, afirma lo siguiente:

“Tenemos que el señor John Jairo Castaño Suescún, se encuentra afiliado a esta Caja de Compensación Familiar Programa E.P.S. desde el 22 de febrero de 1999, dentro del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante como empleado de Yolanda Ríos Alzate, sin inclusión

de beneficiarios y actualmente activo para prestación de servicios.

Conforme con las normas del Decreto 806 de 1998 reglamentario de la Ley 100 de 1993, tenemos que el artículo 26 estableció las personas afiliadas al Régimen Contributivo, entre ellos a los beneficiarios del afiliado cotizante con capacidad de pago al manifestar en su numeral 2, ‘los miembros del grupo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto’. Al efecto, tenemos que el artículo 34 del citado decreto, reglamentó lo referente a la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud en beneficio del grupo familiar del afiliado cotizante y al respecto dijo en su literal b), ‘a falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años’.”

El representante de la entidad demandada reitera que, de conformidad con la Constitución y la Ley 54 de 1990, no se puede afirmar que exista una unión marital de hecho entre el afiliado cotizante y su pareja homosexual, pues dicho estado sólo se puede atribuir a las uniones formadas entre heterosexuales. En consecuencia, pide al juez de tutela negar el amparo solicitado.

2. Sentencia objeto de revisión

2.1. En sentencia del 22 de junio de 2000, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín negó el amparo constitucional solicitado. A su juicio,

“(…) es erróneo sostener que la relación que tiene el señor CESAR AUGUSTO MEDINA LOPERA, con el señor JHON JAIRO CASTAÑO SUESCUN, se asimile a lo mas mínimo (sic), a compañeros permanentes ya que la sociedad, ni la ley ni la jurisprudencia de nuestro país a la fecha los ha asimilado a esa categoría, simplemente es una forma de ser y de actuar, pero en momento alguno, se asimila a la categoría que le

quiere imprimir el tutelante. (...) Por lo tanto, no puede haber el establecimiento de los mismos derechos y obligaciones de una relación irregular, a una regulada por la ley y que a la fecha no ha sido reglamentada.”

Para sustentar su posición el juez cita varias normas, entre ellas el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, la cual hace referencia a la cobertura familiar,

"(...) Las mismas normas señalan qué se entiende por Cobertura familiar y establece. 'El plan obligatorio de salud tendrá cobertura familiar, y por consiguiente, comprenderá él (o él)^[1] (sic) cónyuge o compañero o compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a dos años (...)"

La presente tutela fue seleccionada para su revisión, correspondiendo su conocimiento a la Sala Tercera de Revisión.

3. Pruebas decretadas por la Sala de Revisión

3.1. Mediante auto del 23 de noviembre de 2000, la Sala Tercera de Revisión requirió al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y al Ministerio de Salud para que informaran algunos aspectos relacionados con la forma de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de las personas que, encontrándose desempleadas, no pueden ser afiliadas como beneficiarias de un afiliado cotizante, a pesar de depender económicamente de éste, en razón a lo dispuesto por las normas legales que regulan la materia. Particularmente, se les solicitó indicar si las condiciones socioeconómicas de estas personas, o el estrato al cual pertenecen, son un criterio para determinar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.2. En respuesta de fecha 29 de noviembre de 2000, la Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Salud manifiesta que para que una persona pueda ser afiliada al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe cumplir los criterios establecidos en los artículos 34 y 40 del Decreto 806 de 1998, el cual fue complementado por los artículos 1 y 2 del Decreto 047 de 2000. Indica que

“(...) si hecho el análisis del grado de parentesco que hay entre la persona [que se pretende afiliar como beneficiaria] y

la persona de la cual dependen económicamente en ese momento se llega a la conclusión de que no es posible afiliarla como beneficiaria o como adicional al régimen contributivo, no queda otra alternativa que la de concluir que el sistema la atenderá como vinculada.” (subrayado fuera del texto)

Por otra parte, sostiene que si la persona desempleada, por razón de su dependencia económica, vive en condiciones socioeconómicas superiores a las propias de los estratos 1, 2 y 3

“(…) no puede pertenecer al régimen subsidiado por estar incurso en las limitaciones legales. Debe entonces entrar a demostrar que debido a su situación de desempleo está dependiendo económicamente del familiar que le ha brindado apoyo y protección en esta situación y que ella por su incapacidad económica no puede cotizar como independiente al sistema, para que se modifique la encuesta del SISBEN.” (subrayado fuera del texto)

Finalmente, afirma que en el evento en el que esta persona no pudiera ser afiliada al régimen contributivo o al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

“(…) la única alternativa posible es la de atenderla como vinculada, en las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado a través del ente territorial competente y con recursos del subsidio a la oferta.” (subrayado fuera del texto)^[2]

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Problema Jurídico

El problema jurídico central que pasa a resolver la Corte en este caso es el siguiente: ¿se violan los derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad al no permitir que una

persona acceda al régimen contributivo de la seguridad social en salud, como beneficiaria de su pareja homosexual cotizante con la cual convive?

2. La ampliación de la cobertura de la seguridad social frente al derecho a la igualdad en la Constitución Política

La seguridad social es considerada en nuestra Carta Política como un derecho prestacional que en principio no es fundamental, y en esa medida no es susceptible de protección mediante la acción de tutela. Sin embargo, en los casos en que la violación del derecho a la seguridad social implica una amenaza o una vulneración de derechos fundamentales, y mediante la protección del primero se pueden restablecer estos últimos, la tutela del derecho a la seguridad social resulta procedente. En estos casos, la jurisprudencia de la Corte ha afirmado que el derecho a la seguridad social se torna fundamental por conexidad. Esta relación de conexidad entre derechos fundamentales y otros que no lo son, es la que permite a los jueces constitucionales extender el ámbito de protección de la acción de tutela.

En el presente caso, el demandante considera vulnerado su derecho a la seguridad social, como consecuencia de la negativa de la E.P.S. demandada a afiliarlo como beneficiario de su pareja. Por lo tanto, la Corte considera pertinente pronunciarse acerca de la relación entre la seguridad social y la igualdad en nuestra Carta Política, para efectos de determinar cuándo la negativa a afiliarse a una persona como beneficiario implica una vulneración de sus derechos a la seguridad social y a la igualdad.

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio y además es un derecho subjetivo. Como derecho subjetivo, se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. Con todo, la determinación del contenido y alcances del derecho y la ampliación de la cobertura del servicio público están definidos principalmente por la ley, por expresa disposición constitucional (C.P. artículo 48). Sin embargo, el Estado tiene una serie de obligaciones y restricciones constitucionales como regulador de la materia. Algunas de ellas son propias de cualquier servicio público, como la ampliación de la cobertura, y otras genéricas, aplicables a toda la actividad del Estado, como la prohibición de la discriminación. Estas prohibiciones y obligaciones, además de predicarse

del legislador y de las entidades estatales encargadas de reglamentar la materia, se extienden aunque de manera diferente a quienes prestan directamente el servicio, bien sean particulares, o el mismo Estado.

Con todo, es necesario tener en cuenta que el derecho a la seguridad social requiere un desarrollo legal que permita distribuir sus beneficios adecuadamente dentro de la población. La necesidad de desarrollo de la regulación constitucional en seguridad social ha llevado a la Corte a afirmar que se trata de un sistema normativo integrado, cuya complejidad no puede ser desconocida *prima facie* por el juez constitucional. La Corte Constitucional, en Sentencia SU-480/97 dijo al respecto:

“Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, libro II (art. 152 s.) y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes. Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela.”.

La necesidad de dicha regulación legal y administrativa hace que sea indispensable distinguir dos momentos diferentes, el de la creación de la regulación, que compete principalmente al Estado y en el cual se definen los criterios de justicia mediante los cuales se distribuirán los servicios y beneficios del sistema dentro de la población, y el de la ejecución, en el cual son aplicados los criterios de valoración previamente definidos en la regulación.

Algunas de las restricciones y obligaciones específicas que se le imponen al legislador en la definición de los criterios de valoración que regulan el sistema de seguridad social, se derivan de los principios constitucionales

específicos en materia de seguridad social. Así, la regulación legal del acceso a la seguridad social por parte del Estado debe obedecer a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, en los términos establecidos en la ley (C.P. art. 48). La universalidad implica que la cobertura deba extenderse paulatinamente a una población cada vez mayor, y que, dentro de este proceso de extensión de la cobertura no pueden aceptarse como constitucionalmente válidas las discriminaciones hacia sectores determinados de la población. Así, por ejemplo, constituye una clara vulneración del derecho a la igualdad, la negativa de una entidad de afiliar a una persona en razón de su orientación sexual. Sin embargo, no por ello la orientación sexual debe constituirse necesariamente en un criterio de valoración para determinar hacia dónde debe ampliarse la cobertura del servicio de seguridad social en salud.

Los criterios a partir de los cuales se va ampliando progresivamente la cobertura del servicio son múltiples y si bien están limitados por aspectos normativos constitucionales, existen otros factores, económicos y demográficos, entre otros, que le compete ponderar en primer término al legislador. Dentro de este análisis le corresponde al legislador determinar qué grupos sociales requieren con mayor urgencia la cobertura para que la distribución de beneficios se haga de acuerdo con las necesidades sociales comprobadas. Al respecto, la Corte en Sentencia C-714/98 (M.P. Fabio Morón Díaz) dijo:

“En este orden de ideas, el servicio público de la seguridad social, a juicio de la Corte, debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, unidad y participación en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población colombiana; en

este sentido, el contenido normativo de la ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, debe ser interpretado, tomando en cuenta este particular marco conceptual. En consecuencia, la organización del aparato de la seguridad social integral, cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado, cuyos objetivos básicos son los de garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes gozan de una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema o a los diversos grupos humanos de la población subsidiada o garantizar los servicios sociales complementarios; es, en criterio de esta Corporación, de reserva del legislador; por lo tanto, **los mecanismos de acceso al sistema para la población de trabajadores dependientes o independientes, está condicionado por los precisos términos que establezca el legislador, mediante el ordenamiento pertinente.**” (resaltado fuera de texto original).

En esa medida, factores como la falta de capacidad económica, la indigencia, o el alto riesgo de sufrir afectaciones de la salud pueden y deben ser tomados en cuenta por el legislador en el momento de extender el servicio de seguridad social. Así, la tutela del derecho a la seguridad social en salud, en conexidad con derechos fundamentales, es procedente cuando el juez constitucional pueda constatar, entre otras, una omisión legislativa en el deber de proteger a la población menos favorecida. El problema de la determinación del deber legislativo de identificar y proteger a ciertos sectores de la población, así como el juicio sobre los criterios con base en los cuales debe llevar a cabo su labor conducen necesariamente a hacer un análisis del problema de la igualdad dentro del campo de la seguridad social.

El juicio que hace el juez constitucional sobre los criterios de valoración definidos por el legislador debe tener en cuenta el contexto específico del problema de distribución respectivo. Esto significa que la decisión legislativa de no incluir determinados grupos sociales históricamente marginados –en este caso los homosexuales que se encuentren haciendo vida de pareja- en la asignación de ciertos beneficios –la afiliación como beneficiarios de su pareja dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud-, no necesariamente comporta una vulneración del derecho a la igualdad. Ello se debe a que la situación de marginación o de rechazo en la que se encuentre un sector de la población no lleva de suyo la obligación estatal de compensarla mediante la asignación de ciertos beneficios sociales sin tener en cuenta las razones o las condiciones de marginación. En estos casos de marginación social es necesario que el análisis constitucional considere también si el criterio de valoración que presuntamente ha debido tenerse en cuenta para incluir a determinado grupo como beneficiario del servicio –estar haciendo vida de pareja- resulta adecuado para proteger los derechos que se alega han sido conculcados –igualdad, seguridad social, libre desarrollo de la personalidad, salud-.

En materia de seguridad social, la multiplicidad de los criterios de valoración que puede tomar en cuenta el legislador llevan a que el análisis del juez constitucional deba ser de menor rigor, puesto que, como se mencionó anteriormente, existen consideraciones de orden económico, presupuestal y demográfico que implican también la necesidad de aumentar el cubrimiento de manera responsable, de tal forma que se asegure la continuidad en el servicio. En la Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte decidió aplicar un test débil de igualdad y dijo:

“Sin embargo, la definición del contenido de los derechos prestacionales es una tarea que compete al legislador y que es realizada en virtud de consideraciones jurídicas, políticas y presupuestales que, en principio, escapan al control de constitucionalidad. Sólo en aquellos casos en los cuales una ley que establezca un derecho prestacional consagre un trato discriminatorio, o vulnere concretos y específicos mandatos constitucionales, puede la Corte formular el correspondiente reproche. Salvo en estos específicos eventos, la configuración, más o menos amplia, de tales derechos, o la forma en la cual han de ser liquidados, o los requisitos

que se establecen para acceder a los mismos, son asuntos que hacen parte de la órbita de acción del poder legislativo.”

Así, el legislador debe asegurar que la población económicamente activa pueda asumir permanentemente la carga constitucional que les corresponde en virtud del principio de solidaridad, y el sistema cuente siempre con los recursos necesarios. La especial dificultad que conlleva la ponderación de los diversos elementos que entran en juego en la elaboración del régimen de seguridad social y el delicado manejo del nivel de incertidumbre respecto de la evolución de las variables económicas y demográficas que deben tenerse en cuenta para asegurar el cubrimiento continuo y progresivo del servicio de seguridad social, implican una ampliación de la potestad de configuración legislativa: una vez identificados los grupos con mayores y más urgentes necesidades, el legislador puede decidir hacia cuál de dichos grupos dirige su actividad de protección, habida cuenta de las limitaciones del sistema. Al respecto, la Corte, en Sentencia SU-225/98 dijo:

“La deferencia a los órganos representativos, no obstante, no avala el abuso de la competencia, el cual se presenta, entre otros casos, cuando el titular de manera patente, desconoce el mandato de acción ordenado por el Constituyente o su mora injustificada se proyecta en lesiones manifiestas a la dignidad de la persona humana. Es importante, a este respecto, subrayar que **la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, apela a la discrecionalidad de los órganos del poder sólo en el sentido de que éstos con base en los recursos disponibles y los medios que consideren más adecuados e idóneos, o sea dentro de lo que en cada momento histórico resulte posible, pueden encontrar para su tarea un espacio de libre configuración normativa y administrativa.** Sin embargo, en cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues, el mandato constitucional en estos aspectos ha limitado la competencia de los órganos constituidos al vincularlos a un función que en los términos de la Carta es perentoria.” (resaltado fuera de texto original)

Esta decisión de dirigir la extensión de la protección hacia uno u otro grupo por sí misma no implica una violación del derecho a la igualdad de los otros grupos que no resultaron beneficiados en un momento dado. Esta Corporación, mediante Sentencia C-098/96 declaró la exequibilidad de

algunas expresiones contenidas en la Ley 54 de 1990, a pesar de que no incluían a las parejas homosexuales dentro del régimen de protección de las uniones maritales de hecho y de los compañeros permanentes. En dicha oportunidad aceptó que el carácter limitado de las medidas de protección que se establezcan mediante la actividad legislativa no vulneran el derecho a la igualdad por el solo hecho de no incorporar en un mismo momento la protección de diversos grupos discriminados, así se encuentren en situaciones similares. Dijo entonces:

“No obstante se admita, en gracia de discusión, el término de comparación sugerido por el demandante (la comunidad de vida), y se pase de largo sobre las notables diferencias fundadas en el artículo 42 de la Constitución Política que separan los dos tipos de parejas, habría que concluir - en el supuesto adoptado como premisa - que se trata de personas pertenecientes a grupos minoritarios o discriminados por la sociedad. En este orden de ideas, sin pretender santificar o perpetuar las injusticias existentes, **no parece razonable que se supedite la solución de los problemas que enfrenta una clase o grupo de personas, a que simultáneamente se resuelvan los de otros grupos o se extienda de manera automática la misma medida a aquellas personas que si bien no están cobijadas por la norma legal soportan una injusticia de un género más o menos afín.** Si así debiera forzosamente proceder el Legislador, las soluciones serían más costosas y políticamente más discutibles, y en últimas sufrirían más todos los desvalidos y grupos débiles que verían alejadas las posibilidades reales de progreso y reivindicación de sus derechos.”
(resaltado fuera de texto original)

Con todo, podría afirmarse que la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales permanentes de los afiliados principales como beneficiarios del régimen contributivo en seguridad social comporta un trato discriminatorio, puesto que el legislador tomó la decisión de ampliar la cobertura a las parejas heterosexuales permanentes. En esa medida, la diferencia de trato comportaría una discriminación en función de la orientación sexual de los homosexuales. Sin embargo, ello no resulta de recibo por varias razones. En primer lugar, porque, como ya se dijo, la ampliación paulatina de la cobertura del servicio de seguridad social en salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad en el servicio, es decir, se trata de una finalidad constitucionalmente válida. En esa medida, la decisión del juez constitucional de ampliar la cobertura hacia un determinado grupo social, cuando no están de por medio derechos

fundamentales como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa de este aspecto. En segundo lugar, porque a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros. Así lo estableció esta Corporación en la Sentencia C-098/96 antes citada:

“Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos - además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales.”

Como se ve, la Corte ha avalado la posibilidad de cobijar exclusivamente a los integrantes de la familia del afiliado como beneficiarios del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud se justifica, no sólo por la progresividad que caracteriza la ampliación de la cobertura del servicio, sino porque ésta es objeto de protección integral por parte del constituyente y por la garantía de que hombres y mujeres tengan iguales derechos y oportunidades. De tal modo, este constituye otro fin constitucionalmente válido de la decisión de no incluir a las parejas permanentes homosexuales de los afiliados al sistema contributivo de seguridad social en salud como beneficiarios del mismo.

Por otra parte, teniendo en cuenta la diferencia entre el concepto constitucional de familia y el de una relación homosexual permanente, cabe preguntarse si aun así, la diferencia de trato entre estos dos grupos diferentes es proporcional y está justificada. A este respecto, cabe decir que dentro de nuestra sociedad existen diferentes tipos de relación que comparten muchos de los aspectos que caracterizan a las relaciones familiares, como pueden serlo la comunidad de vida, o la unión mediante

lazos afectivos o sexuales, pero que no por ello otorgan el derecho a recibir prestaciones sociales por parte del Estado. En esa medida, ni la convivencia, ni la unión mediante una diversidad de vínculos emocionales igualmente válidos y respetables constituyen títulos suficientes para adquirir el derecho a la afiliación como beneficiario del régimen contributivo de seguridad social en salud. La no inclusión de dichas relaciones, o de algunas de sus características, como criterios para beneficiar a ciertas personas dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud no significa un desconocimiento ni una segregación de las personas que deciden optar por cualquier tipo de relación afectiva o de convivencia, ni comportan impedimentos para el libre desarrollo de su personalidad.

Finalmente, resta decir que con la decisión del legislador de utilizar el criterio de familia como base para inscribir a los beneficiarios del afiliado principal dentro del régimen contributivo no se está contradiciendo el principio de universalidad que informa el sistema de seguridad social en salud, ni se los está excluyendo con fundamento en su orientación sexual, pues existen diversas formas de incorporarse al sistema. Además del de beneficiarios del régimen contributivo, cualquier persona puede afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo, si tiene la capacidad de pago, al régimen subsidiado si carece de ellos, o de no estar dentro de estas dos categorías, en todo caso podría estar vinculado al sistema sin atención a su orientación sexual.

Al crear los regímenes contributivo y subsidiado y al prever mecanismos de asistencia pública mientras se mantenga el período de transición previsto para lograr la cobertura de toda la población en igualdad de condiciones y la equiparación del plan de beneficios, ha dado desarrollo legítimo a este principio sin exclusiones predicables en razón del sexo de las personas. Es sabido y aceptado que por fuerza de las circunstancias la universalidad es un punto de llegada, no de partida para el acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por ello sería inexacto afirmar que hay discriminación cuando al compañero o compañera de un afiliado o afiliada homosexual se le niega el acceso al régimen contributivo en salud a través de este mecanismo particular de afiliación, que como ya se dijo, conlleva la noción de familia que no puede ser desconocida, dado que evidentemente puede acceder al sistema por otro de los mecanismos regulados en la ley, dentro del régimen

contributivo, régimen subsidiado o asistencia pública (como vinculado al sistema de seguridad social en salud).

No se trata pues, de una situación discriminatoria sino sencillamente que el criterio normativo que determina el derecho de afiliación mediante el grupo familiar, como afiliado permanente beneficiario de su pareja homosexual cotizante no es el aplicable para acceder al sistema en este caso, sino, cualquiera de los otros regulados en la Ley que en su conjunto buscan realizar el principio de la universalidad de manera paulatina y gradual en atención a las circunstancias a las que se hizo referencia anteriormente.

La ley no niega el acceso a los servicios en salud por el hecho de la “orientación sexual de una persona” lo cual conllevaría un trato discriminatorio evidente. No. Simplemente le dice que la forma escogida - “como beneficiario afiliado de su pareja homosexual cotizante”, no es el camino idóneo para ingresar al sistema, por esta razón no cabría consideración alguna sobre la igualdad (artículo 13 C.P.).

De otra parte, no puede aceptarse, como ya se vio, la idea de que la gradualidad en la universalidad implica forma alguna de discriminación de un grupo de la población, ya que si bien es cierto, esa universalidad constituye un imperativo, dicho principio implica un claro régimen de transición establecido sobre fundados criterios de razonabilidad que no permiten en principio, por las limitaciones financieras del sistema, que todas las personas accedan inicialmente a los mismos servicios prestados y al cubrimiento idéntico de garantías y prestaciones, pero sin excluir a nadie del sistema de seguridad social en salud.

En efecto, los afiliados al régimen contributivo son aquellas personas que tienen capacidad económica para sufragar la cotización. Los afiliados al régimen subsidiado por el contrario carecen de ella y por esta razón su aseguramiento se efectúa a través del pago total o parcial de una unidad por capitación subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad a través de un régimen de cofinanciación a nivel nacional y territorial. Es claro que a las personas afiliadas a este régimen en principio no se les puede ofrecer inicialmente una cobertura integral del plan de salud, debido a que los recursos financieros disponibles para tal efecto proceden en gran medida de las transferencias a los municipios, denominadas “*participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación*”, la cual se irá incrementando progresivamente, año por año. Igual ocurre con los recursos

provenientes de Cusiana y Cupiagua, asignados por la Ley 100/93 a los subsidios de salud.

Este régimen señala que una vez identificados los potenciales beneficiarios, se entrará en un proceso de “*selección de beneficiarios para la afiliación al régimen*”. Los potenciales afiliados al régimen serán los que adelante se señalan. Para tal efecto, los alcaldes municipales o distritales deberán elaborar un listado siguiendo un orden de prioridades riguroso, dado que los recursos son escasos. No debe perderse de vista que los criterios de selección de potenciales beneficiarios de los subsidios obedece fundamentalmente a consideraciones de carácter presupuestal. En este orden de ideas es conveniente precisar que las personas que se señalan más adelante deberán ser priorizadas en la listas que elabore el alcalde en orden estricto así:

- Primero la población de las áreas rurales, luego las poblaciones indígenas y finalmente la población urbana, así: dentro de este orden, la prioridad primero será para:
 - Población perteneciente a los niveles 1 y 2 del SISBEN.
 - Las comunidades indígenas mediante listados censales.
 - Otras poblaciones especiales: infantil abandonada, indigentes, artistas, autores y compositores.

A su vez, en cada uno de los grupos de población señalados se priorizarán los potenciales afiliados así:

- Mujeres en estado de embarazo y niños menores de cinco años.
- Población con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales.
- Población de la tercera edad.
- Mujeres cabeza de familia y finalmente
- El resto de población pobre y vulnerable.

Dentro de la población reseñada siguiendo el orden de prioridades mentado, vale la pena hacer una breve referencia a los clasificados como de los niveles 1 y 2 SISBEN. El nivel 1 corresponde a las familias que se encuentran en extrema pobreza, es decir, las que tienen dos o más Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), y/o que disponen de un ingreso familiar suficiente para comprar sólo una canasta básica de alimentos, definida por el DANE.

Los del nivel 2, corresponden a familias que se encuentran en situación de pobreza, es decir, las que tienen una Necesidad Básica Insatisfecha y/o que disponen de un ingreso familiar suficiente para comprar una canasta básica de alimentos y otros bienes básicos.

En este punto vale la pena anotar que los otros niveles del SISBEN, ya no tienen Necesidades Básicas Insatisfechas, pero si muy reducidos ingresos familiares, V.gr., ingresos familiares equivalentes a tres, cuatro, trece o más veces el valor de la canasta básica de alimentos, los cuales estarán clasificados respectivamente en los niveles 3, 4,5 y 6 del SISBEN, niveles estos que no se incluyen como potenciales afiliados al régimen en las listas respectivas.

Cabe decir, que estos niveles 3, 4,5, y 6 del SISBEN corresponden a una proporción significativamente amplia de nuestra población, conformada en gran parte por los trabajadores cuenta - propia, o trabajadores informales independientes, quienes por ahora no serán afiliados al régimen subsidiado, con el agravante de que tampoco podrán serlo del régimen contributivo, ya que no cuentan con los ingresos suficientes para ser afiliados a éste como trabajadores independientes (se exigen como mínimo ingresos correspondientes a dos salarios mínimos).

¿Cómo serán atendidas éstas personas? Como vinculadas al sistema a través de mecanismos de asistencia pública, es decir, en aquellas entidades que tengan contrato con el Estado (subsidio a la oferta) y en donde se les cobrará una cuota de recuperación de acuerdo a su estrato socioeconómico (Decreto 806/98, art. 49 Acuerdo 77/97). Lo anterior sin perjuicio, según el art. 47 del Acuerdo 77/97, que una vez se haya logrado en un municipio el aseguramiento de la totalidad de los beneficiarios identificados mediante el

SISBEN en los Niveles 1 y 2, y si los recursos que por ley deban destinarse a subsidios a la demanda lo permiten, sin utilizar los recursos del FOSYGA, El alcalde pueda optar, previo recomendación del Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud o bien, por ampliar los beneficiarios de los subsidios al nivel 3 del SISBEN, o, bien ampliar los contenidos del POS-S para los ya afiliados, de suerte que su contenido se vaya igualando al POS del régimen contributivo.

Es claro entonces que la ley no excluye a ninguna persona del acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud, ni discrimina a nadie en razón de su orientación sexual, ya que todos reciben los servicios que el Sistema ofrece a través de alguno de los regímenes señalados (contributivo, subsidiado o como vinculados, estos últimos mientras logran su afiliación).

Ahora bien, si la realidad señala que existe un grupo amplio de personas – aquellos que por razón de su incapacidad de pago no pueden acceder al régimen contributivo, y desafortunadamente aún no pueden lograr su afiliación temporalmente al régimen subsidiado ya que no clasifican dentro de la encuesta de focalización prevista – SISBEN 1 y 2 -, no por ello quedan excluidos del sistema, ya que se repite, pueden acceder como vinculados al sistema, sin que la consideración de su orientación sexual sea relevante para este efecto. Es cierto que la ley 100/93 dispone que “... *a partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado...*”, pero esta expresión, de carácter imperativo en principio, no ha podido tener cabal cumplimiento por razones estructurales, de carácter técnico, operativo, financiero principalmente.

El interrogante que se plantea entonces es: ¿Dado que actualmente existe un porcentaje importante de la población imposibilitada para acceder a uno de los regímenes previstos – contributivo o subsidiado – y que es atendida como vinculada al sistema, exclusión que viene dada por razones totalmente diferentes a las de su orientación sexual, no se estaría discriminando a esta mayoría para favorecer a una minoría, al determinarse judicialmente que estas personas accedan al sistema por uno de los canales no previstos en ella? (en su condición de persona homosexual beneficiaria de su pareja cotizante dentro del grupo familiar?). Se estarían concediendo allí sí privilegios a un grupo minoritario de personas, precisamente en atención de su orientación sexual, los cuales no están permitidos para la amplia mayoría, y que tampoco obedecen necesariamente a una prioridad social reconocida a través de la estructura formal legislativa.

En este sentido es pertinente señalar que el régimen contributivo establece en el artículo 40 la figura de los afiliados adicionales; en efecto: “...Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlas en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente...” (subrayado fuera de texto). Esta disposición es complementada por los artículos 1° y 2° del Decreto 047 de 2000.

Como se ve claramente esta disposición busca la ampliación de la cobertura a través del régimen contributivo, incluyendo dentro del grupo familiar a personas unidas por lazos diferentes a los del parentesco, matrimonio y unión marital de hecho, exigiendo **tan solo** la dependencia económica respecto del afiliado cotizante, pero restringiendo el acceso únicamente a menores de 12 años, en función del carácter fundamental del derecho a la seguridad social y a la salud de los niños (C.P. art. 44). No sería este el camino, para ampliar la cobertura, eliminando el requisito de la edad y posibilitando el acceso a un número mayor de personas, entre los cuales se encontrarían las parejas homosexuales, sin violentar claros mandatos de orden constitucional? La ampliación de este mecanismo de afiliación a otros grupos sociales es una tarea que obviamente le corresponde al legislador, tal como se ha señalado anteriormente.

3. El caso concreto: la aplicación del sistema normativo de seguridad social por parte de la E.P.S. demandada

En el presente caso, la E.P.S. denegó la afiliación del demandante como beneficiario del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud. En esta etapa de calificación del cumplimiento de las condiciones de acceso al sistema de seguridad social en salud, las entidades promotoras deben atenerse a lo dispuesto en la regulación vigente, sin entrar a restringir indebidamente los parámetros definidos en el conjunto de normas que regulan la materia. Por lo tanto, si la decisión de la entidad aduce criterios para denegar la afiliación que no están comprendidos dentro del sistema normativo integrado de la seguridad social, le implicaría una vulneración del principio de legalidad.

En esa medida, la Corte entra a estudiar en concreto si en la regulación vigente se confiere el derecho de las parejas homosexuales a ser inscritos como beneficiarios de los afiliados principales al régimen contributivo con los cuales han convivido por más de dos años. En el presente caso, no es pues necesario que la ley sea explícita en cuanto a el tipo de relaciones o los grupos sociales que no se incluyeron como beneficiarios o del régimen contributivo, pues, de acuerdo con las consideraciones generales que anteceden, la decisión de hacia dónde se debe ampliar la cobertura implica una acción positiva del Estado que establece prioridades entre necesidades sociales de un número indeterminado de grupos y sectores de la sociedad, a partir de una multiplicidad de criterios.

El artículo 157 numeral 1° de la Ley 100 de 1993 establece quiénes estarán afiliados al régimen contributivo de seguridad social en salud. Dice textualmente:

“Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud:

“1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema

mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título III de la presente Ley.”

A su vez, el artículo 160 establece cuáles son los deberes de los afiliados al régimen contributivo. El numeral segundo dispone que la afiliación de la familia constituye uno de tales deberes.

“ARTICULO 160. Deberes de los Afiliados y Beneficiarios. Son deberes de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes:

“(…)

“2. Afiliarse con su familia al Sistema General de Seguridad Social en salud”

El artículo 162, que define el plan obligatorio dentro del régimen de beneficios que reciben los afiliados, hace referencia a los objetivos de la cobertura y dice:

*“ARTICULO 162. Plan de Salud Obligatorio. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá **la protección integral de las familias** a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.”*

A su vez, al definir lo que se entiende por cobertura familiar, el artículo 163 de la Ley 100 señala:

*“ARTICULO 163. La **Cobertura Familiar**. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, **serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años**; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a*

los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.”

“PARAGRAFO 1. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.”

“PARAGRAFO 2. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley.”

Por otra parte, el artículo 202 define el régimen contributivo y dice:

*“Artículo 202.-Definición. **El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.**”*

Como se ve, las disposiciones legales que determinan quienes son los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud hacen referencia continua al concepto de familia, y dentro de ésta incluyen a “*el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años*”. Como se ve a partir de la simple lectura del título del artículo –“cobertura familiar”–, la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar y por lo tanto una relación heterosexual. Para confirmar esto basta con acudir a la definición que da la misma Constitución del concepto de familia, que en su artículo 42 dice:

*“Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, **por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.**”*

En esa medida se ve claramente que en el caso concreto, la E.P.S. demandada, al negar la afiliación al demandante, se limitó a aplicar debidamente las disposiciones referentes a las condiciones necesarias para acceder al régimen contributivo de seguridad social en salud. Su actuación no constituyó entonces una interpretación discriminatoria y arbitraria de las normas vigentes en la materia, y por lo tanto no vulneró el derecho a la igualdad del demandante.

Por otra parte, tampoco observa esta Corporación que se haya configurado una vulneración de los demás derechos invocados. El derecho a la salud tampoco puede ser protegido, como quiera que el demandante no afirma estar sufriendo enfermedad alguna y la sola negativa de la E.P.S. a afiliarlo no constituye una omisión de prestar un servicio de salud, pues el mismo no había sido requerido. Por otra parte, tampoco se encuentra vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como quiera que la afiliación como beneficiario al sistema contributivo de seguridad social en salud no es una condición para su ejercicio.

Por lo tanto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero. – **DENEGAR** la tutela para la protección de los derechos a la igualdad, a la seguridad social, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad de César Augusto Medina Lopera. En esa medida, **CONFIRMAR** el fallo proferido por Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín en el proceso de la referencia el veinte (20) de junio de dos mil (2000).

Segundo. – **LIBRENSSE**, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

^[1] La norma original en realidad dice: "(...) comprenderá él (o la) cónyuge (...)"

^[2] Hasta aquí se adopta el proyecto original presentado por el magistrao Manuel José Cepeda Espinosa