

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación/PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA-Configuración/UNIDAD NORMATIVA-Integración

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Es importante hacer una advertencia en torno a la extensión de la parte demandada del artículo 163 de la Ley 100 de 1993. A este respecto debe indicarse que en relación con esta norma habría una proposición jurídica incompleta, ya que la sola expresión “A falta de...” a la que se limita la demanda no tiene sentido en sí misma. Ahora bien, teniendo en cuenta que la acción pública de inconstitucionalidad es un instrumento de participación que hace parte de los derechos políticos, y que por ende está al alcance de la ciudadanía en general, la Corte Constitucional ha sostenido que es pertinente analizar la demanda presentada a la luz del principio pro actione, ya que un examen demasiado riguroso sólo podría ser cumplido por especialistas, limitaría el acceso a este derecho y frustraría las legítimas expectativas de participación de los ciudadanos no expertos en temas constitucionales. En el presente caso, y pese a la imperfección arriba anotada en relación con el señalamiento de la(s) norma(s) demandada(s), el cargo formulado es claro, y de él resulta la necesidad de entender que la demanda se dirige no sólo contra la expresión “A falta de...”, sino también contra las palabras que van a continuación, esto es, la expresión “...cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho,...”. Por esta razón, la Corte hará la correspondiente integración normativa y estudiará los cargos propuestos por los demandantes en relación con el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 como referidos a la expresión completa que resulta de los dos fragmentos incluidos en el presente párrafo.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Principios rectores

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Amplitud

La Corte ha entendido que el legislador goza de amplia libertad para determinar y organizar de manera concreta los contenidos del sistema de seguridad social integral, y particularmente el alcance de los beneficios y prestaciones que se derivan del mismo para sus afiliados, dentro de los límites que resultan de los principios que informan dicho sistema.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-  
Límites/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL-  
Aplicación del criterio de inconstitucionalidad manifiesta/INCONSTITUCIONALIDAD  
MANIFESTA-Concepto

Como bien lo ha aclarado la Corte al explicar en sus sentencias el alcance de este principio, ello no equivale a la absoluta imposibilidad de cuestionar y juzgar desde el punto de vista constitucional las reglas que para dar contenido a este sistema establezca el legislador. Por el contrario, sin duda ello es posible, y podrá ser necesario, tanto para constatar la real fidelidad de tales medidas a los principios que inspiran y orientan el sistema, como para examinar su validez en relación con otros preceptos constitucionales, como el que establece la igualdad ante la ley, o su congruencia frente a los valores y propósitos expresados en el preámbulo constitucional. Sin embargo, en tales casos la Corte debe ser especialmente cuidadosa de no invadir la órbita del legislador, siendo entonces del caso aplicar el llamado criterio de inconstitucionalidad manifiesta, conforme al cual sólo podrán ser declarados inexecutable aquellos contenidos que de manera directa vulneren derechos fundamentales, violen claros mandatos constitucionales, o establezcan regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas. De otro lado, a partir del principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, otro obvio límite a la libertad de configuración normativa es la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. Contrario sensu, son constitucionalmente aceptables aquellas medidas que, aunque establezcan un trato a primera vista desigual, observen con el debido cuidado estos parámetros, y no hagan nugatoria la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la

Constitución. Por consiguiente, y siempre que la obra del legislador respete estos criterios, ella no puede ser cuestionada desde el punto de vista constitucional por el solo hecho de haber otorgado tal o cual tratamiento específico a un determinado grupo de sujetos, ni por el hecho de que tal situación jurídica resulte comparativamente más o menos favorable que la de otro sujeto o grupo de sujetos simultáneamente considerados por la norma.

#### PREAMBULO DE LA CONSTITUCION-No vulneración

#### PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Cobertura familiar/PADRE DE AFILIADO AL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Establecimiento de reglas para el acceso a servicio de salud

Visto el carácter programático y prestacional que en la Constitución vigente tienen el derecho a la salud (art. 49), el derecho a la seguridad social (art. 48) y los derechos de protección y asistencia a favor de las personas de la tercera edad (art. 46), así como la libertad de configuración normativa de que goza el poder legislativo en relación con estos temas, es claro para la Corte que resultaría excesivo considerar que una norma legal que establece unas reglas determinadas para el acceso a estos servicios pueda ser en sí misma violatoria de los derechos antes mencionados. Naturalmente, este principio es válido en cuanto no se aprecien circunstancias que, según lo explicado líneas arriba, puedan catalogarse como de inconstitucionalidad manifiesta, lo cual evidentemente no ocurre en este caso. Estas conclusiones son suficientes para desechar los cargos propuestos por los demandantes en relación con el fragmento ya indicado del artículo 163. Sin embargo, vale la pena tener en cuenta cómo el artículo 40 del Decreto 806 de 1998 permite la inclusión voluntaria en el grupo familiar del afiliado de ciertos parientes de éste hasta el tercer grado de consanguinidad, que dependan económicamente de él, siempre que se pague el aporte adicional previsto en las normas reglamentarias. Ello permite entonces la inclusión de uno o ambos padres como miembros del grupo familiar, aunque sin incrementar las cargas financieras que soporta el sistema de seguridad social, circunstancia que resulta acorde y proporcionada con los principios que inspiran el sistema de seguridad social (art. 48

constitucional) y específicamente con la necesidad de garantizar su eficiencia y sostenibilidad.

#### REGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO DE SALUD-Establecimiento de diferencias en la ley

No resulta inexorablemente contrario a los principios constitucionales que la ley establezca diferencias entre el marco normativo aplicable a quienes en razón a su capacidad económica puedan pertenecer al régimen contributivo y aquel otro que regirá la afiliación, derechos y beneficios de las personas que en razón a su falta o insuficiencia de capacidad de pago, deberán hacer parte del régimen subsidiado. Sin embargo, sí lo sería que la salud humana resultare menoscabada o desatendida para alguno de estos grupos, en lo constitucionalmente dispuesto.

#### MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

#### DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Atención gratuita a menor de un año

El artículo 50, que protege la particular situación en la que se encuentran los niños y niñas menores de un año de edad, en quienes la gravedad de los riesgos de morbilidad y mortalidad es sustancialmente más alta que en niños de mayor edad. Bajo la premisa de que constituye un imperativo garantizar la atención en salud a los infantes menores de un año, la Constitución estableció que aquellos que no estuvieren cubiertos por algún sistema de seguridad social deberán ser gratuitamente atendidos en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. De esta regla resulta que sería constitucionalmente inviable el que a algún niño pudiera limitársele la atención en salud durante su primer año de vida, bajo el argumento de ser insuficiente su tiempo de cotización.

DERECHO A LA IGUALDAD EN REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Vulneración al establecer período de espera para atención de mujer embarazada y de menores de un año/DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA EN REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Exigencia de período mínimo de cotización es inconstitucional/DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE UN AÑO EN REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Exigencia de período mínimo de cotización es inconstitucional

Según afirman los demandantes, la advertencia que el aparte demandado del artículo 164 hizo con respecto a las personas pertenecientes al régimen subsidiado significaría que, contrario sensu, las personas que integran el régimen contributivo no contarían con esta garantía. A partir de esto las normas reglamentarias podrían establecer períodos de espera para tener derecho a la atención de estos eventos, dentro del régimen contributivo. Sobre este tema, y no obstante que como lo explican los intervinientes, existen otros apartes de la misma Ley 100 de 1993 (sobre todo el parágrafo 2° del artículo 163 y el artículo 166) que garantizarían la disponibilidad de atención en salud durante el embarazo y después del parto a todas las mujeres y a todos los niños menores de un año, y no sólo a los pertenecientes al régimen subsidiado, encuentra la Corte que en efecto, el fragmento demandado hace posible el establecimiento de tales períodos de espera. Esta circunstancia resulta contraria y constitucionalmente inadmisibles frente a las garantías especiales a que ya se hizo referencia, establecidas en el texto superior en favor de las mujeres embarazadas (art. 43), de los menores de un año (art. 50), de la familia (art. 42) y de los niños en general (art. 44). De otra parte, la existencia de estas garantías constitucionales de carácter expreso y de cobertura general, hace inaceptable que por vía legal se establezcan regulaciones que afecten a una parte de las madres gestantes, o en su caso, a una parte de los recién nacidos, pues ello ciertamente comporta una vulneración al principio de igualdad de que trata el artículo 13 constitucional. Esto por cuanto, si bien en principio es válido dar trato diferenciado a situaciones diferentes, ello no es posible cuando, como ocurre en este caso, existen

salvaguardas de carácter general, que por ende aprovechan a todas los sujetos destinatarios de ellas, haciendo caso omiso de las diferencias que entre ellos pudieren existir.

Referencia: expediente D-6320

Demandantes: Nancy Paola Montañez Aldana y Andrés Julián Peralta Rodríguez

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 163 y 164 (ambos parciales) de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil seis (2006).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Nacional, los ciudadanos Nancy Paola Montañez Aldana y Andrés Julián Peralta Rodríguez solicitaron ante esta corporación la declaratoria de inexecutable de los artículos 163 y 164, parcialmente en ambos casos, de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”.

Mediante auto de primero (1º) de junio de dos mil seis (2006) el Magistrado Sustanciador admitió la demanda contra las normas antes mencionadas y ordenó, en consecuencia, fijar en lista el presente proceso. Dispuso correr traslado del mismo al señor Procurador General de la Nación con el objeto de que rindiera concepto y comunicó su iniciación al Presidente de la República, a la señora Presidente del Congreso y al Ministerio de Protección Social, para que, si lo consideraban oportuno, directamente o por intermedio de apoderado, se pronunciaran sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos demandados.

En el mismo auto se rechazó la demanda en relación con el artículo 75 del Decreto 806 de 1998, por cuanto la competencia para conocer de eventuales demandas en contra de este acto corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, decisión que no fue recurrida por los demandantes.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

## II. LAS NORMAS DEMANDADAS

El siguiente es el texto de las normas demandadas de la Ley 100 de 1993, advirtiéndose que se subraya la parte que se demanda como inexecutable:

ARTÍCULO 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.

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

PARÁGRAFO 2o. 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.

ARTÍCULO 164. PREEXISTENCIAS. En el Sistema General de Seguridad en Salud, las Empresas Promotoras de Salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados.

El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica.

En el régimen subsidiado, no se podrán establecer períodos de espera para la atención del parto y los menores de un año. En este caso, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que atiendan tales intervenciones repetirán contra la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, de acuerdo con el reglamento.

### III. LA DEMANDA

Los ciudadanos demandantes cuestionan estas normas como inconstitucionales, ya que a su juicio se oponen a varios principios contenidos en el preámbulo y en los artículos 11, 13, 46, 48 y 49 de la Carta Política. Los ciudadanos Montañez Aldana y Peralta Rodríguez apoyan su

demanda en las razones que se resumen como sigue:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El siguiente artículo de la norma demandada (164) se refiere al tema de las preexistencias frente al Plan Obligatorio de Salud y a la necesidad de períodos mínimos de cotización o de espera para poder gozar de determinados beneficios. En relación con esta norma, los demandantes estiman que es constitucionalmente inaceptable el hecho de que la garantía de que no habrá períodos de espera para la atención del parto y los menores de un año sea exclusiva de las personas afiliadas al régimen subsidiado y, contrario sensu, no se extienda a las madres gestantes y a los recién nacidos pertenecientes al régimen contributivo.

#### IV. INTERVENCIONES

La Secretaria General de esta corporación informó que durante el término para intervenciones ciudadanas se recibió un escrito presentado por la doctora Fanny Suárez Higuera, apoderada del Ministerio de Protección Social, quien comienza por transcribir las normas demandadas y las disposiciones constitucionales que los accionantes citan como violadas. A continuación hace un análisis de la preceptiva reglamentaria existente en relación con los temas de que tratan las normas demandadas y, a este respecto, explica que las restricciones que los demandantes critican resultan suavizadas por efecto de tales normas reglamentarias. Con base en ello, solicita declarar la exequibilidad de ambas normas.

Por fuera de término se recibió la intervención de la ciudadana Rubiela Huertas Guerrero, quien solicita también que las normas demandadas sean declaradas exequibles.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En su concepto recibido en la Secretaría General de esta corporación el día 12 de julio de 2006, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional declarar exequibles las normas demandadas.

El concepto fiscal resalta en primer lugar el carácter programático de la mayoría de los derechos y de las normas constitucionales citadas como violadas por los demandantes, concretamente lo relacionado con los derechos de la tercera edad, el derecho a la salud, y en general, el sistema de seguridad social. En esta medida advierte que los citados derechos no tienen un carácter absoluto, sino que por el contrario deben entenderse como objetivos a cuyo logro deben dirigirse las políticas públicas, así como las normas que a este respecto se dicten, tomando para ello en cuenta las limitaciones presupuestales y de otro tipo que a este respecto enfrenta el Estado. Resalta también que dentro de este contexto, corresponde al Estado crear condiciones de accesibilidad a los servicios de seguridad social para todos los habitantes, y asegurarse de que todos ellos tengan la posibilidad de beneficiarse. Bajo estos criterios alude, aunque de manera indirecta, a la libertad de configuración normativa que el legislador debe tener para diseñar y definir las normas que de manera concreta permitan el logro de tales metas y objetivos.

En segundo término, y con respecto a la crítica que los actores hacen de la parte demandada en el artículo 163, explica que esta norma no tiene por efecto prohibir de manera absoluta la inclusión de los padres en el Plan Obligatorio de Salud de los afiliados que tengan cónyuge, compañero permanente y/o hijos, a propósito de lo cual presenta también el desarrollo reglamentario existente en relación con este tema, por lo que tampoco es cierta la argumentación de los demandantes en el sentido de que se les deja desprotegidos en la

etapa de la vida en que su salud es más vulnerable.

En lo que respecta al aparte atacado del artículo 164, la vista fiscal llama la atención sobre el hecho de que las normas demandadas deben analizarse como un conjunto integral, en el cual se tomen en cuenta las demás disposiciones que hacen parte de la ley que se demanda, así como el sistema que a partir de ellas se configura, y no de una manera aislada. A partir de esta reflexión señala que el propósito de la norma demandada es simplemente reforzar la protección a los afiliados del régimen subsidiado y no el de afectar a quienes pertenecen al régimen contributivo. Finalmente, señala también que otras normas de la misma Ley 100 de 1993 remedian, o al menos atemperan, la restricción supuestamente contenida en el tercer inciso del artículo 164.

A partir de lo anterior, el Ministerio Público solicita que se declare la exequibilidad de las normas demandadas.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

Desde el punto de vista de lo dispuesto por el artículo 241 numeral cuarto de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

### 2. Objeto de la demanda: Aclaración previa

Antes de avanzar en el análisis de los cargos de inconstitucionalidad propuestos, es importante hacer una advertencia en torno a la extensión de la parte demandada del artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

A este respecto debe indicarse que en relación con esta norma habría una proposición jurídica incompleta, ya que la sola expresión “A falta de...” a la que se limita la demanda no tiene sentido en sí misma. Por lo demás, es totalmente claro que lo que los ciudadanos demandantes objetan es el hecho de que habiendo cónyuge, compañero permanente y/o hijos, no resultare posible incluir a los padres del afiliado dentro del grupo que tiene derecho a la cobertura familiar. Por ello, es así mismo claro que para que pudiera declararse la inexequibilidad de esta regla, sería necesario considerar también como objeto del juicio de constitucionalidad las demás palabras que a continuación vienen a conformar la hipótesis que los demandantes estiman inaceptable, esto es, la expresión “...cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho,...”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la acción pública de inconstitucionalidad es un instrumento de participación que hace parte de los derechos políticos, y que por ende está al alcance de la ciudadanía en general, la Corte Constitucional ha sostenido que es pertinente analizar la demanda presentada a la luz del principio *pro actione*<sup>1</sup>, ya que un examen demasiado riguroso sólo podría ser cumplido por especialistas, limitaría el acceso a este derecho y frustraría las legítimas expectativas de participación de los ciudadanos no expertos en temas constitucionales.

En el presente caso, y pese a la imperfección arriba anotada en relación con el señalamiento de la(s) norma(s) demandada(s), el cargo formulado es claro, y de él resulta la necesidad de entender que la demanda se dirige no sólo contra la expresión “A falta de...”, sino también contra las palabras que van a continuación, esto es, la expresión “...cónyuge, compañero o

compañera permanente, e hijos con derecho,...". Por esta razón, la Corte hará la correspondiente integración normativa y estudiará los cargos propuestos por los demandantes en relación con el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 como referidos a la expresión completa que resulta de los dos fragmentos incluidos en el presente párrafo.

### 3. El contenido de las normas demandadas

Antes de abordar los problemas jurídicos que debe la Corte resolver para adoptar la decisión que en derecho corresponda, es conveniente comenzar por precisar con claridad cuál es exactamente el alcance y el efecto de las normas demandadas.

En relación con la parte demandada del artículo 163 es importante hacer notar que lo que hace la norma es permitir, contemplar como posible, la inclusión de los padres<sup>2</sup> dentro de la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud de un afiliado. Permiso que debe entenderse dirigida al Gobierno Nacional, que en ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 189 num. 11 de la Constitución Política) es el llamado a completar el desarrollo del Sistema de Seguridad Social Integral, siguiendo los parámetros establecidos en la ley. Así las cosas, el Gobierno Nacional debe entonces desarrollar las reglas a partir de las cuales dicha extensión de cobertura será posible.

Sin embargo, esta facultad sólo tiene lugar en cuanto concurren las condiciones que a este respecto trazó el mismo legislador. La norma estableció tres de estas condiciones, a saber: i) Que no existan cónyuge, compañero permanente ni hijos menores de edad, discapacitados o estudiantes, que por disposición de la misma ley, son los primeros llamados a tener derecho a este beneficio; ii) Que se trate de personas no pensionadas; iii) Que los padres beneficiarios dependan económicamente del hijo afiliado de cuyo grupo familiar entrarían a hacer parte. La primera de estas tres condiciones es el texto cuya constitucionalidad se debate en este caso.

Así pues, la expresión “A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho,…” que es objeto en este caso del juicio de constitucionalidad, establece una condición para que los padres del afiliado se consideren incluidos, de manera automática, dentro del grupo con derecho a la cobertura familiar, pudiendo así gozar de todos los derechos propios de esta situación jurídica, dentro del marco que al respecto se establezca por vía de reglamento.

Por su parte, la frase “En el régimen subsidiado…” con la que comienza el tercer inciso del artículo 164 aquí demandado, establece una salvaguarda o protección especial para las personas pertenecientes a dicho régimen subsidiado, consistente en que ellos no tendrán períodos de espera para la atención del parto y los menores de un año. El carácter especial de esta advertencia parecería insinuar que, contrario sensu, todas o al menos algunas de las personas que no pertenecen al régimen subsidiado sí podrían estar sujetas a dichos períodos de espera.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### 4. Los problemas jurídicos por resolver

A partir de los cargos formulados por los demandantes en relación con los apartes cuestionados de los artículos 163 y 164 de la Ley 100 de 1993, la Corte encuentra que los problemas jurídicos constitucionales que deben resolverse son los siguientes:

1) Si resulta contrario a la Constitución Política, y concretamente al contenido de su preámbulo y a los derechos a la vida, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social y a los derechos de la tercera edad, el hecho de que la ley restrinja la pertenencia al grupo familiar y, en consecuencia, el otorgamiento de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud (POS), a los padres de aquellos afiliados que tengan cónyuge, compañero permanente o hijos

menores, discapacitados o estudiantes.

2) Si resulta contrario a los derechos a la seguridad social, la salud y la igualdad, así como al preámbulo constitucional, el hecho de que el artículo 164 parcialmente demandado no extienda a las personas distintas a las que integran el régimen subsidiado la garantía de que no habrá períodos de espera para la atención del parto y a los menores de un año, garantía que la ley sí estableció en beneficio de los afiliados a dicho régimen.

La Corte examina a continuación estos dos problemas, en el mismo orden en que han sido planteados, analizando en cada caso la posible vulneración de los preceptos constitucionales invocados en su escrito por los demandantes.

5. La participación condicionada de los padres del afiliado en el Plan Obligatorio de Salud

Con el fin de estudiar la legitimidad constitucional del condicionamiento planteado en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 con respecto a las normas constitucionales invocadas por los demandantes, la Corte estima necesario considerar brevemente a continuación los siguientes temas: i) los principios que rigen el sistema de seguridad social previsto en la Constitución Política; ii) la libertad de configuración normativa que el legislador tiene con respecto al tema de la seguridad social; iii) los límites a la libertad de configuración normativa del legislador en relación con este tema.

Cumplido lo anterior, la Corte expondrá las conclusiones pertinentes frente a la posible vulneración, por parte de la norma demandada, de los preceptos constitucionales invocados por los accionantes.

## 1. Los principios que rigen el sistema de seguridad social integral

El Constituyente de 1991, reconociendo la importancia y trascendencia de este tema en las sociedades modernas, incluyó de manera expresa la seguridad social en el artículo 48 de la Carta, dentro del capítulo de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. En el primer inciso del citado artículo se señaló que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, control y coordinación del Estado. A renglón seguido se señalaron los principios a que este servicio estaría sujeto, concretamente los de eficiencia, universalidad y solidaridad, todo lo cual se hará "...en los términos que establezca la ley" (No está en negrilla en el texto original). La misma norma añade (incisos segundo y tercero) que la seguridad social es un derecho irrenunciable de todos los habitantes y establece la obligación del Estado de ampliar progresivamente su cobertura, con la participación de los particulares.

Desde su creación, esta Corte ha tenido frecuente oportunidad de analizar de manera extensa y detallada el concepto de seguridad social y las características del sistema planteado a este respecto en la Constitución Política, y desarrollado poco después a través de la Ley 100 de 1993, a la que pertenecen las normas cuyos fragmentos han sido acusados en esta ocasión.

La Corte Constitucional ha reconocido de manera clara que, siendo sin lugar a dudas un derecho, la seguridad social tiene un carácter programático y prestacional, por cuanto su realización efectiva requiere del establecimiento y desarrollo de políticas públicas, normas, conceptos y procedimientos, además de cuantiosos recursos presupuestales<sup>3</sup>. Y que sólo una vez que el sistema se ha organizado a partir de tales elementos, de modo que se garantice su viabilidad, es posible considerar la seguridad social como un verdadero derecho subjetivo en cabeza de personas específicas.

Lo propio puede decirse en relación con el derecho a la salud (art. 49), el cual además ha sido entendido como un componente del derecho a la seguridad social (art. 48) y de los derechos de protección y asistencia a favor de las personas de la llamada tercera edad (art. 46), todos los cuales hacen parte del grupo de los derechos sociales, económicos y culturales reconocidos por nuestra Constitución Política. Sin embargo, estos derechos, y particularmente el de la salud, pueden ser protegidos mediante la acción de tutela en casos especiales, de acuerdo con las reglas definidas para el efecto por la jurisprudencia de esta Corte.

Dentro de esta misma línea, ha sido claro que el principio de universalidad incluido en el primer inciso del artículo 48 constitucional se refiere a la opción abstracta de que todas las personas, sin exclusiones, tengan la posibilidad de gozar de los beneficios del sistema. Concepto que es diferente al de cobertura universal, que más que un principio sería un hecho concreto, consistente en que todas las personas efectivamente hagan parte del sistema de seguridad social y reciban todos los beneficios que él contempla.

Es necesario anotar que la cobertura universal se entiende como un punto de llegada más que de partida, es decir, se trata de una aspiración, sin duda querida y buscada por el Constituyente, pero que supone el simultáneo reconocimiento de que no se trata de una realidad actual, ni al momento de expedirse la Constitución Política, ni tampoco a la fecha presente. Como demostración adicional de este supuesto obra el mandato de ampliación progresiva de la cobertura incluido en el inciso tercero ibídem, al cual antes se hizo referencia.

Dentro de esta perspectiva resulta pertinente resaltar la relación de complementariedad existente entre los principios de eficiencia, ampliación de cobertura y solidaridad, a los que se ha hecho referencia. Partiendo del supuesto de que la seguridad social es un servicio que

implica importantes costos financieros, y que un buen número de quienes deben ser sus beneficiarios son personas sin capacidad de pago o que la tienen a un nivel insuficiente, resulta claro que no es posible asegurar que todas las personas tengan completa disponibilidad de tales servicios en la forma en que sería deseable, o más que esto, necesaria. De allí la importancia del principio de solidaridad, a partir del cual aquellos sujetos con mayor capacidad de pago deben contribuir al financiamiento de los servicios a que tienen igual derecho las personas de menores ingresos y/o quienes de manera absoluta carecen de capacidad de pago.

Sin embargo, más allá de lo que es posible remediar mediante la aplicación de este principio, es claro que no resulta posible brindar todos los servicios a todas las personas, ya que ello pondría en serio riesgo no sólo la eficiencia del sistema, sino también, en el mediano y largo plazo, su misma continuidad. Esta elemental reflexión es una de las razones por las cuales el Constituyente acepta que el servicio de la seguridad social a que se refiere el artículo 48 de la Constitución Política se preste "...en los términos que establezca la ley".

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

5.2 La libertad de configuración normativa que el legislador tiene con respecto al tema de la seguridad social

Dentro de este mismo marco conceptual es necesario hacer una consideración de carácter general relacionada con el rol que compete cumplir al legislador para llevar a efecto los principios y postulados fundamentales establecidos en la Constitución Política, y particularmente en su Título II.

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha sido clara y consistente<sup>4</sup> en considerar que en desarrollo de la cláusula general de competencia legislativa, el Congreso de la República tiene un poder amplio e inalienable para establecer los parámetros y reglas específicas que darán contenido al sistema de seguridad social integral que se deriva del artículo 48 de la Constitución Política, sin otros límites que los que resulten de los principios generales que informan dicho sistema, a los cuales antes se hizo referencia. Ello por cuanto, el señalamiento de tales reglas específicas debe ser el reflejo de las políticas públicas que a este respecto establezca el Estado, previa consideración de todos los aspectos políticos, sociales y presupuestales que determinan la capacidad del Estado y de la sociedad para ofrecer y prestar de manera adecuada y oportuna, servicios asistenciales a los ciudadanos, siendo el órgano legislativo, conforme a su misión constitucional, el espacio apropiado para el análisis, la discusión y el logro de consensos sobre temas que, como este, interesan a toda la comunidad.

En este sentido es pertinente tener en cuenta los planteamientos efectuados por la Corte en su sentencia C-613 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual sostuvo:

“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.”

En la misma línea, más recientemente sostuvo la Corte en la sentencia C-623 de 2004, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil:

“Esta Corporación le ha reconocido al legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social y, en concreto, lo relacionado con sus prestaciones en salud, vejez, riesgos profesionales, etc. Dicha amplitud tiene su origen en los artículos 48 y 365 del Texto Superior, los cuales establecen una fórmula flexible para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única o predispuesta.”

Más adelante dijo la Corte en la misma sentencia:

“En este sentido, la Constitución Política establece unos principios y reglas generales, básicas y precisas a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social, pero no impide su amplia intervención para configurar, coordinar y asegurar su prestación a través de las estructuras o sistemas que considere idóneos y eficaces.”

En suma, la Corte ha entendido que el legislador goza de amplia libertad para determinar y

organizar de manera concreta los contenidos del sistema de seguridad social integral, y particularmente el alcance de los beneficios y prestaciones que se derivan del mismo para sus afiliados, dentro de los límites que resultan de los principios que informan dicho sistema.

### 5.3. Los límites a la libertad de configuración normativa del legislador con respecto al tema de la seguridad social

Como bien lo ha aclarado la Corte al explicar en sus sentencias el alcance de este principio, ello no equivale a la absoluta imposibilidad de cuestionar y juzgar desde el punto de vista constitucional las reglas que para dar contenido a este sistema establezca el legislador. Por el contrario, sin duda ello es posible, y podrá ser necesario, tanto para constatar la real fidelidad de tales medidas a los principios que inspiran y orientan el sistema, como para examinar su validez en relación con otros preceptos constitucionales, como el que establece la igualdad ante la ley, o su congruencia frente a los valores y propósitos expresados en el preámbulo constitucional.

Sin embargo, en tales casos la Corte debe ser especialmente cuidadosa de no invadir la órbita del legislador, siendo entonces del caso aplicar el llamado criterio de inconstitucionalidad manifiesta<sup>5</sup>, conforme al cual sólo podrán ser declarados inexecutable aquellos contenidos que de manera directa vulneren derechos fundamentales, violen claros mandatos constitucionales, o establezcan regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De otro lado, a partir del principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, otro obvio límite a la libertad de configuración normativa es la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, por lo que serían inconstitucionales aquellos contenidos que establezcan derechos y prestaciones que se

apliquen sólo a determinados grupos, sin observar adecuadamente estos criterios. Contrario sensu, son constitucionalmente aceptables aquellas medidas que, aunque establezcan un trato a primera vista desigual, observen con el debido cuidado estos parámetros, y no hagan nugatoria la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Por consiguiente, y siempre que la obra del legislador respete estos criterios, ella no puede ser cuestionada desde el punto de vista constitucional por el solo hecho de haber otorgado tal o cual tratamiento específico a un determinado grupo de sujetos, ni por el hecho de que tal situación jurídica resulte comparativamente más o menos favorable que la de otro sujeto o grupo de sujetos simultáneamente considerados por la norma.

#### 5.4. La constitucionalidad de la norma demandada

Como quedó explicado antes, la parte demandada del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 establece una condición que limita la posibilidad de que los padres de un afiliado cotizante al Plan Obligatorio de Salud, sean incluidos o considerados como parte del grupo familiar de éste, condición que consiste en que el afiliado en cuestión no tenga cónyuge, compañero(a) permanente ni hijos, pues teniéndolos, son éstos los únicos que tienen derecho a ser asumidos como integrantes del grupo familiar de dicho afiliado.

Con base en los planteamientos hechos en los puntos anteriores, la Corte concluye a continuación que este condicionamiento no resulta violatorio de ninguno de los preceptos constitucionales relacionados en la demanda.

Por una parte, visto el carácter programático y prestacional que en la Constitución vigente tienen el derecho a la salud (art. 49), el derecho a la seguridad social (art. 48) y los derechos

de protección y asistencia a favor de las personas de la tercera edad (art. 46), así como la libertad de configuración normativa de que goza el poder legislativo en relación con estos temas, es claro para la Corte que resultaría excesivo considerar que una norma legal que establece unas reglas determinadas para el acceso a estos servicios pueda ser en sí misma violatoria de los derechos antes mencionados. Naturalmente, este principio es válido en cuanto no se aprecien circunstancias que, según lo explicado líneas arriba, puedan catalogarse como de inconstitucionalidad manifiesta, lo cual evidentemente no ocurre en este caso.

Por la misma razón resulta extremo considerar este tipo de reglas como violatorias del derecho a la vida de que trata el artículo 11 superior. Tampoco se evidencia vulneración al principio de igualdad de tratamiento ante la ley (artículo 13 ibídem), ya que la condición establecida resulta razonable y proporcionada dentro del contexto de los principios y objetivos que inspiran el sistema de seguridad social. Además, y como se explica un poco más adelante, las personas afectadas por esta condición no quedan, en modo alguno, totalmente desprovistos de la posibilidad de beneficiarse del Plan Obligatorio de Salud.

En lo que concierne a la eventual violación por parte de esta norma de algunos de los contenidos del preámbulo constitucional<sup>6</sup>, y sin necesidad de hacer en este espacio una profunda disertación sobre la esencia de los valores allí consagrados cuya vulneración denuncian los accionantes, debe anotarse que en caso de darse dicha infracción, ella sería simultánea e inseparable al desconocimiento por parte de la misma norma, de principios como el derecho a la vida (art. 11) y la igualdad ante la ley (art. 13). Por esta razón cabría también decir, que no advirtiéndose vulneración a tales principios, debe entenderse que tampoco existe infracción al preámbulo constitucional que incorporó a su texto tales valores.

Estas conclusiones son suficientes para desechar los cargos propuestos por los demandantes en relación con el fragmento ya indicado del artículo 163. Sin embargo, tal como lo han

señalado el Ministerio Público y la otra interviniente, vale la pena tener en cuenta cómo las normas reglamentarias de la Ley 100, y concretamente el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, ofrecen otras opciones de protección en salud a los padres que, por efecto de la condición aquí discutida, queden sin derecho a ser automáticamente incluidos dentro del grupo familiar de sus hijos afiliados. Particularmente, la norma mencionada permite la inclusión voluntaria en el grupo familiar del afiliado de ciertos parientes de éste hasta el tercer grado de consanguinidad, que dependan económicamente de él, siempre que se pague el aporte adicional previsto en las normas reglamentarias. Ello permite entonces la inclusión de uno o ambos padres como miembros del grupo familiar, aunque sin incrementar las cargas financieras que soporta el sistema de seguridad social, circunstancia que resulta acorde y proporcionada con los principios que inspiran el sistema de seguridad social (art. 48 constitucional) y específicamente con la necesidad de garantizar su eficiencia y sostenibilidad.

Interesa a la Corte, a propósito de esta posibilidad, volver sobre el sentido de la norma demandada para resaltar que ella no tiene un contenido prohibitivo, que prive absolutamente de protección en salud a los padres cuyos hijos no cumplan la condición aquí analizada. La existencia de esta y otras alternativas contribuyen entonces a reforzar la razonabilidad y legitimidad de esta medida y su plena concordancia con los principios fundamentales que orientan el sistema de seguridad social integral en nuestra Constitución Política.

Por lo anterior, y una vez agotado el análisis de los cargos propuestos, concluye la Corte que la norma demandada no resulta constitucionalmente censurable en la forma propuesta por los demandantes. De allí que esta corporación procederá a declarar, en la parte resolutive de esta sentencia, la exequibilidad de la parte demandada del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, frente a los cargos endilgados.

6. La advertencia de que no habrá períodos de espera para los afiliados al régimen subsidiado

En este caso la crítica de los demandantes se refiere al hecho de que, al menos aparentemente, la salvaguarda ofrecida a los afiliados al sistema de salud mediante el régimen subsidiado indica que, contrario sensu, no gozarán de esta misma garantía los afiliados que pertenezcan al régimen contributivo. Dentro de este supuesto, los demandantes consideran que esta norma viola, además del preámbulo constitucional, el derecho a la vida, los derechos a la seguridad social y a la salud, y especialmente el derecho a la igualdad.

La Corte estudia a continuación estos cargos, para lo cual analizará brevemente los siguientes temas: i) La existencia de dos distintos regímenes en salud dentro del sistema de seguridad social integral; 2) La existencia en el texto constitucional de garantías especiales a favor de las madres gestantes y de los menores de un año. Hechas estas consideraciones y a continuación de ellas, la Corte expondrá las conclusiones que correspondan en torno a la exequibilidad del fragmento demandado.

#### 6.1. Diferentes regímenes en salud dentro del sistema de seguridad social integral

Para entender cabalmente el sentido de la frase del artículo 164 que ha sido demandada, es necesario volver sobre los conceptos de régimen contributivo y régimen subsidiado establecidos en otras normas de la misma Ley 100 de 1993, especialmente los artículos 157, 202 y 211.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El régimen contributivo en salud está conformado por personas con capacidad de pago, circunstancia que la ley presume en algunos casos, por ejemplo en los servidores públicos y en las personas que laboran en desarrollo de un contrato de trabajo. Por oposición, el régimen subsidiado está conformado por personas que carecen de capacidad de pago, circunstancia que se entiende acreditada en los casos que la misma ley contempla. En este

último evento el sistema es financiado con recursos fiscales o de solidaridad.

El sistema de seguridad social en salud está organizado a lo largo de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios a partir de este esquema dual, bajo la premisa de que todas las personas deben ser afiliadas dentro de alguno de los dos sistemas, siendo la pertenencia al régimen contributivo lo esperable y la inclusión en el subsidiado una situación excepcional.

Así las cosas, no resulta inexorablemente contrario a los principios constitucionales que la ley establezca diferencias entre el marco normativo aplicable a quienes en razón a su capacidad económica puedan pertenecer al régimen contributivo y aquel otro que regirá la afiliación, derechos y beneficios de las personas que en razón a su falta o insuficiencia de capacidad de pago, deberán hacer parte del régimen subsidiado. Sin embargo, sí lo sería que la salud humana resultare menoscabada o desatendida para alguno de estos grupos, en lo constitucionalmente dispuesto.

6.2. Las garantías consagradas en la Constitución a favor de las madres gestantes y los menores de un año

Debe destacar en este punto la Corte el hecho de que la Constitución Política estableció de manera especial un conjunto de garantías especiales, relevantes para el caso concreto, las cuales tendrían por efecto limitar de manera absoluta la posibilidad de restringir, por vía legislativa, la disponibilidad de los servicios de salud frente a situaciones tan universales y de tanta trascendencia e impacto vital como son la atención del parto o las contingencias que pueden afectar a infantes durante su primer año de vida.

La primera de estas garantías es la contenida en el artículo 43 de la Constitución y

relacionada con la protección y asistencia especial a la mujer “durante el embarazo y después del parto”. Esta garantía ha sido tradicionalmente asociada con la estabilidad laboral reforzada a que tienen derecho las mujeres que se encuentran en estas situaciones, sobre lo cual la Corte ha emitido abundante y reiterada jurisprudencia, especialmente de tutela. Sin embargo, la protección que brinda esta norma no puede entenderse agotada en ese ámbito, ya que tampoco resultaría posible dar cabal cumplimiento a este principio, si se considerara válido que a alguna mujer pudiera negársele la atención del parto, so pretexto de que no ha cotizado suficiente tiempo al sistema de seguridad social.

En segundo término es necesario considerar el artículo 50, que protege la particular situación en la que se encuentran los niños y niñas menores de un año de edad, en quienes la gravedad de los riesgos de morbilidad y mortalidad es sustancialmente más alta que en niños de mayor edad. Bajo la premisa de que constituye un imperativo garantizar la atención en salud a los infantes menores de un año, la Constitución estableció que aquellos que no estuvieren cubiertos por algún sistema de seguridad social deberán ser gratuitamente atendidos en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. De esta regla resulta que sería constitucionalmente inviable el que a algún niño pudiera limitársele la atención en salud durante su primer año de vida, bajo el argumento de ser insuficiente su tiempo de cotización.

En adición a lo anterior, es pertinente considerar también el contenido de los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, el primero de ellos referente a la protección constitucional de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el segundo a los derechos fundamentales de los niños.

En relación con la primera de estas normas (art. 42), para la Corte es claro que la limitación mediante períodos de espera, tanto de la atención al parto como de los servicios de salud que sean requeridos por los menores de un año, afectaría el cumplimiento del deber de protección integral de la familia que competen tanto al Estado como a la sociedad.

En lo que respecta a los derechos fundamentales de los niños (art. 44), es pertinente observar que el constituyente incluyó dentro de los primeros lugares de la lista de tales derechos, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, todos los cuales podrían verse afectados si el menor pudiera, durante su primer año de vida, verse privado de la atención oportuna en salud que llegare a requerir, por cuanto, como se ha explicado, el eventual compromiso del derecho a la vida es especialmente crítico durante esta etapa.

La Corte desarrolla en el punto siguiente las consecuencias que estos principios tienen en relación con la validez constitucional de la norma demandada, y específicamente en relación con los cargos propuestos por los actores en relación con ellas.

### 6.3. La inexecutableidad del segmento demandado

Según afirman los demandantes, la advertencia que el aparte demandado del artículo 164 hizo con respecto a las personas pertenecientes al régimen subsidiado significaría que, contrario sensu, las personas que integran el régimen contributivo no contarían con esta garantía. A partir de esto las normas reglamentarias podrían establecer períodos de espera para tener derecho a la atención de estos eventos, dentro del régimen contributivo.

La posible inconstitucionalidad de la frase demandada depende entonces de que, en efecto, ella tenga como resultado la posibilidad de establecer, conforme a la ley, períodos de espera para personas pertenecientes al régimen contributivo, que limiten temporalmente la disponibilidad de servicios de salud para las madres gestantes o para los recién nacidos, respectivamente.

Sobre este tema, y no obstante que como lo explican los intervinientes, existen otros apartes de la misma Ley 100 de 1993 (sobre todo el parágrafo 2° del artículo 163 y el artículo 166) que garantizarían la disponibilidad de atención en salud durante el embarazo y después del parto a todas las mujeres y a todos los niños menores de un año, y no sólo a los pertenecientes al régimen subsidiado, encuentra la Corte que en efecto, el fragmento demandado hace posible el establecimiento de tales períodos de espera.

Esta circunstancia resulta contraria y constitucionalmente inadmisibles frente a las garantías especiales a que ya se hizo referencia, establecidas en el texto superior en favor de las mujeres embarazadas (art. 43), de los menores de un año (art. 50), de la familia (art. 42) y de los niños en general (art. 44).

De otra parte, la existencia de estas garantías constitucionales de carácter expreso y de cobertura general, hace inaceptable que por vía legal se establezcan regulaciones que afecten a una parte de las madres gestantes, o en su caso, a una parte de los recién nacidos, pues ello ciertamente comporta una vulneración al principio de igualdad de que trata el artículo 13 constitucional. Esto por cuanto, si bien en principio es válido dar trato diferenciado a situaciones diferentes, ello no es posible cuando, como ocurre en este caso, existen salvaguardas de carácter general, que por ende aprovechan a todos los sujetos destinatarios de ellas, haciendo caso omiso de las diferencias que entre ellos pudieren existir.

Así pues, concluye la Corte que no existe una razón válida que justifique desde el punto de vista constitucional, el trato desigual que el legislador previó en este caso para las madres y los niños y niñas menores de un año afiliadas o beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud, frente a los mismos sujetos en el régimen subsidiado, en materia de períodos mínimos de cotización para poder gozar de determinados beneficios.

Habiendo quedado entonces acreditada la vulneración al artículo 13 constitucional por parte del segmento normativo demandado, la Corte se abstendrá de estudiar los restantes cargos formulados por los demandantes y procederá a declarar, en la parte resolutive de esta sentencia, la inexecutable de dicho aparte normativo.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE, frente a los cargos aquí analizados, la expresión “A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho”, contenida en el primer inciso del artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: Declarar INEQUIBLE la expresión “En el régimen subsidiado”, contenida en el tercer inciso del artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-1032 DE 2006 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO  
RENTERIA

PREAMBULO DE LA CONSTITUCION-Efecto vinculante/DERECHOS SOCIALES-Son también  
derechos fundamentales/FAMILIA-Concepto (Aclaración de voto)

## FAMILIA-Conformación para parejas homosexuales (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-6320

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 163 y 164 (parciales) de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, ya que discrepo de algunos de los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión, como paso a exponerlo:

1. En primer lugar, me permito manifestar que aunque me encuentro de acuerdo con la exequibilidad del aparte acusado del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, considero que la motivación de la misma constituye un retroceso jurídico en varios sentidos. De un lado, considero que la motivación es regresiva al afirmar que el Preámbulo de la Constitución no tiene fuerza normativa, por cuanto en mi concepto y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, tanto el Preámbulo como los principios fundamentales de la Constitución

tienen plena fuerza normativa, así como un estatus de mayor jerarquía. De otro lado, la parte motiva de esta sentencia constituye una regresión, al sostener que los derechos sociales no son fundamentales, en forma contraria a lo que ha señalado esta Corte en relación a que sí lo son en el mínimo que constituye la garantía de su núcleo esencial.

Por consiguiente, reitero que el Preámbulo de la Constitución tiene por sí mismo fuerza normativa, sin que haya necesidad de vincularlo con otra norma de la Constitución, así como que el mínimo de los derechos sociales constituye derechos fundamentales.

2. En segundo lugar, considero que en relación con el aparte del artículo 164 demandado, los demandantes tienen razón, por cuanto la Constitución reconoce a los niños y mujeres de cualquier condición, el derecho a la atención del parto sin exclusiones y a la atención del menor de un año, independientemente del régimen de salud al que se encuentren afiliados.

En este sentido, reitero que la Constitución no establece distinciones entre mujeres y niños para efectos de la especial protección que consagra a su favor.

3. En tercer lugar, en mi concepto las consideraciones de esta sentencia proyectan dos caras que resultan contradictorias en relación con los límites constitucionales de la potestad de configuración legislativa: de un lado, esa configuración no quebranta tales límites en cuanto se refiere a la cobertura familiar del POS (art. 163); de otro lado, la exclusión de los períodos de carencia en materia de atención del parto y de los menores de un año en el caso de los afiliados al régimen contributivo, constituye una violación de dichos límites.

4. Finalmente, considero conveniente reiterar aquí mi posición jurídica respecto del concepto de familia, cuyo entendimiento tiene consecuencias directas en la cobertura familiar del

Régimen de Seguridad Social en Salud.

Como lo he sostenido en otras oportunidades<sup>7</sup>, el concepto de familia del artículo 42 de la Constitución Nacional, prevé que la familia podrá ser conformada por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, así como también por la voluntad responsable de conformarla, es decir, en este último caso entiende la Constitución también como familia a aquella conformada por la libre voluntad de los miembros de la pareja, lo cual incluye en mi concepto, a las uniones maritales de hecho, tanto de diferente sexo como del mismo sexo.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por tanto, reitero que si bien el matrimonio es uno de los caminos para conformar la familia, y que si bien éste por ahora se encuentra restringido al celebrado entre un hombre y una mujer, el matrimonio no es el único camino para formar una familia, por cuanto ésta puede constituirse también por uniones maritales de hecho, y ello tanto entre personas heterosexuales como homosexuales, al igual que estar conformada por ejemplo por una madre y su hijo, pudiendo ser este último adoptivo o el concebido mediante inseminación artificial.

Con fundamento en las razones expuestas, aclaro mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-1032 de 2006

Referencia: expediente D-6320

Demandantes: Nancy Paola Montañez Aldana y Andrés Julián Peralta Rodríguez

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 163 y 164 (ambos parciales) de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.<sup>8</sup> Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.<sup>9</sup> O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrà, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente.

Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.<sup>10</sup> En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en el 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC<sup>11</sup>. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de

escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953<sup>12</sup>. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, párrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones

disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.<sup>13</sup>

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes - denominado el gran disidente - sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que "esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo". Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando - más allá de hacer pública su posición

al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Ver, entre muchas otras, las sentencias C-185 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynnet), C-395 de 2006 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) y C-509 de 2006 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

2 Ya que la norma no hace ninguna diferenciación a este respecto, deberán entenderse incluidos en este concepto no sólo los padres biológicos sino también los adoptantes.

3 Ver sobre este tema, entre otras, las sentencias C-177 de 1998 y C-1489 de 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), C-542 de 1998 (M. P. Hernando Herrera Vergara), C-1165 de 2000 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), C-739 de 2002 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), C-791 de

2002 y C-375 de 2004 (M. P. Eduardo Montealegre Lynnet), C-623 de 2004 y C-924 de 2005 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

4 Ver sobre este tema, entre muchas otras, las sentencias C-613 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-542 de 1998 (M. P. Hernando Herrera Vergara), C-1489 de 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), C-107 de 2002 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), C-671 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynnet), C-514 de 2004 (M. P. Jaime Córdoba Triviño ) y C-623 de 2004 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

5 Sobre este criterio de interpretación véase, entre otras, las sentencias C-265 de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), C-530 de 2000 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), C-623 de 2004 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) y C-707 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

6 Desde sus inicios la Corte ha reconocido el carácter verdaderamente vinculante del preámbulo constitucional y con ello la posibilidad de que una norma jurídica sea declarada inexecutable por oponerse a los principios o a la realización de los valores y aspiraciones en él expresados. Ver en este sentido las sentencias C-479 de 1992 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero), C-370 de 1999 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) y más recientemente C-477 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

7 Ver Salvamentos de Voto a las Sentencias C-841 del 2001 y C-075 del 2007.

8 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

9 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en

1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

10 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

11 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

12 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

13 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion*. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.